

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 2 / 2013**  
**Aprilie – Iunie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

**REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU**

**REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB**

### **MEMBRI:**

**conf.dr. Sergiu BOGDAN**

**prof.dr. Dan CHIRICĂ**

**asist. Cosmin COSTAȘ**

**prof.dr. Mircea Ștefan MINEA**

**prof.dr. Paul VASILESCU**

### **REFERENȚI:**

**George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română**

**Michel GRIMALDI - profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”**

**Liviu POP - profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca**

**Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal**

**Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal**

**SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB**

## CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» <b>Prezentare:</b> Travaux du colloque international bilingue. LES CHANGEMENTS DE LA NOTION DE FAMILLE ET LEUR INFLUENCE SUR L'ORDRE SUCCESSORAL LEGAL .....	5
Cristina Nicolescu, CORRÉLATIONS ENTRE LES RÈGLES SPÉCIFIQUES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET CELLES DE DROIT SUCCESSORAL DANS LE SYSTÈME DU CODE CIVIL ROUMAIN .....	7
Paul Vasilescu, LE POISSON MORT AU VIVIER: LA SEPARATION ENTRE EPOUX.....	25
Jean-Louis Renchon, QUELLE VISION DE LA FAMILLE EN DROIT BELGE DES SUCCESSIONS ? .....	44
Veronica Dobozi, LES METHODES MODERNES DE PROCREATION ET LEUR INFLUENCE SUR LE CODE CIVIL.....	59
Brigitte Lefebvre, LE CONJOINT SURVIVANT: CREANCIER, HERITIER OU ETRANGER A LA SUCCESSION EN DROIT QUEBECOIS? .....	72
Mircea Dan Bob, QU'EST-CE QU'ON PEUT FAIRE POUR CONTENTER LE CONJOINT SURVIVANT ? .....	90
Emese Florian, HÉRITIERS ET HÉRÉSIES JURIDIQUES.....	99
Pierre Becqué, L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE FAMILLE ET SES CONSÉQUENCES EN MATIÈRE SUCCESSORALE EN DROIT FRANÇAIS.....	117
Alina Oprea, PROBLEMES DE CONFLITS DE LOIS EN MATIERE D'ETABLISSEMENT DE FILIATION..	125
Veaceslav Pînzari, FAMILLE ET RESERVE SUCCESSORALE DANS LE CODE CIVIL MOLDAVE, DIX ANS APRES SON ENTREE EN VIGUEUR.....	146
Clautaire Agossou, LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DE LA FAMILLE ET LES PRATIQUES CONTRACTUELLES D'AFFAIRES ENTRE EPOUX DANS L'ESPACE OHADA.....	157
Maturin Petsoko, LES DEFIS DU DROIT CAMEROUNAIS CONTEMPORAIN DE LA FAMILLE .....	181
Doina Dunca, ACTES CENSÉS ASSURER LE CONFORT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE. QUESTIONS DE PRATIQUE NOTARIALE.....	210



## Travaux du colloque international bilingue

### LES CHANGEMENTS DE LA NOTION DE FAMILLE ET LEUR INFLUENCE SUR L'ORDRE SUCCESSORAL LEGAL

Bucarest, Auditorium Pallady, 19-20 avril 2013

Cet événement scientifique fait partie du projet de recherche PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, no. 174/2011 (sous la direction de M. le Professeur Mircea Dan Bob) abrité par l'Université de Cluj-Napoca : il a eu pour but de proposer une confrontation de ses résultats avec l'expérience pratique et théorique en Roumanie et à l'étranger. Les présentations ont été données en français et en roumain (avec traduction simultanée) par des enseignants et des praticiens du droit roumains et étrangers (en ordre alphabétique) :

- **Flavius Baias, Cristina Nicolescu**, Université de Bucarest, *Corelații între regulile specifice regimurilor matrimoniale și cele succesoriale în codul civil român*
- **Pierre Becqué**, Conseil supérieur du Notariat français, *L'évolution de la notion de famille et ses conséquences en matière successorale en droit français*
- **Mircea Dan Bob**, UBB Cluj-Napoca, *Qu'est-ce qu'on peut faire pour contenter le conjoint survivant ?*
- **Veronica Dobozi**, avocat Stoica & asociații, *Metodele moderne de procreere și influența lor asupra codului civil*
- **Doina Dunca**, UNNPR, *Acte menite a asigura confortul patrimonial al familiei*
- **Emese Florian**, UBB Cluj-Napoca, *Erezi și erezii juridice*
- **Michel Grimaldi**, Université Paris II, *L'ordre public successoral*

- **Brigitte Lefebvre**, Université de Montréal, ***Le conjoint survivant: créancier, héritier ou étranger à la succession en droit québécois?***
- **Alina Oprea**, UBB Cluj-Napoca, ***La filiation en droit international privé roumain – difficultés et solutions possibles***
- **Veaceslav Pînzari**, avocat, Université de Bălți, Moldavie, ***Familie și rezerva succesorală în Republica Molodva, la zece ani după intrarea în vigoare a codului civil***
- **Jean-Louis Renchon**, UCL și Université de Saint-Louis (Bruxelles), ***Quelle vision de la famille en droit belge des successions ?***
- **Paul Vasilescu**, UBB Cluj-Napoca, ***Le poisson mort au vivier: la séparation entre époux***

Il a été organisé en collaboration avec le groupe roumain de l'Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française, avec l'Union nationale des notaires publics de Roumanie et a bénéficié de l'appui logistique offert par Infonot Systems SARL.

Le colloque a été prioritairement adressé aux praticiens du droit intéressés par l'impact du nouveau code civil roumain et sa capacité à apporter une réponse aux problèmes concrets de la famille et de la société roumaine. Des spécialistes français, québécois et belges ont été invités à présenter des conférences, compte tenu de la parenté entre les systèmes juridiques de ces trois nations et les sources d'inspiration des textes entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011. L'invité moldave a partagé son expérience sur un code partiellement inspiré par le code québécois et qui fête maintenant ses dix ans de fonctionnement.

## **CORRÉLATIONS ENTRE LES RÈGLES SPÉCIFIQUES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET CELLES DE DROIT SUCCESSORAL DANS LE SYSTÈME DU CODE CIVIL ROUMAIN<sup>1</sup>**

**Cristina NICOLESCU\***

**Résumé :** *Plusieurs corrélations entre les règles spécifiques aux régimes matrimoniaux et celles de droit successoral peuvent être mises en évidence dans le système du Code civil roumain. Sans doute, il n'est pas possible de dissocier complètement la préoccupation matrimoniale et la préoccupation successorale. Ainsi, l'option pour un certain régime matrimonial peut constituer un véritable instrument de planification successorale.*

*La convention matrimoniale offre aux époux la possibilité d'élargir la composition de la communauté, d'en changer les règles de partage, de permettre au conjoint survivant d'en prélever tel ou tel bien avant le partage de la succession et sans contrepartie. Toutes ces clauses ont pour but d'avantager le survivant et de lui assurer une protection efficace.*

*Mais la liberté des époux n'est pas complète. Il y a des limites qui sont imposées par les dispositions d'ordre public du droit successoral. Ainsi, la convention matrimoniale ne peut pas changer l'ordre légal des successions et ne peut pas anéantir les règles spécifiques de protection dont les bénéficiaires sont les héritiers réservataires.*

**Mots clés :** *régimes matrimoniaux, convention matrimoniale, planification successorale*

### **I. PRÉLIMINAIRES**

Les règles spécifiques des régimes matrimoniaux présentent, sans doute, un caractère complexe, technique. Également dans le cas du droit successoral. Et, quand leur interférence se produit, assez souvent les théoriciens, mais aussi les praticiens ont le sentiment inconfortable qu'ils marchent dans un labyrinthe effrayant où on ne peut pas fixer et identifier facilement ses repères.

La préoccupation matrimoniale ne peut pas être dissociée totalement de la préoccupation successorale. Un certain nombre des clauses, stipulées dans le modèle de la convention matrimoniale, ont pour objet d'avantager l'époux survivant, en lui assurant une protection effective.

Certainement, si on ferait foi à l'auteur de droit français Bernard Beignier: „Le mariage par lui-même est un avantage. Nécessairement, l'idée d'une communauté aboutit à favoriser l'un des époux.” Et, on peut ajouter, non seulement jusqu'à la mort, mais aussi au-delà.

Une possible situation pratique de ce type : un homme extrêmement riche, atteint à la vieillesse, marie une fille, dont l'actif patrimonial est insignifiant. Les deux concluent une convention matrimoniale par laquelle ils adoptent le régime de la communauté conventionnelle, dans le modèle de la convention étant stipulées les clauses suivantes:

1) Sous l'art. 367 lettre a) C. civ. ils conviennent d'opter pour la communauté universelle des biens;

2) L'épouse, si elle survie sur l'époux, pourra prélever sans contrepartie, avant le partage de la succession, les suivants biens communs des époux : la maison de vacances située à Miami, la voiture de luxe – marque Maserati, et des montants d'argent en valeur de 3 millions d'Euro;

3) Le partage des biens communs au sein de la liquidation de la communauté sera effectué sous les cotes suivantes: l'époux  $\frac{1}{4}$ , l'épouse  $\frac{3}{4}$ .

Le naturel se produit et prochainement l'époux décède. Sans être absolument un expert dans la matière des régimes matrimoniaux, quiconque pourrait deviner que, par les respectives stipulations contractuelles, l'épouse a été favorisée: premièrement, par l'adoption même de la communauté universelle; deuxièmement, par l'introduction de la clause de préciput: en l'absence d'une telle clause, les biens énumérés (dans leur intégralité ou dans une part importante) auraient alimenté la masse successorale de l'époux prémourant; enfin, par la stipulation de la clause de partage inégal.

Nous présenterons les principaux points d'interférence entre les règles spécifiques aux régimes matrimoniaux et celles de droit successoral qui peuvent être décelées dans le système du Code civile roumain, notamment en ce qui concerne l'option pour un certain régime matrimonial et sa liquidation.

## **II. L'ASSOCIATION DE LA PRÉOCCUPATION MATRIMONIALE ET DE LA PRÉOCCUPATION SUCCESSORALE**

Comme on le sait, le Code civil roumain a établi le principe de la pluralité des régimes matrimoniaux, la conception rigide antérieure du Code de la famille étant abandonnée.

Indubitable, le choix et le développement d'un régime matrimonial restent une alchimie délicate dans laquelle la simplicité, la sécurité et l'optimisation patrimoniale doivent se conjuguer harmoniquement avec la philosophie de vie et les sentiments du

couple. La conclusion de la convention matrimoniale est souvent le moment où on doit poser des questions profondes sur le but du mariage, sur les plans de vie professionnelle des époux, sur leur sentiments réciproques et pourquoi pas sur le destin patrimonial de l'époux survivant dans la personne duquel une série des avantages matrimoniaux peuvent être établis, visant à lui assurer une protection effective.

Souvent, l'objectif successoral peut être atteint par une technique matrimoniale, la pratique notariale et judiciaire des systèmes de droit qui ont une véritable tradition dans la matière des régimes matrimoniaux en le démontrant abondamment.

Dans une lettre adressée à sa sœur, faisant référence au célèbre roman „Le contrat de mariage”, Balzac déclarait: „Ce que je voulais faire a été glorieusement accompli. J'ai représenté tout un avenir de deux époux par la scène seule du contrat de mariage...” En paraphrasant Balzac, nous pourrions dire qu'une convention matrimoniale offre des clés de résolution tant pour les équations patrimoniales *inter vivos*, que pour celles *mortis causa*.

Dans le nouveau contexte législatif roumain, l'option pour un certain régime matrimonial peut représenter un véritable instrument de planification successorale. *De lege lata*, les seuls régimes matrimoniaux alternatifs, autorisés par le législateur, sont la communauté et le régime de séparation des biens [art. 312 alinéa (1) C. civ.] et, dans une manière indirecte, le régime mixte de la participation aux acquêts, par l'activation de la clause prévue par l'art. 360 alinéa (2) C. civ. Les époux n'ont pas la possibilité de configurer un régime matrimonial propre, en combinant plusieurs types des régimes, pour en résulter un régime matrimonial sans titre. Par conséquent, la liberté de choisir peut s'exercer seulement dans les limites de l'offre légale.

*Le régime de la séparation de biens*, susceptible de réaliser une dissociation complète des intérêts patrimoniaux des époux, peut être un régime juste s'il existe une égalité économique entre les époux et ceux-ci entrent dans le mariage avec des fortunes presque égales. Le régime peut être recommandé comme une option dans les situations matrimoniales spéciales (par exemple, le remariage dans la présence des enfants d'un autre lit). L'avantage, au moins en apparence, est celui de la simplicité de la liquidation, en évitant les complications que la liquidation de la communauté suppose, comme les inévitables tensions et dissensions successorales entre l'époux survivant et les enfants d'un autre lit.

Si la séparation de biens peut être parfois injuste, notamment concernant l'époux qui n'exerce pas une activité professionnelle, en s'occupant du ménage et des enfants, ses inconvénients peuvent être annihilés ou au moins tempérés en choisissant *le régime mixte de la participation aux acquêts*. Ce régime offre à chacun des époux la vocation de participer à «l'enrichissement» réalisé par l'autre pendant le

mariage, la créance de participation pouvant être payée en argent ou en nature. Par cela on influence, indirectement, l'étendue de la succession, l'époux survivant, dans sa qualité de titulaire de la créance de participation, pouvant être, ainsi, favorisé.

Également, à travers une convention matrimoniale, les époux ont la possibilité, sous les conditions de l'art. 367 C. civ., d'étendre la composition de la communauté des biens, de configurer les clauses de partage pour les biens communs, de stipuler le prélèvement des certains biens communs par l'époux survivant, sans contrepartie et avant le partage de la succession.

*La communauté universelle* de biens produit une „symbiose” totale des éléments pécuniaires qui se trouvent dans le patrimoine de chaque époux<sup>2</sup>. L'option pour ce régime matrimonial, associée avec une clause de partage inégal, peut parfois réfléchir, au-delà de l'esprit communautaire fort qui anime les époux, une certaine préoccupation de préservation des intérêts patrimoniaux de l'époux survivant. Pour celui-ci on crée un avantage, par rapport à la situation que résulterait de l'application des règles du régime de la communauté légale combinées à celles de droit successoral.

L'indivision successorale ne pourra pas être évitée, le conjoint survivant devant supporter le concours avec les autres héritiers du conjoint prémourant, notamment avec les réservataires. Le Code civil roumain ne permet pas la stipulation d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au bénéfice du conjoint survivant.

En fixant les termes de la convention matrimoniale, ils existent des limites imposées par les normes impératives du droit successoral. Donc, la convention matrimoniale ne peut pas atteindre la dévolution successorale légale et elle ne peut pas annihiler les règles de protection établies par le législateur au bénéfice des héritiers réservataires – art. 332 alinéa (2) C. civ.

En conséquence, on ne peut pas déroger aux règles de la dévolution successorale légale par la modification, sur la voie d'une convention matrimoniale, des ordres d'héritiers, des degrés ou des parts successorales qui leur reviennent. L'activation des mécanismes spécifiques aux régimes matrimoniaux peut conduire, toutefois, à une réduction de la masse successorale, en influençant ainsi la substance et l'étendue de l'émolument acquis par voie de succession<sup>3</sup>.

### **III. LA NATURE JURIDIQUE DES BIENS ACQUIS PENDANT LE MARIAGE PAR SUCCESSION OU LEGS**

Tant que le mariage est sur la bonne voie, il est naturel que les époux acquièrent un ensemble des biens, par succession ou legs.

Art. 340 lettre a) C. civ. a gardé la solution traditionnelle selon laquelle ces biens, acquis pendant le mariage, sont propres en considération du caractère personnel de la manière d'acquisition. À la base de cette solution législative reste l'ancienne préoccupation, pas encore obsolète, de la conservation des biens au sein des familles.

Contrairement à l'ancien art. 31 lettre b) C. fam., dans l'hypothèse où le disposant a l'intention de gratifier les deux époux, art. 340 lettre a) C. civ. prévoit que sa volonté doit être exprimée expressément. Donc, elle ne peut pas être déduite des circonstances *de facto* dans lesquelles la libéralité a eu lieu.

Le droit du disposant, de prévoir si le bien sera commun, est limité par les dispositions légales concernant la réserve successorale. Par exemple, si un parent fait un legs à titre particulier à son enfant et au conjoint de ceci, et le bien qui constitue l'objet du legs a une valeur qui correspond à la réserve successorale de l'enfant, le parent testateur ne pourrait pas prévoir que le bien devienne commun, car il affecterait la réserve successorale de son descendant.

Un problème spécial peut apparaître dans le cas où les époux ont opté pour une communauté étendue de biens, en précisant que dans la masse commune entreront aussi les biens acquis par actes à titre gratuit *inter vivos* ou *mortis causa*.

Il est discutable, à notre avis, s'ils pourront faire part de l'actif communautaire les biens pour lesquels le donateur ou le testateur a prévu expressément qu'ils seraient dans la propriété exclusive de l'époux gratifié<sup>4</sup>. On pose la question si la volonté univoque du disposant pourrait être annihilée par l'accord des volontés des époux qui ont opté pour la communauté étendue de biens, la réponse étant plutôt négative. Il est bien connu que les libéralités sont des actes juridiques *intuitu personae*, faites en considération de la personne gratifiée, et dans ces conditions l'autre époux bénéficierait indirectement de cette libéralité, même contre la volonté du disposant<sup>5</sup>.

Pour éviter des possibles interprétations divergentes liées à la nature juridique du bien qui fait l'objet de la libéralité, il est préférable que dans la pratique le donateur ou, selon le cas, le testateur prévienne expressément qu'il a l'intention de gratifier un des époux, en excluant, par une clause univoque, l'appartenance du bien respectif à l'actif communautaire.

À notre avis, la volonté du disposant ne doit pas nécessairement être expresse: elle peut être tacite, mais indubitable, résultant, sans équivoque, des certaines circonstances de fait. La solution établie par l'art. 340 lettre a) C. civ. ne peut pas être appliquée par analogie dans le contexte analysé, les situations étant opposées. Donc, sous l'art. 340 lettre a), la règle (par ailleurs naturelle, étant donné le caractère *intuitu personae* de la libéralité) est dans le sens que les biens acquis par succession, legs ou donation représentent des biens propres de l'époux gratifié et seulement par exception seront considérés communs, si le disposant avait prévu expressément. Or, dans l'hypothèse analysée, il faut prouver exactement le contraire, à savoir que le tiers disposant a compris d'exclure ce bien de l'actif communautaire.

En l'absence d'une manifestation de volonté univoque de la part du tiers disposant, on doit admettre que aussi dans l'hypothèse où seulement un des deux époux a été gratifié, si ceux-ci ont opté pour la communauté étendue, le bien acquis par donation ou legs va tomber en communauté.

La solution découle de l'interprétation *per a contrario* de l'art. 367 lettre a) C. civ., le législateur indiquant expressément que seulement les biens prévus par l'art. 340 lettre b) et c) conserveront leur caractère de biens propres. En plus, si les formalités de publicité de la convention matrimoniale ont été remplies, la communauté étendue de biens devient opposable au tiers disposant.

#### IV. LES ACTES DE DISPOSITION *MORTIS CAUSA*

Conformément à l'art. 350 C. civ. ayant comme dénomination marginale „Dispositions testamentaires”, „chaque époux peut disposer par legs de la part qui lui reviendrait, à la dissolution du mariage, de la communauté de biens.”

Par l'art. 350 on établit le *mécanisme de la gestion exclusive* en ce qui concerne les dispositions testamentaires. En vertu du caractère éminemment personnel de l'acte, il signifie que les actes soumis à ce mécanisme ne peuvent pas être conclus que par un des deux époux.

La solution est logique: étant donné l'effet *mortis causa* de l'acte, celui-ci produit des effets au décès de l'époux disposant, quand la communauté de biens se dissout [selon l'art. 259 alinéa (5) C. civ., le mariage se dissout par décès ou par déclaration judiciaire du décès d'un conjoint, et selon l'art. 319 alinéa (1) C. civ., une des hypothèses pour la dissolution du régime matrimoniale est la dissolution du mariage].

Même dans l'absence d'une réglementation expresse à ce sujet, sous le Code de la famille, il a été admis dans la doctrine qu'un époux peut disposer de sa part des biens communs par testament, car celui-ci produit des effets au décès du testateur, quand la communauté de biens se dissout<sup>6</sup>.

À notre avis, le conjoint propriétaire peut disposer par testament même du *logement familial*, sans nécessiter l'obtention du consentement de l'autre conjoint sous les conditions de l'art. 322 alinéa (1) C. civ., par lequel on établit un régime spécial de protection pour le logement familial, dérogoratoire du droit commun.

Dans la doctrine française certains auteurs ont critiqué cette solution de pratique judiciaire, en objectant, d'une part, que le texte de l'art. 215 alinéa 3 C. civ. fr. ne distingue pas, et, d'une autre part, qu'il prive de protection le conjoint survivant juste au moment où elle serait impérativement nécessaire. En réponse, on a affirmé que l'art. 215 alinéa 3 est une pièce du régime primaire, qui cesse de trouver son application dès que l'union matrimoniale a été dissous. De plus, on a indiqué que les dispositions impératives dans la matière successorale ne donnent pas lieu à une autre solution, s'appliquant avec priorité face aux autres règles du régime primaire.<sup>7</sup>

Il convient de mentionner aussi dans ce contexte les dispositions de l'art. 1160-1163 C. civ. concernant le *partage d'ascendant*. Selon l'art. 1160, „Les ascendants peuvent faire le partage des biens entre descendants”, et selon l'alinéa (1) de l'art. 1161, „Le partage d'ascendant peut être réalisé par donation ou par testament, respectant les formes, les conditions et les règles prévues par la loi pour ces actes juridiques.”

Indubitable, les conjoints peuvent faire un partage d'ascendant portant sur les biens communs sous la forme de la donation conjonctive, au bénéfice des enfants communs, mais pas un partage testamentaire d'ascendant conjonctif<sup>8</sup>, prohibé par l'art. 1036 C. civ.<sup>9</sup>

La prohibition du *testament mutuel* peut poser des problèmes dans la pratique notamment dans le cas où les conjoints cherchent à créer, par testament, une situation de confort patrimonial à celui d'eux qui va survivre. Comme on a indiqué dans la doctrine, la sanction de nullité absolue intervienne uniquement si les dispositions testamentaires placées sur le même support sont suivies par deux signatures exprimant une volonté commune de disposer<sup>10</sup>.

## V. LA LIQUIDATION DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET SON IMPACT SUCCESSORAL

### 1. La dissolution du mariage par décès – cause de dissolution du régime matrimonial

La mort d'un des conjoints, élément indispensable pour pouvoir parler de la succession, entraîne à la dissolution de tout régime matrimonial applicable. Suite à ce temps, on va poser deux questions essentielles: la liquidation du régime matrimonial et l'application des règles successorales.

Les cas de la dissolution du régime matrimonial sont réglementés par l'art. 319 C. civ., texte placé dans la Section 1. „Dispositions communes” – § 1. „A propos du régime matrimonial en général” du Chapitre VI „Droits et obligations patrimoniales des conjoints”. Etant donnée cette topographie de la disposition légale invoquée, il est certain qu'elle trouve d'application quel que soit le régime matrimonial concret, qu'il s'agisse d'origine légale ou conventionnelle. Selon l'art. 319 alinéa (1), le régime matrimonial se dissout par la constatation de la nullité/l'annulation du mariage – art. 293 et les suivants, divorce – art. 373 et les suivants, ou la dissolution du mariage par décès – art. 259 alinéa (5).

Selon l'art. 320 thèse I C. civ. – texte avec vocation générale d'application – „en cas de dissolution ou de modification, le régime matrimonial est liquidé selon la loi, gré à gré ou, en cas de désaccord, sur voie judiciaire”.

Il faut préciser que les aspects concernant la dissolution du régime matrimonial sont exclus du périmètre de l'autonomie de volonté des époux, étant réglementés par des normes d'ordre public, à partir desquelles aucune dérogation par le biais de clauses contractuelles n'est permise. En conséquence, dans le contenu de la convention matrimoniale les conjoints ne peuvent pas prévoir d'autres clauses de dissolution du régime matrimonial (par exemple, leur séparation en fait), ces clauses étant sous la nullité absolue.

Si dans le cas du régime matrimonial de la séparation de biens les choses sont simplifiées (au moins en apparence), la question concernant la dissolution et la liquidation de la communauté de biens présente plutôt des aspects complexes, qui ne sont pas réduits au mécanisme du partage des biens communs des conjoints.

Alors, il est nécessaire d'établir premièrement la *date de la dissolution de la communauté* (du régime matrimonial), mais aussi la *nature juridique de la communauté post-matrimoniale*.

Ensuite, au sein de la *liquidation effective*, outre le partage des biens communs, il faut envisager les problèmes concernant la liquidation du passif matrimonial<sup>11</sup>.

En ce qui concerne la liquidation de la communauté légale, le siège de la matière est donné par les dispositions de l'art. 355 et de l'art. 357 C. civ.<sup>12</sup> Selon l'art. 355 alinéa (1), „Au moment de la dissolution de la communauté, celle-ci est liquidée par un jugement ou un acte authentique notarié.”<sup>13</sup>, et selon l'alinéa (3) du même article, „Quand la communauté se dissout par le décès d'un des époux, la liquidation est faite par l'époux survivant et les héritiers de l'époux décédé. Dans ce cas, les obligations de l'époux décédé sont divisées entre les héritiers proportionnellement avec les parties de l'héritage qui leur reviennent.”

Le mécanisme de la liquidation de la communauté légale, qui implique la *prise des biens propres, la liquidation des dettes*<sup>14</sup> et le *partage des biens communs*, est configuré par les dispositions de l'art. 357 C. civ., qui se complètent avec les dispositions générales de la matière du partage (art. 669-686).

Bien que l'art. 355 et l'art. 357 soient placés dans la section concernant le régime de la communauté légale, ces textes trouvent leur incidence aussi dans le cas de la communauté conventionnelle, en vertu de l'art. 368, chaque fois des dérogations à travers des stipulations contractuelles n'ont pas été établies, sous les limites et les conditions de la loi. Ainsi, en ce qui concerne le destin des biens et des dettes communes après la dissolution du régime matrimonial, les époux peuvent stipuler la clause de préciput et d'autres des modalités sur la liquidation de la communauté conventionnelle.

## 2. Clause de préciput

a) *Réglementation et nature juridique.* La clause de préciput est réglementée par l'art. 333 C. civ., comme il a été modifié par la Loi no 71/2011. Il représente l'accord des volontés des futures époux ou, selon le cas, des époux intégré dans le modèle juridique de la convention matrimoniale, en conférant au conjoint survivant le droit de prélever sans contrepartie, avant le partage de la succession, un ou plusieurs biens communs.

Même si la possibilité de stipulation de la clause de préciput est prévue expressément seulement dans la matière du régime de la communauté conventionnelle – art. 367 lettre d) C.civ., nous considérons que cette clause trouve son application aussi dans la matière de la séparation de biens<sup>15</sup>.

Nous acquiesçons à l'opinion exprimée dans la littérature de spécialité<sup>16</sup> selon laquelle cette clause de préciput „ne peut pas être un legs classique même si elle produit des effets *mortis causa*, ressemblant, de ce point de vue, au legs, mais elle ne peut être ni une donation classique (...). La conclusion qui émerge est celle qu'on ne peut pas retrouver la clause de préciput comme donation ou testament en forme pure (...).”

Etant donnée la spécificité de la clause de préciput, toute approche moniste semble imparfaite, chacune incluant seulement une part de la vérité et répondant seulement à certaines hypothèses. En conclusion, ayant en vue la diversité des circonstances et des causes déterminantes et impulsives qui peuvent rester à la base de la stipulation du préciput, nous considérons que la plus prudente solution est d'abandonner la tentative d'encadrement de cette clause dans la dichotomie classique «actes juridiques à titre onéreux – actes juridiques à titre gratuit»<sup>17</sup>, l'approche proposée ayant le mérite d'être le plus proche de la réalité psychologique et familiale<sup>18</sup>.

Bien que l'intérêt de la qualification se dévoile plutôt scientifique, un certain nombre des problèmes peuvent survenir dans la pratique concernant la qualification imprimée sur la clause de préciput: quel acte (signifiant *instrumentum*) pourrait être délivré par le notaire à la demande du bénéficiaire de la clause, le montant des taxes notariés<sup>19</sup>, des aspects concernant la publicité immobilière etc.

Si nous devons, toutefois, proposer une qualification de la clause de préciput, notre préférence serait la solution avancée dans la doctrine française, notamment: un avantage matrimonial, résultant du fonctionnement du régime matrimonial et assimilable, d'une certaine perspective, à une opération de partage<sup>20</sup>.

b) *L'objet de la clause de préciput.* Comme on le prévoit dans l'hypothèse normative de l'art. 333 alinéa (1) thèse I C. civ., peuvent faire l'objet de la clause de préciput seulement les biens communs<sup>21</sup>, mais pas les biens propres du conjoint prémourant, ces derniers appartenant à la masse successorale<sup>22</sup>.

Dans les systèmes de droit qui règle la clause de préciput, en pratique son objet est représenté essentiellement par: le logement commun des époux et les biens qui le fournit, un fond de commerce que ceux-ci exploitaient ensemble pendant la vie, les comptes bancaires existants au moment du décès ou d'autres biens qui ont une valeur sentimentale plutôt qu'une valeur matérielle. Il faut préciser que l'objet de la clause de préciput peut consister en: l'usufruit de certains biens (pas seulement le droit de propriété), des biens corporels ou une quantité des biens déterminés génériquement (par exemple, les objets de ménage ou intellectuels) etc.

On peut noter que lorsqu'elle porte sur le logement, la clause de préciput offre un degré élevé de protection pour le conjoint survivant, par rapport aux bénéfices minimaux que ceci peut extraire de l'exercice du *droit d'habitation* consacré par l'art. 973 C. civ.<sup>23</sup>

Comme on a montré, l'objet de la clause de préciput peut être représenté aussi par les biens qui fournissent le logement familial et par d'autres objets de ménage. Nous considérons qu'en vertu de la clause de préciput, le conjoint survivant pourra prélever sans contrepartie ces biens, avant le partage de la succession, seulement s'il vient en concours avec les héritiers des ordres II-IV. La solution est établie sur les dispositions de l'art. 974 C. civ. qui institue le *droit spécial de succession* du conjoint survivant et les conditions sous lesquelles il peut être exercé<sup>24</sup>. Toutefois, nous nous rappelons qu'on ne peut pas porter atteinte à la dévolution successorale légale par une convention matrimoniale, selon l'art. 332 alinéa (2) C. civ.

*c) Les effets et le mode d'application.* Si on considère la condition imposée dans la personne du bénéficiaire, respectivement la qualité de conjoint survivant, il est indubitable que les effets de la clause ne puissent pas être produites qu'au moment de l'ouverture de la succession du conjoint prédécédé<sup>25</sup>.

Les effets du préciput peuvent être déduits du contenu normatif de l'art. 333 alinéa (1): le conjoint bénéficiaire (survivant) prend<sup>26</sup>, sans contrepartie et avant le partage de la succession, les biens listés dans le contenu de la clause, après quoi on va procéder à la liquidation effective du régime matrimonial (communauté conventionnelle ou séparation de biens) entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint décédé.<sup>27</sup> Essentiellement, le rôle de la clause de préciput est de "bloquer" l'entrée des biens respectifs dans la masse successorale.

À notre avis, le terme „prend”, utilisé dans l'hypothèse normative de l'art. 333 alinéa (1), ne désigne pas une opération pure de prélèvement, de prise en possession des biens, mais il a la suivante signification juridique: par l'effet attributif de la clause de préciput le conjoint survivant complète son droit de propriété, dans les conditions où, jusqu'au moment de l'ouverture de la succession, il n'était qu'un copropriétaire en quotes-parts (déterminées ou non-déterminées).

Un problème pourrait apparaître : la transformation du droit partiel en propriété exclusive se produit automatiquement, au moment de l'activation de la clause (étant suffisante la manifestation de volonté exprimée à l'occasion de la conclusion de la convention matrimoniale) ou, au contraire, on peut considérer que, étant une faculté conférée au conjoint survivant (un droit potestatif<sup>28</sup>), il devra opter entre l'acceptation des bénéfices résultant de l'activation du préciput et la renonciation aux ceux-ci ? Même si dans la doctrine et la jurisprudence française cette question n'est pas abordée d'une manière incisive, on peut observer la préférence pour la deuxième solution. Ainsi, on a admis que l'exercice du préciput pourrait être invoqué par les créanciers du conjoint bénéficiaire (sur la voie de l'action oblique) ou par ses héritiers (dans l'hypothèse où il a décédé avant l'avoir exercé).

La loi ne réglemente pas un terme spécial pour l'exercice du préciput. Dans les conditions où, à partir d'un certain point de vue, la clause de préciput est traitée comme une opération de partage (le droit de propriété commune pendant le mariage devient une propriété exclusive au niveau de l'actif patrimonial du conjoint survivant<sup>29</sup>), on peut considérer que son droit d'option est imprescriptible, l'art. 669 de la matière de propriété commune en s'appliquant *mutatis mutandis*<sup>30</sup>. Un autre argument en faveur de l'imprescriptibilité du droit d'option du conjoint survivant réside dans le fait qu'il est, lui-même, imprescriptible extinctif, en s'exerçant par un acte juridique unilatéral qui dépend exclusivement de la volonté de son titulaire<sup>31</sup>.

Le prélèvement des biens qui font l'objet de la clause de préciput devrait se dérouler avant n'importe quel partage – moment qui est mieux circonstancié dans le droit français (art. 1515 C. civ. fr.)

Il faut noter que les deux opérations, respectivement le prélèvement et le partage de la succession, peuvent se produire à une distance temporelle considérable. Pour simplifier, en pratique nous considérons qu'il serait possible (même recommandé) que l'exercice du droit de préciput par le conjoint survivant se produise devant le notaire informé pour l'accomplissement de la procédure successorale, mais évidemment avant le partage effectif de la succession. Mais quel que soit le moment concret quand le conjoint se prévaut des bénéfices de la clause de préciput, il va devenir propriétaire exclusif sur les biens qui font l'objet de cette clause pas de la date d'expression du choix, mais à partir du moment de l'ouverture de la succession du conjoint prédécédé<sup>32</sup>.

Sans doute, la clause de préciput est susceptible de procurer un avantage pour le conjoint survivant, par rapport à la situation qui résulterait de l'application des règles du régime de la communauté légale combinées avec celles du droit successoral, en le protégeant essentiellement des résultats inéquitables que l'effet aléatoire du partage pourrait produire. Etant considérée un „*gain de survie*”<sup>33</sup>, la clause de préciput ne s'impute pas sur la partie qui revient au conjoint survivant, en qualité d'héritier du conjoint prédécédé<sup>34</sup>.

Étant préoccupé que par le mécanisme du préciput ne soient pas affectés les intérêts des héritiers réservataires<sup>35</sup> (notamment dans le cas des mariages subséquents), le législateur a prévu expressément que cette clause est soumise à la réduction<sup>36</sup>, sous les conditions de la loi (mais pas au rapport des donations) – art. 333 alinéa (2) – chaque fois quand on surmonte la quotité disponible dont le défunt pouvait disposer discrétionnairement.<sup>37</sup> De l’envoi expresse que l’art. 333 alinéa (2) fait aux dispositions de l’art. 1096 alinéa (1) et (2) C. civ., il résulte sans équivoque que la réduction du préciput est soumise aux mêmes normes juridiques qui réglementent la réduction des legs<sup>38</sup>.

Cette disposition est corrélée avec le principe d’ordre public exprimé par l’art. 332 alinéa (2) C. civ., selon lequel „(...) la convention matrimoniale ne peut pas porter atteint (...) à la dévolution successorale légale.” Il est vrai que par la convention matrimoniale on ne peut pas changer, par exemple, des ordres d’héritiers ou les quotes-parts qui leur reviennent. Pourtant, la stipulation d’une clause de préciput produit des conséquences indirectes sur la masse successorale en vue de sa diminution, étant affectés ainsi les droits des héritiers ou des légataires<sup>39</sup>.

Enfin, pour prévenir les éventuelles complications, une utilité pratique le présente la stipulation dans le contenu de la convention matrimoniale des modalités, mais aussi du repère temporel auquel on fera l’évaluation des biens qui représentent l’objet de la clause. En l’absence d’une telle stipulation contractuelle, dans l’hypothèse où l’exercice du préciput n’est pas possible en nature, mais il se réalisera en équivalant [évidemment, s’il n’intervient pas une situation de caducité - art. 333 alinéa (4) C. civ.], les critères d’évaluation du bien/des biens qui ont fait l’objet de la clause pourraient être ceux réglementés par l’art. 1.153 de la matière des rapports des donations<sup>40</sup>.

### **3. Les clauses concernant la liquidation du régime matrimonial conventionnel**

Selon l’art. 367 lettre e) C. civ., la convention matrimonial peut comprendre des modalités concernant la liquidation de la communauté conventionnelle. Ces stipulations contractuelles peuvent avoir comme effet la rupture de l’équilibre de l’émolument successoral entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint défunt.

La gamme des options possibles est large, par convention pouvant être stipulées des clauses concernant:

*a) l’établissement des quotes-parts de contribution de chaque conjoint selon lesquelles le partage sera fait*

Les conjoints peuvent convenir sur le partage des biens communs en parts égales, indépendamment de la contribution concrète de chacun à l’acquisition des biens communs et à l’accomplissement des obligations communes. Ces clauses pourraient conduire à un rééquilibrage de la situation patrimoniale du conjoint qui n’a

pas obtenu des revenus consistants de l'activité professionnelle, à la place il a apporté une contribution substantielle, mais difficilement de la quantifier, à la prospérité de la famille (par travaux ménagères et pour l'éducation des enfants).

De plus, on peut établir des parts inégales selon lesquelles on devrait partager les biens communs (par exemple,  $\frac{1}{4}$  et  $\frac{3}{4}$ ). Nous considérons que la stipulation d'une telle clause ne porte d'atteinte au principe d'égalité des conjoints, étant donné que le critère légal de détermination de la quote-part qui revient au chaque conjoint, consacré par l'art. 357 alinéa (2) C. civ., représente la contribution effective de chacun d'eux, qui par hypothèse peut être différente. Par l'adoption de cette clause de partage inégale les conjoints peuvent viser, par exemple, le rétablissement de l'équilibre patrimonial rompu par une inégalité des apports en communauté,<sup>41</sup> mais aussi la protection du conjoint survivant, dont on crée, par l'activation de cette clause, un confort patrimonial. À la suite, nous considérons qu'une telle clause est, en principe, valable, sauf la situation quand on peut prouver l'intention frauduleuse des époux.

La clause de partage inégal des biens communs ne doit pas être confondue avec la clause de préciput, la physionomie étant différente, au moins de la perspective du moment et des conditions dans lesquelles chacune de ces clauses peut être exécutée<sup>42</sup>. Ainsi, tandis que la clause de partage inégal peut être activée indépendamment de la manière de dissolution du régime matrimonial, la clause de préciput produit des effets uniquement dans le cas de dissolution du mariage par le décès ou par déclaration judiciaire de la mort d'un des époux. Aussi, si le prélèvement des biens qui font l'objet du préciput se produit avant le partage des biens communs, l'autre clause présente de la pertinence au sein de la liquidation effective du régime matrimonial, plus exactement dans la phase finale de la liquidation, respectivement le partage des biens communs des conjoints.

#### *b) la manière d'attribution des biens au chacun des époux*

Dans le contenu de la convention matrimoniale les conjoints peuvent convenir, par exemple, que l'un d'eux reçoive la nue-propriété, et l'autre l'usufruit des certains biens ou même de tous les biens communs.

Aussi, nous n'excluons pas la possibilité de la stipulation d'une clause pour la réalisation de *l'attribution préférentielle* pour un des époux des certains biens. Cette clause de prélèvement ne se confond pas avec la clause de préciput, car, contrairement à cette dernière, le prélèvement des biens qui constituent l'objet de la clause n'est pas réalisé sans contrepartie. Autrement dit, la clause de prélèvement ne rompt pas l'équilibre établi par la loi entre les héritiers, mais il confère au conjoint survivant seulement un droit de préférence à l'attribution des biens qui font l'objet de la clause, en cas du partage successoral, ce qui signifie que le bien entre dans la masse successorale à partager, et, s'il est le cas, le conjoint survivant doit payer une soulte aux autres héritiers.

*c) la distribution du passif de la communauté*

Dans la mesure où on ne peut pas prouver une intention frauduleuse des conjoints ou d'un d'eux, cherchant à nuire les intérêts patrimoniaux des créanciers communautaires, nous apprécions que dans la convention matrimoniale les conjoints peuvent prévoir qu'un d'eux supporte un pourcentage plus haut du passif de la communauté; (par exemple, même si le partage des biens communs est fait en quotes-parts égales, les conjoints conviennent que l'un d'eux, expressément désigné, supporte  $\frac{2}{3}$  des dettes de la communauté).

Même dans l'absence des dispositions similaires aux celles de la matière de la communauté conventionnelle, nous apprécions que les conjoints mariés sous l'empire de la séparation de biens peuvent prévoir, au sein de la convention matrimoniale, des modalités concrètes de liquidation. Par exemple, les conjoints pourraient insérer des clauses concernant :

*a) le moyen de réglage des dettes mutuelles:* la manière d'opérer la compensation, des éventuels délais de grâce, si ces créances sont soumises ou non à la revalorisation/indexation etc.

*b) la manière d'attribution des biens qui se trouvent en copropriété:* on pourrait convenir, par exemple: qu'un des époux reçoive la nue-propriété, et l'autre l'usufruit; l'attribution à l'un des époux, avec ou sans contrepartie, des certains biens, étant donné l'intérêt marquant de ce conjoint d'obtenir les biens concernés (par conséquent, une attribution préférentielle) etc.

Indubitable, toutes ces clauses seront activées dans l'opération de liquidation du régime matrimonial qui se produit entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint prémourant.

## VI. CONCLUSIONS

Sans doute, le droit successoral se trouve en relation étroite avec la famille. Nous espérons que par le biais des jalons tracés par notre succincte présentation, le lecteur est en mesure d'extraire les principales corrélations entre les règles spécifiques des régimes matrimoniaux et celles de droit successoral dans le système du Code civile roumain.

Une conclusion qui peut être dégagée: assez souvent l'objectif successoral concret peut être atteint aussi par une technique matrimoniale. Ainsi, une série de stipulations inscrites dans le modèle de la convention matrimoniale ont pour but d'assurer un confort patrimonial minimum pour le conjoint survivant, conduisant à la rupture de l'équilibre de l'émolument successoral entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint prémourant.

Les normes d'ordre public du droit successoral demandent leur tribut. Ainsi, la convention matrimoniale ne peut pas porter atteinte à la dévolution successorale légale et ne peut pas annihiler les règles de protection établies au bénéfice des héritiers réservataires.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Chargé de cours, Faculté de Droit de l'Université de Bucarest ; *cris\_nicolescu@yahoo.com*.

<sup>2</sup> Les seuls biens propres qui ne peuvent pas être inclus dans la communauté, étant donnée la réglementation univoque, sont les biens d'usage personnel et ceux qui sont destinés à l'exercice d'une profession [art. 340 lettre b) et c) C. civ.] L'existence des deux catégories des biens propres est justifiée aussi au sein de la communauté universelle car elle fournit, dans une symbiose presque totale, une indépendance minimale patrimoniale des époux, nécessaire comme une garantie de leur indépendance personnelle, qui se trouverait, autrement, toute sacrifiée sur l'autel de la communauté.

<sup>3</sup> Voir, à cet égard, P. Vasilescu, *Régimes matrimoniaux. Part générale*, 11<sup>ème</sup> édition révisée, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2009, p. 35.

<sup>4</sup> Dans le système de droit français, l'art. 1498 alinéa 1 *in fine* C. civ. fr. stipule que dans le cas des libéralités auront la nature juridique des biens propres les biens meubles pour lesquels le donateur ou le testateur a prévu expressément qu'ils seraient dans la propriété exclusive de l'époux gratifié. La jurisprudence a admis que la volonté du disposant pourrait être tacite, en résultant de circonstances qui restent à l'appréciation souveraine des juges du fond. V., à cet égard, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 novembre 1993, *apud* R. Cabrillac, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 6<sup>e</sup> éd., Ed. Montchrestien, Paris, 2007, p. 282, note 1.

<sup>5</sup> Au sens où „Les époux peuvent inclure dans la communauté conventionnelle les biens acquis à titre gratuit parce que, après l'acceptation du bien, ceci entre dans leur patrimoine, et ils peuvent disposer librement de ce bien, même sous la forme d'une donation pour l'autre époux”, v. Al. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Le droit de la famille*, ed. a 7-a, Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2012, p. 134. À notre avis, cette solution pourrait être soutenue seulement dans le cas où le disposant n'a pas exclu, par une clause univoque, l'appartenance du bien à l'actif communautaire.

<sup>6</sup> Voir I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Traité de droit de famille*, ed. a VIII-a révisée et complétée, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2006, p. 64.

<sup>7</sup> Voir R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 40; Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 5<sup>e</sup> éd., Ed. Dalloz, Paris, 2008, pp. 54-55.

<sup>8</sup> Pour cette solution, exprimée sous l'empire de la réglementation antérieure, mais qui conserve son actualité aussi dans le nouveau contexte législatif, v. I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 64.

<sup>9</sup> La dénomination marginale du texte signale le remplacement du concept doctrinaire „conjonctif” avec celui „réciproque”, l'intention de la Commission de rédaction des amendements étant celle d'éviter la confusion entre le testament conjonctif et le legs conjonctif. V., dans ce sens M.D. Bob, *Des problèmes d'héritage dans l'ancien et le nouveau Code civil*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2012, p.127.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 130-131.

<sup>11</sup> Voir M. Avram, C. Nicolescu, *Régimes matrimoniaux*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2010, p. 285.

- <sup>12</sup> Pour un court commentaire de ces articles, v. C.M. Nicolescu, dans „Le Nouveau Code civil, Commentaire sur articles” de Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2012, pp. 377-379. V., aussi, L’Union Nationale des Notaires Publics de Roumanie, *Le Code civil de Roumanie. Guide notariale*, vol. I, Ed. Monitorul Oficial, Bucarest, 2011, pp. 123-125.
- <sup>13</sup> On peut constater le fait que ce texte constitue une réitération des dispositions générales de l’art. 320 thèse I. Il est vrai, ce qu’il abonde n’est pas nécessairement dangereux (*quod abundat non nocet*).
- <sup>14</sup> Nous précisons que les aspects concernant le réglage des dettes n’étaient pas prévus dans le texte initial de l’art. 357. Cette omission de réglementation a été complétée par l’art. 52 pct. 16 LPA.
- <sup>15</sup> C. Nicolescu, *Les régimes matrimoniaux conventionnels dans le système du nouveau Code civil roumain. Approche historique, utilitariste et comparative*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2012, pp. 272 et 209-210. Pour une opinion cohérente, v. C.M. Crăciunescu, *Le droit de disposition des époux sur les biens qui lui appartiennent, dans différents régime matrimoniaux*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2010, p. 118; A.A. Banciu, *Les rapports patrimoniaux entre les époux selon le nouveau Code civil*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2011, p. 143; I. Popa, *La clause de préciput*, în RRDP nr. 4/2011, p. 173.
- <sup>16</sup> Voir I. Popa, *loc. cit.*, p. 174.
- <sup>17</sup> Pour cette approche dans la littérature de spécialité française, v., par exemple, B. Beignier, *Droit des régimes matrimoniaux. Cours et travaux dirigés*, Ed. Montchrestien, Paris, 2008, pp. 240-241 et la doctrine mentionnée.
- <sup>18</sup> V., en ce sens, Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., Ed. Defrénois, Paris, 2007, p. 317.
- <sup>19</sup> Nous précisons que, selon la Loi des notaires publics et de l’activité notariale no 36/1995, republiée, au sein de la procédure successorale, le notaire dresse le certificat d’héritier ou, selon le cas, de légataire. Mais, le prélèvement des biens par l’époux survivant, avant le partage de la succession, comporte une autre qualité.
- <sup>20</sup> V., par exemple: Fr. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, p. 595; B. Beignier, *op. cit.*, p. 233; R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 292. Au sens où sous l’empire du Nouveau Code Civil, la nature juridique de la clause de préciput est celle d’un „avantage matrimonial distinct”, v. C.M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *La régulation de la clause de préciput dans le nouveau Code civil roumain, comme elle a été modifiée par la Loi no. 71/2011*, en PR nr. 8/2011, p. 42; L’Union Nationale des Notaires Publics de Roumanie, *Le Code civil de Roumanie. Guide notariale*, vol. I, Ed. Monitorul Oficial, Bucarest, 2011, p. 114. Pour une approche intéressante de la clause de préciput de la perspective du partage et de la liquidation du régime matrimonial, v. M. Avram, *Droit civil. Famille*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2013, pp. 329-331. V., aussi, G. Aioanei, E. Poenaru, *Le mariage et le divorce*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 109, où on apprécie que cette clause préciputaire „n’est pas une donation ni comme fond, ni comme forme, mais une convention de mariage.”
- <sup>21</sup> La copropriété n’est pas incompatible avec le régime de la communauté des biens (légale ou conventionnel). Ainsi, les conjoints peuvent être copropriétaires entre eux sur certains biens (par exemple, s’ils ont la même profession, les biens destinés à l’exercice de cette profession sont détenues en copropriété, étant exclue leur appartenance à la masse des biens communs. Une spécification importante doit être faite: uniquement les biens propres des époux sont susceptibles d’être détenus par ceux-ci en copropriété.
- <sup>22</sup> Dans la situation où il est prévu, toutefois, qu’un bien propre d’un des époux (par exemple, l’immeuble qui représente le logement familial) fasse l’objet d’une clause de préciput on pourrait procéder de manière suivante: la réalisation d’une donation par l’époux propriétaire par la transformation du droit de propriété exclusive en propriété commune. Il est vrai qu’une certaine opération implique une série d’inconvénients: il suppose le paiement des certaines taxes ou honoraires notariales substantielles; de

plus, étant une donation entre époux, elle est gouvernée par le principe de révocabilité, consacré par l'art. 1.031 C. civ., selon lequel „Chaque donation conclue entre époux est révocable uniquement pendant le mariage.”

<sup>23</sup> L'objet du droit d'habitation peut être restreint ou modifié à la demande des héritiers, sous les conditions de l'art. 973 alinéa (3); en plus, le droit possède une existence limitée en temps, en cessant au moment du partage (mais pas plutôt d'un an après la date d'ouverture de la succession) ou par le remariage du conjoint survivant – alinéa (4) du même article.

<sup>24</sup> Pour l'analyse du droit spécial de succession du conjoint survivant dans la réglementation antérieure (art. 5 de la Loi no 319/1944), v. Fr. Deak, *Traité de droit successoral*, Ed. Actami, Bucarest, 1999, pp. 135-146.

<sup>25</sup> Selon l'art. 954 alinéa (1) C. civ., „La succession d'une personne est ouverte au moment de son décès.”

<sup>26</sup> Au sens que „le but juridique du préciput (...) est d'assurer la propriété en nature d'un bien antérieurement commun”, v. P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 107.

<sup>27</sup> L'actif brut de la succession est compris des biens propres du conjoint défunt et la quote-part qui lui aurait revu de la masse des biens communs.

<sup>28</sup> Pour une possible définition du droit potestatif, v., par exemple, M. Nicolae, *Traité de prescription extinctive*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2010, p. 442, où on apprécie que „le droit potestatif signifie le pouvoir conféré au titulaire, personne naturelle ou personne morale, d'influencer, unilatéralement et discrétionnairement, une situation juridique préexistant, en la modifiant, l'éteignant ou générant, à sa place, une nouvelle situation juridique”.

<sup>29</sup> Dans la situation où l'exécution de la clause de préciput est réalisée en nature.

<sup>30</sup> Selon l'art. 669 C. civ., ayant comme dénomination marginale „l'imprescriptibilité de l'action de partage”, „La cessation de la copropriété par partage peut être sollicitée n'importe quand, sauf le cas où le partage a été suspendu par loi, acte juridique ou jugement.”

<sup>31</sup> Pour développer le problème de la prescription des droits potestatif, v. M. Nicolae, *Traité de prescription extinctive*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2010, pp. 453-455. Ayant en vue les considérants exposés, nous ne pouvons pas être d'accord avec l'opinion exprimée dans la doctrine car, sans un terme spécial de prescription concernant la exécution de la clause de préciput „on va appliquer le terme général de prescription, de trois ans, qui commencera à se dérouler au moment de la naissance du droit, respectivement au décès d'un des conjoints.” (v. C.M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *La réglementation de la clause de préciput*, pp. 47-48)

<sup>32</sup> Bien que la clause de préciput ne soit pas une institution du droit successoral, on peut discuter dans quelle mesure peut-on trouver leur application, *mutatis mutandis*, les dispositions de l'art. 887 alinéa (1) C. civ., en vertu duquel „Les droits réels sont acquis sans inscription dans le registre foncier quand ils proviennent d'une succession (...)”. Au sens que „l'art. 887 alinéa (1) C. civ. n'est pas applicable, car, en réalité, nous ne sommes pas dans une situation d'exception de la règle de tabulation dans le Registre foncier”, v. M. Avram, *op. cit.*, p. 331. Il est vrai, strictement formel, que l'acquisition des biens immobiliers en vertu d'une clause de préciput ne se retrouve pas dans la liste d'hypothèse normative de l'art. 887 alinéa (1) C. civ. Mais, si on admettrait l'opinion selon laquelle le conjoint survivant devient propriétaire exclusif sur les biens qui font l'objet de la clause de préciput seulement dans le moment de l'inscription du droit de propriété consolidé dans le registre foncier, on peut poser la suivante question légitime: ayant en vue que le rôle de la clause de préciput est de bloquer l'entrée des biens dans la masse successorale, qui est (encore) le copropriétaire du conjoint survivant entre le moment de l'ouverture de la succession et le moment de l'inscription du droit de propriété consolidé dans le registre foncier? Au-delà de cette réserve, on peut constater aussi le fait que, par l'application de l'effet

constitutif du registre foncier, on appliquerait au conjoint survivant un traitement juridique plus sévère par rapport avec la situation où il aurait eu la simple qualité d'un légataire à titre particulier sur les mêmes biens. Ainsi, selon l'art. 1059 alinéa (1) C. civ., „Le légataire à titre particulier d'un bien individuel déterminé acquiert la propriété de ceci dès l'ouverture de la succession.” Cependant, le rationnement derrière l'institution de la clause de préciput est de favoriser le conjoint survivant, de lui assurer un confort patrimonial.

<sup>33</sup> Pour cette caractérisation dans la doctrine française, v., par exemple, Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, p. 327.

<sup>34</sup> V., à ce sujet, et C.M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *La réglementation de la clause de préciput*, p. 50.

<sup>35</sup> Selon l'art. 1087 C. civ., sont les héritiers réservataires le conjoint survivant, les descendants et ascendants privilégiés – le père et la mère du défunt.

<sup>36</sup> Dans les conditions où, comme on a montré, la clause de préciput ne pourrait pas être qualifiée comme une libéralité, art. 333 alinéa (2) a la nature d'une disposition spéciale par rapport aux dispositions de l'art. 1091 et les suivants. C. civ., qui visent uniquement la réduction des libéralités excessives. Pour une opinion concordante, v. C.M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *La réglementation de la clause de préciput*, p. 43.

<sup>37</sup> Pour les notions de „quotité disponible” et „quotité disponible spéciale du conjoint survivant”, v. art. 1089, respectivement art. 1090 C. civ. Il faut préciser que dans le système de droit français la réduction intervient seulement dans la hypothèse où le conjoint survivant vient en concours avec les héritiers réservataires de l'ordre des descendants, respectivement les enfants qui ne sont pas communs pour les deux conjoints – art. 1527 alinéa (2) C. civ. Fr.

<sup>38</sup> Selon l'art. 1096 alinéa (1) C. civ., „Les legs se réduisent avant la donation.”, et conformément à l'alinéa (2) du même article „Les legs se réduisent tous au même temps et proportionnellement, sauf si le testateur avait prévu que certains legs auraient de la préférence, cas où seraient réduits premièrement les autres legs.” Il faut préciser que cet envoi exprès aux dispositions de l'art. 1096 alinéa (1) et (2) n'existait pas sous la variante initiale, étant établi par l'art. 52 point 11 LPA. Nous apprécions cette intervention législative, au cet égard, comme salutaire, étant de nature à éviter les interprétations divergentes dans le procès d'application des dispositions concernant la clause de préciput, ce qui pourrait conduire à une pratique irrégulière.

<sup>39</sup> En ce sens que, en offrant un avantage patrimonial seulement au conjoint bénéficiaire, on coupe „l'équilibre de l'émolument successoral entre le conjoint survivant et les héritiers du défunt”, v. P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 107. Pour une série d'aspects pratiques visant l'impact de la clause de préciput sur le partage de la succession, v. A.A. Banciu, *op. cit.*, pp. 156-163.

<sup>40</sup> Même si, selon l'art. 333 alinéa (2) C. civ., la clause de préciput n'est pas soumise aux rapports des donations, nous ne croyons pas que cette situation pourrait représenter un empêchement pour faire l'application *mutatis mutandis* des mécanismes/règles d'évaluation établies par l'art. 1.153 C. civ.

<sup>41</sup> La possibilité de déroger aux règles du partage égale est prévue expressément par l'art. 1520 C. civ. fr. et l'art. 1461 C. civ. belg.

<sup>42</sup> Pour la délimitation des deux clauses, v. aussi C.M. Crăciunescu, *Le droit de disposition*, p. 115.

## **STUDII**

### **LE POISSON MORT AU VIVIER: LA SEPARATION ENTRE EPOUX<sup>1</sup>**

**Paul VASILESCU\***

**Résumé :** 360-365. *Des chiffres plus forts que tous les mots ? En réalité il s'agit de quelques articles que le nouveau Code civil roumain de 2009 a pu croire consacrer au régime matrimonial de la séparation de biens. Tout cela d'après près une moitié de siècle où tout autre régime matrimonial que celui de la communauté légale, unique, égalitaire et impératif, fut farouchement imposé par l'ancien code de la famille de 1954. Point question ici de s'interroger sur l'appétence pratique des gens mariés pour un autre régime que celui légal (de communauté), mais de dénouer le sens des normes qu'on peut utiliser afin d'accomplir la séparation patrimoniale des époux durant leur mariage. Ainsi, on va analyser le début du régime, tout en regardant à la source conventionnelle du régime, mais aussi vers d'autres moyens, tels que la séparation judiciaire de biens, dont l'effet essentiel est l'indépendance patrimoniale et la gestion absolue libre des conjoints. Les effets de la séparation, quelle que soit son origine, seront traités pour observer le degré de liberté dont les époux jouissent. À cet égard, il convient d'engager un parallèle entre la séparation et le défaut virtuel de toute communauté matrimoniale, d'autant plus que le code civil contient une disposition (l'ar. 320) imposant la liquidation de tout régime, qu'il soit communautaire ou pas. En fin de compte, on va passer en revue les voies à emprunter pour mettre un terme à la séparation matrimoniale, tant au cours du mariage qu'au moment où il cesse.*

**Mots clés :** régimes matrimoniaux, séparation des biens, époux

**Préliminaires.** Toute réforme comporte indéniablement un élan destructif, pour ainsi marquer la différence par rapport au passé, ainsi qu'étaler le neuf promis. Avec le nouveau code civil roumain les choses se sont passées autrement. Généralement, la nouvelle loi a repris les solutions anciennes, laminant dans le même dispositif légal le civil et le commercial, l'effet étant le cumul loisible des idées, des normes, des institutions. L'addition l'emportait sur l'épuration, l'ancien remportant une certaine victoire, du moins substantielle. Tout cela ne veut pas dire que le code civil n'aurait pas des nouveautés législatives, mais que la réforme s'est passée tout en douceur, sans grands par à-coups, une rupture importante étant ainsi évitée. Néanmoins, les

régimes matrimoniaux<sup>2</sup> font en quelque sorte une figure à part. C'est là qu'on trouve la rupture (et la tradition à la fois).

La rupture s'imposait, la continuation fut imposée. Ainsi, l'ancien code de la famille de 1954, ayant marqué à son époque une coupure radicale d'avec l'ancien code civil de 1864, devait écartier. Le code civil de 1864 réglait la séparation en tant que régime matrimonial légal ou de droit commun, comme on disait jadis, la dot étant la figure juridique la plus fréquente, mais il s'agissait d'une dot séparatiste, pas comme en droit français du temps qui greffait le régime dotal sur la communauté des époux. Le régime légal de séparation a fonctionné jusqu'au 1<sup>er</sup> février 1954, le jour de la mise en vigueur du code communiste de la famille. La dernière loi imposa comme régime légal la communauté entre époux, le seul régime possible, qui était évidemment impératif. D'un seul coup en 1954 on a changé de cap : la liberté des régimes matrimoniaux fut abolie, la séparation fut remplacée par la communauté.

Le nouveau code civil<sup>3</sup> marque alors une rupture, parce qu'il consacre la liberté des régimes matrimoniaux, mais le même code s'avère aussi conservateur, parce qu'il préserve la communauté en tant que régime légal. Alors, d'un côté, le changement législatif était forcément nécessaire, car le droit roumain est resté le dernier système européen qui imposait impérativement aux futurs époux un régime matrimonial unique et immuable. Donc, la liberté est regagnée, mais contrôlée, le code civil en permettant une limitée, les époux ayant le choix entre la communauté (légale ou conventionnelle) et la séparation (issue du contrat de mariage), tout régime mixte étant formellement prohibé (ar. 312). Faute de mieux et notamment par rapport au code de 1954, aujourd'hui la situation est meilleure. D'autre côté, le nouveau code civil s'est montré prudent, voire conservateur, tout en gardant la communauté en régime légal, probablement pour ne pas bouleverser les habitudes des gens mariés et des futures conjoints. Enfin, (à peu près) à l'instar du code québécois, la loi roumaine a aménagé ce qu'on appelle couramment le régime primaire impératif, pour ainsi assurer la protection légale du logement familial, et aussi pour régler les pouvoirs de gestion des époux. Mais, dans les lignes suivantes ce qui intéresse c'est uniquement le régime de la séparation de biens entre époux, la vraie nouveauté redécouverte après un demi siècle d'oubli forcé.

Le code civil actuel ne consacre expressément que six articles au régime de la séparation de biens (ar. 360-365), groupés dans une section qui porte même ce nom ; évidemment, d'autres textes seront y applicables directement ou en biais. Tel qu'on vient de dire, le régime séparatiste est de nature conventionnelle et représente une alternative au régime communautaire, quelle que soit la source du dernier. En outre, la loi organise aussi une séparation de biens judiciaire (ar. 370-372), à titre de sanction à l'égard du conjoint qui « met en péril les intérêts patrimoniaux de la famille » (ar. 370 (1)). Pour l'instant, mettons de côté ce cas de figure, pour se concentrer sur la séparation<sup>4</sup> en tant que régime matrimonial conventionnel.

**L'avènement et le fonctionnement** de la séparation de biens. Si les futurs époux n'agrément pas la communauté légale, qui s'applique par défaut, ils ont la possibilité de rester séparés de biens comme si le mariage ne se concluait pas. Le choix de la séparation suppose la conclusion d'un acte notarié, sous peine de nullité absolue (ar. 330 (1)). Le contrat de mariage, passé avant la célébration du mariage, est la condition nécessaire et suffisante pour que le régime séparatiste voie le jour. Pratiquement, les parties de la convention – et leur notaire, peuvent concevoir un acte très simple, quelques lignes prévoyant que les époux restent séparés de biens, sans aucune autre mention de plus. En l'occurrence, les conjoints gardent le même statut patrimonial qu'ils avaient avant le mariage, donc, l'association de vie matrimoniale ne s'assortit d'aucune communauté patrimoniale comme effet spécial de l'acte nuptial. Néanmoins, le régime légal impératif jouera et sera le plus petit dénominateur commun de nature patrimoniale des époux, comme un effet *ope legis* du mariage. Puis, rappelons que la convention de séparation peut être conclue même au temps du mariage, en guise de modification du régime communautaire antérieur (ar. 369), avec le même effet de la création *ante nuptias* de la séparation matrimoniale de biens.

Pour être opposable aux tiers, la convention matrimoniale sera soumise à l'inscription sur le Registre national notarial des régimes matrimoniaux, tenu selon la loi (ar. 334 (1)). Durant le mariage ou après avoir reçu la copie de l'acte de mariage, après avoir authentifié la convention matrimoniale, le notaire expédie d'office un exemplaire de ladite convention au bureau de l'état civil où a eu lieu la célébration du mariage, pour qu'on fasse mention sur l'acte de mariage, sur le registre indiqué ci-dessus, et ainsi que sur d'autres registres de publicité, le cas échéant. Tout cela n'exclue pas le droit des époux de demander eux-mêmes l'accomplissement des formalités de publicité. En règle générale et compte tenu de la nature des biens, les conventions matrimoniales seront soumises à la notation au livre foncier, à l'enregistrement au registre du commerce et à d'autres registres de publicité prévus par la loi. Dans tous les cas, l'inaccomplissement des formalités spéciales de publicité ne peut pas être comblé par l'inscription sur le Registre des régimes matrimoniaux. Enfin, notons encore que, sans être tenue à justifier un intérêt concret, toute personne peut consulter le Registre national notarial des régimes matrimoniaux, ainsi qu'on peut en demander des copies certifiées.

Une autre formalité jointe au contrat du mariage, c'est l'inventaire des biens meubles des époux (ar. 361). Donc, lors du choix du régime, le notaire va dresser un inventaire<sup>5</sup> des meubles appartenant à chacun des époux, indifféremment de leur mode d'acquisition. Et pour être opposable aux tiers, l'inventaire doit être une pièce jointe à la convention matrimoniale, étant soumis aux mêmes exigences de publicité que la convention. Durant le mariage, l'inventaire peut également être dressé pour

les meubles acquis au cours de la séparation de biens. À défaut de tout inventaire, le droit de propriété exclusive se présume, jusqu'à la preuve contraire, au bénéfice du conjoint possesseur<sup>6</sup>. Si le bien fut acquis par un acte juridique soumis, selon la loi, à une condition de forme, de validité ou de publicité, le droit de propriété ne peut être prouvé qu'avec le titre dûment établi selon le droit commun. Enfin, les meubles meublants ou les ornements du logement de la famille peuvent être glissés dans un inventaire, leur régime sera des propres, mais le droit de disposition du conjoint propriétaire reste bien limité jusqu'au jour de la dissolution du mariage, quand l'inventaire peut valoir preuve de la propriété. Alors, le conjoint propriétaire ne peut pas faire à lui seul déplacer du logement des meubles meublants ou des ornements dont il est garni, tout comme il ne peut pas en disposer sans le consentement écrit de l'autre époux (ar. 322 (2)). Pour conclure, on peut observer que l'inventaire est toujours un accessoire à la convention matrimoniale et aussi il est facultatif, sa raison étant d'alléger la preuve des propres pour les biens n'ayant pas soumis à des formes spécifiques de publicité légale. La dernière conclusion c'est que le manque d'inventaire n'affecte point la validité du contrat du mariage ou la nature séparatiste du régime matrimonial, mais ce défaut peut entraver la preuve des meubles utilisés couramment par les époux.

L'essence de la séparation matrimoniale consiste en ce que les époux sont séparés dans le même temps de biens, de dettes et de toute gestion conjointe. Le régime a la vocation de préserver les patrimoines distincts des conjoints comme s'ils étaient étrangers, voire des tiers non-mariés. Donc, le fonctionnement de la séparation relève du droit commun des obligations et des personnes, les époux étant indépendants patrimoniallement. Par conséquent, le mariage n'affecte point la capacité des conjoints de contracter (entre eux ou avec les tiers, quel que soit le contrat envisagé), la capacité de léguer, la capacité de dérouler des actes de commerce ou de se faire embaucher etc. Naturellement, la convention matrimoniale de séparation ne peut pas modifier les règles du régime primaire impératif, ainsi qu'elle ne peut pas porter atteinte à l'égalité des époux, à l'autorité parentale ou à la dévolution successorale légale (ar. 332 (2)). Malgré l'indépendance de principe des conjoints, la loi civile commande une cohésion patrimoniale minimale de ceux qui se sont mariés, et ce trait d'union est représenté par le régime primaire impératif. Qu'on passe brièvement en revue, alors, les règles qui assurent le contact patrimonial entre les époux séparatistes, règles légales établies par le régime dit primaire et impératif.

Premièrement, un conjoint a un droit d'ingérence dans les affaires de l'autre, une immixtion contrôlé par le juge. Alors, si l'un des époux se trouve hors l'état d'exprimer sa volonté, l'autre conjoint peut demander au juge de tutelle l'autorisation de le représenter dans l'exercice de ses droits issus du régime matrimonial. Par l'arrêt rendu, on établit les conditions, les limites et la période dudit mandat (ar. 315 (1)). Dans le même sens, mais à titre exceptionnel, lorsque l'un des époux passe des actes

juridiques qui mettent en péril les intérêts de la famille, l'autre conjoint peut requérir au juge de tutelle que le droit de disposer de certains biens puisse être exercé pour une période déterminée uniquement avec son consentement exprès. La durée de cette mesure peut être prolongée, mais sans outrepasser au total deux ans. Le jugement d'admission de cette mesure est soumis soit à la publicité foncière, soit à la publicité mobilière, le cas échéant (ar. 316 (1)). Les actes juridiques contrevenants au jugement sont annulables, le délai de la prescription extinctive étant d'une année et il court à partir du jour où le conjoint préjudicié a eu connaissance dudit acte.

Le cas de figure légal présenté ci-dessus, qui concerne une représentation judiciaire, n'exclue pas la représentation conventionnelle ordinaire, de droit commun, entre époux (ar. 314). Dès lors, un des époux peut donner mandat à l'autre conjoint pour qu'il le représente dans l'exercice de ses droits issus du régime matrimonial.

Deuxièmement, et concernant le logement de la famille, la loi établit impérativement le régime de certains actes juridiques (ar. 322). Ainsi, sans le consentement écrit de l'autre conjoint, nul époux, même s'il en est le propriétaire exclusif, ne peut ni disposer des droits au logement de la famille, ni accomplir des actes ayant affecté l'usage du logement. Pareillement, un conjoint ne peut pas faire à lui seul déplacer du logement des meubles meublants ou des ornements dont il est garni, tout comme il ne peut pas en disposer sans le consentement écrit de l'autre conjoint. Si ledit consentement est déraisonnablement refusé, l'autre conjoint peut demander au juge de tutelle qu'on l'autorise à conclure l'acte. Le conjoint qui n'a pas donné son consentement à la conclusion de l'acte peut en demander l'annulation dans l'année à partir du jour où il en a eu connaissance, mais sans pouvoir jamais être intentée plus tard d'un an après que le régime matrimonial se soit dissous. À défaut de transcription du logement de la famille au livre foncier, le conjoint qui n'y a pas consenti ne peut pas demander l'annulation de l'acte, mais uniquement des dommages et intérêts, à moins que le tiers acquéreur n'ait connu autrement la qualité de logement de la famille.

Dans le même ordre d'idées, la loi prévoit des dispositions spéciales pour le contrat de bail, ayant comme but la mise en place du logement de la famille (ar. 323). Lorsque le logement est détenu à titre de bail, chaque époux jouit donc d'un droit locatif propre, même si c'est seulement l'un des conjoints qui est titulaire du contrat ou que le contrat a été conclu avant le mariage, les dispositions de l'article 322 seront applicables par analogie. Enfin, en cas du décès d'un époux, le conjoint survivant exerce encore son droit locatif, à moins qu'il n'en renonce expressément, dans le délai de 30 jours (cf. ar. 1834). De surcroît, le droit de bail dont jouit l'un des époux peut survivre au mariage. Du coup, à la dissolution du mariage, si l'usage commun du logement familial par les conjoints n'est plus possible et que ceux-ci ne s'entendent pas, le bénéfice du contrat de location peut être attribué à l'un ou l'autre des époux,

compte tenu, dans cet ordre, de l'intérêt supérieur des enfants mineurs, des torts à la dissolution du mariage et des possibilités locatives respectives des anciens conjoints. Toutefois, le conjoint à qui a été attribué le bénéfice du contrat de location est tenu à payer à l'autre époux une indemnité couvrant les frais d'installation dans un autre logement, sauf si le divorce a été prononcé à des torts exclusifs du dernier. S'il y a des biens communs, l'indemnité peut être imputée, lors du partage, sur la part indivise appartenant au conjoint bénéficiaire du contrat de location. L'attribution du bénéfice du contrat de bail familial se fait avec la citation du locataire et produit ses effets, à l'égard de ce dernier, à partir du jour où l'arrêt rendu est resté définitif (ar. 324). On pourrait noter qu'à plus forte raison, les règles établies ci-dessus s'appliquent par analogie aussi pour le cas où le bien est la propriété commune des époux, l'attribution du bénéfice du logement conjugal produisant d'effets jusqu'à la date à laquelle la décision de partage est devenue définitive (*idem* (3)).

Troisièmement, bien que séparés de biens, les époux sont tenus à de quelques dettes ayant formé les charges du mariage (ar. 325), puisque la séparation ne vaut point exemption des dettes ménagères. De plus, toute clause de la convention matrimoniale de séparation qui stipule que les charges du mariage sont aux dépens d'un seul conjoint est réputée non écrite. En bonne logique, les époux se doivent mutuellement du soutien patrimonial, ainsi qu'ils sont tenus à contribuer, à proportion de leurs facultés respectives, aux charges du mariage, à moins que le contrat de mariage ne stipule autrement. Chaque époux est libre, donc, d'exercer une profession et de disposer de ses revenus, mais tout s'en acquittant de sa contribution respective aux charges du mariage. Au cas où l'un des conjoints contribue à l'activité professionnelle de l'autre époux, il est en droit à obtenir une compensation, dans la limite de l'enrichissement du dernier, si sa contribution a outrepassé son obligation de participer aux charges du mariage (ar. 328). Le dernier aspect relève plutôt de la liquidation du régime, mais on a préféré de le rappeler ici, pour qu'on souligne les liens patrimoniaux qui puissent s'établir entre les époux séparés de biens.

**Cluses spéciales.** Étant de nature volontaire, la séparation serait compatible avec des dispositions conventionnelles assez variées. En règle générale, de la liberté contractuelle on peut déduire que les (futurs) époux peuvent prévoir dans leur acte matrimonial toute clause qui s'accorde à leurs intérêts concrets. Les limites du choix marital sont clôturées par l'ordre public, et notamment par le régime primaire impératif. Mais au-delà de ces aspects généraux, la loi roumaine comprend une norme intéressante. Ainsi, la loi dispose qu'on ne peut pas déroger par la convention matrimoniale aux dispositions légales concernant le régime matrimonial choisi, sous peine de nullité absolue, sauf dans les cas expressément prévus par la loi (ar. 332 (1)). L'effet d'une telle norme c'est que tout régime matrimonial mixte, imbriquant par exemple des règles propres à la séparation et à la communauté, sera anéanti par la nullité absolue du contrat qui le prévoit. Alors, toute adjonction à la séparation de

biens d'une société d'acquêts, d'une communauté réduite aux acquêts ou d'autres clauses ayant la vocation de faire émerger un régime matrimonial mixte sera prohibée sous peine de nullité.

Le législateur roumain fut soucieux de la pureté du régime matrimonial applicable *in concreto*, en limitant ainsi la liberté des (futurs) époux. Cette liberté prend corps par le seul choix essentiel à faire: soit communauté (légale ou conventionnelle), soit séparation (contractuelle). En l'occurrence, la deuxième question qui se pose c'est de déterminer les clauses étant compatibles avec le principe de la netteté du régime matrimonial de séparation.

Sans avoir la prétention de dresser ici un inventaire exhaustif, la convention instituant la séparation de biens entre époux, peut comprendre deux types de stipulations, l'un d'effet probatoire, l'autre d'effet substantiel. Ainsi, dans la première catégorie peuvent entrer les présomptions conventionnelles de propriété dont le but serait d'alléger la charge de la preuve des propres. Une telle présomption peut être stipulée pour tout bien, à moins que le bien n'ait été acquis par un acte juridique soumis légalement à une condition spéciale (de forme, de validité, de publicité etc.), quand le droit de propriété ne peut être prouvé qu'avec le titre dûment établi par la loi (ar. 361 (5)). Ensuite, pratiquement, une clause probatoire peut laisser sans effet les dispositions légales qui prévoient l'inventaire des biens propres (ar. 361), ainsi que celles qui règlent la preuve de la copropriété maritale (ar. 362).

Les clauses ayant effet substantiel peuvent viser toute sorte d'aspects, tels que la répartition entre époux de la contribution aux charges du mariage ; la gestion et la jouissance des biens de l'autre conjoint ; la responsabilité pour les dettes de l'autre ; le régime de l'indivision promiscue entre les époux ; les moyens à utiliser pour liquider le régime matrimonial etc.

Dans le même registre, encore faut-il envisager que la loi roumaine suggère le contenu d'une clause dont l'effet pourrait être même la modification du sens juridique du régime de séparation (ar. 360 (2)). Ainsi, par convention matrimoniale, les époux peuvent stipuler des clauses concernant la liquidation du régime séparatiste en fonction de la masse des biens acquis par chacun des époux au cours du mariage, masse en fonction de laquelle on comptera la créance de participation. Si les époux ne conviennent pas autrement, la créance de participation représente la moitié de la différence des deux masses d'acquisitions nettes et elle sera due par le conjoint dont la masse d'acquisitions nettes est plus grande, le paiement pourra se faire en argent ou en nature. Le texte légal renvoie à un régime qui fonctionne en séparation mais qui se liquide comme s'il était de communauté, tout en partageant les acquisitions (acquêts ?!) à la fin. Un tel régime a un nom et une physiologie distincts, il s'agit de la participation aux acquêts<sup>7</sup> et le seul problème pour le droit roumain c'est la cohérence normative, tandis que la loi interdit expressément toute autre alternative que celle entre la séparation et la communauté pures (ar. 312 (1)).

**La composition des patrimoines** des époux séparés de biens. Hors les dispositions du régime primaire impératif ayant assuré plutôt une communauté normative entre les conjoints, la question reste à déterminer a priori le contenu du patrimoine des conjoints. Pour que la séparation mérite son nom, le régime homologue n'engendre aucune masse matrimoniale de biens particulière. Les époux demeurent tout séparé tant activement que passivement. Donc, les biens présents d'un conjoint, à savoir avec lesquels les époux sont entrés en mariage, s'additionnent à ses biens futurs, ceux qui seront obtenus, quel que soit leur titre, pendant le mariage. La même logique s'applique aux obligations, qui restent séparées, à savoir propres, qu'elles soient engagées avant ou après le mariage. Le régime dont il s'agit là a, donc, la vocation *de lege lata* de préserver une indépendance patrimoniale aux époux. Mais cette autonomie reste néanmoins compatible avec les mécanismes communautaires, sans que l'idée de séparation soit altérée.

Pour l'actif patrimonial, les conjoints sont libres d'acquérir et de gérer ensemble certains biens, tout en créant une indivision. Le code civil dispose (ar. 362) que les biens acquis conjointement par les époux leurs appartiennent en copropriété, « selon la loi », et que la preuve de la copropriété se fait selon l'article 361, qui s'applique par analogie, c'est-à-dire en dressant un inventaire pour tous les biens, meubles et immeubles. Observons que l'inventaire est prévu *de lege lata* (ar. 361) pour les biens meubles propres et non pas pour les acquêts, ainsi que la preuve des biens communs entre les époux peut dépendre de la nature du régime matrimonial. Ainsi, si le régime est de communauté, la loi présume la qualité d'acquêts des biens matrimoniaux (ar. 343 (1)), tandis que la preuve qu'un bien est propre peut être administrée, entre époux, par tous les moyens (*idem* (2)), sauf pour les biens acquis par succession, legs ou donation, le cas où la preuve se fait selon ces types à part d'acquisitions. Rappelons que pour les meubles acquis avant le mariage, un inventaire pourra être dressé avant la célébration du mariage par le notaire ou sous seing privé, si les parties s'y accordent. Sinon, à défaut d'inventaire, il est présumé, jusqu'à la preuve contraire, que ces biens-ci sont d'acquêts (*idem* (3)).

Si le régime est de séparation, les acquêts constituent une exception et la loi nous parle de la « propriété commune par parts indivises » (ar. 362 (1)) et non de la propriété promiscue (dont les parts ne sont pas précisées au moment de l'acquisition du bien), telle qu'est la situation en régime communautaire (ar. 339). À la première vue, cette différence n'a rien d'essentiel, parce ce que les époux séparés de biens ont la possibilité d'acquérir même en propriété promiscue leurs biens communs, au moment où la loi considère que cette type d'indivision peut surgir aussi de l'acte juridique (ar. 667). Alors, si les époux séparatistes le veulent, ils peuvent prévoir que les biens acquis en communs décriront une propriété promiscue. Au cas où ils ne soufflent aucun mot lors de l'acquisition d'un bien commun, doit-il considérer qu'il

s'agisse d'une indivision ordinaire ou bien d'une copropriété promiscue ? En règle générale, la copropriété promiscue est liée au régime communautaire, et cela résulte aussi de la tradition préexistant au nouveau code civil, que de la nouvelle loi, qui soumet une telle propriété aux règles de la communauté matrimoniale (ar. 668 (2)). Il s'en suit que l'indivision des époux séparés de biens est une copropriété ordinaire, ayant des parts indivises, même si celles-ci ne sont pas encore déterminées lors de l'acquisition du bien. Dès lors, au moment du partage, les époux devront établir ces parts-là, et après, ils pourront procéder au partage selon le droit commun. Donc, l'indétermination des parts indivises pour un bien acquis conjointement par les époux ne transforme pas *ipso facto* leur copropriété dans une promiscue ; les parts communes et indivises étant censées égales, pour le cas où aucun conjoint ne peut prouver une autre fraction de propriété que la moitié.

Le raisonnement gagne en importance dans l'occurrence que l'aliénation du bien commun est faite par un seul conjoint au cours du mariage. Dès lors, celui-ci peut aliéner la moitié de la propriété et non pas le droit entier, sans le consentement de l'autre conjoint. Puis, si un seul conjoint séparatiste dispose de la propriété indivise entière, la sanction d'un tel acte sera l'inopposabilité de l'aliénation – à l'égard de l'autre conjoint, pour tout ce qui dépasse la moitié ou la part indivise appartenant au conjoint aliénateur (ar. 642 (1)). En revanche, pour le régime communautaire, la règle demeure que les actes de disposition ayant pour objet des acquêts ne peuvent être conclus qu'avec l'accord commun des époux (ar. 346). L'acte conclu sans le consentement de l'autre conjoint, lorsqu'il est nécessaire selon la loi, est annulable, donc frappé par la nullité relative (ar. 347 (1)). Exception faisant, les biens communs meubles et les présents (dons d'usage), dont l'aliénation n'est pas soumise aux formalités de publicité, dont l'un ou l'autre des époux peut disposer seul, à titre onéreux (ar. 346 (2)).

Tout en revenant sur la preuve de la propriété commune des époux séparés de biens et sans faire distinction entre l'indivision ordinaire et celle promiscue, il convient d'observer quelques aspects. Ainsi, on est tenu à admettre que tout régime séparatiste jouit d'une présomption de séparation, à savoir tout bien acquis au cours d'un mariage, assortie d'une convention matrimoniale ayant consacré la séparation de biens des époux, est censé propre à l'un des conjoints. Pour le système roumain, la présomption est simple, parce que la loi s'en tait. En même temps, rappelons que pour le régime communautaire la présomption de communauté – qui est l'inverse de celle de séparation, est de nature légale (ar. 339). Le rôle d'une telle présomption, la synonyme du régime matrimonial, c'est d'entériner l'essence (séparatiste ou communautaire) du régime matrimonial, ayant l'effet que qui prétend qu'un bien déroge au régime matrimonial doit le prouver. À cet égard, la disposition de l'article 361, qui prévoit l'inventaire prémarital des propres, est excessif, voire inutile. Et

l'inutilité découle de ce que, même en régime communautaire, les biens existant avant la célébration du mariage, dans le patrimoine des futurs époux, sont et restent de propres. En outre, l'alinéa 4<sup>ème</sup> de l'article 361 nous dit qu'« à défaut de tout inventaire, le droit de propriété exclusive se présume, jusqu'à la preuve contraire, au bénéfice du conjoint possesseur », mais le texte sera applicable uniquement pour les biens (meubles) présents, qui sont par définition de propres. Mettons de côté l'inanité du texte précité, le premier enseignement à en tirer, c'est que la loi roumaine connaît elle aussi une présomption légale de séparation, mais celle-ci reste à être appliquée uniquement pour les biens meubles acquis avant le mariage, renforcée légalement aussi par le fait de la possession du bien meuble. La deuxième conclusion, c'est qu'il faudrait admettre ce que le système roumain connaît une présomption de séparation, quelle que soit la nature des biens, opérant en tout régime séparatiste, qu'il soit conventionnel ou judiciaire.

La troisième conclusion, toujours pour le régime séparatiste, c'est que pour les biens communs des époux fonctionne une présomption d'indivision (copropriété ayant des parts indivises), et si l'on en doute, chaque conjoint sera titulaire de la moitié de la copropriété (ar. 357 (2) et 634 (2)). Enfin, quelle que soit la nature du bien (meuble ou immeuble), ainsi que son régime juridique (acquêt ou propre), si le bien fut acquis par un acte juridique soumis légalement à une condition particulière de forme, de validité ou de publicité, le droit de propriété ne peut être prouvé qu'avec le titre exigé par la loi (ar. 361 (5)). Cette règle, qui lie la preuve au régime de l'acquisition, joue également entre les époux et à l'égard des tiers, et constitue une nouveauté par rapport à l'ancien système qui prévoyait la liberté de la preuve entre les époux (communs en biens).

Pour le passif patrimonial, chaque conjoint séparé de biens est libre à contracter séparément toute obligation qu'il considère convenable à son intérêt personnel ; une telle dette étant évidemment propre. Par conséquent, aucun des époux ne peut être tenu à des obligations issues des actes conclus par l'autre conjoint. Néanmoins, les époux sont tenus solidairement aux obligations assumées par l'un d'entre eux pour couvrir les dépenses courantes du mariage, et ainsi que celles liées à l'activité d'élever et d'éduquer les enfants (ar. 364 (2)). Pour les obligations communes, et en mettant à l'écart celles-ci issues de l'application du régime primaire impératif, les époux sont libres de contacter ensemble toute obligation commune, telle que celle exigée par l'acquisition d'un bien commun dont les parts indivises représenteront les quotes-parts de la dette pour chacun des époux. Alors, la présomption simple c'est que les époux sont séparés aussi de dettes et celui qui allègue le caractère commun d'une obligation doit le prouver.

La présomption de séparation passive fonctionne avec la même force juridique tant à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers. De ce point de vue, le tiers

avec lequel passe un acte un conjoint peut faire abstraction de l'état marital de son contractant, même si le tiers était l'autre conjoint. La liberté de conventions et la séparation patrimoniale, mise à l'œuvre par le régime matrimoniale dont il est question là, nous permettent de conclure que les époux sont et restent des tiers à qui on applique les règles du droit commun des obligations. L'effet probatoire c'est que les époux sont tenus du droit commun de la preuve à la fois entre eux et à l'égard des tiers, ainsi que les tiers doivent observer le même droit commun des preuves. Néanmoins, c'est là qu'on peut aisément appliquer – entre époux – la dérogation au caractère obligatoire de l'écrit préconstitué pour toute obligation qui outrepassa le seuil de 250 lei, par suite de l'impossibilité morale de le dresser, en admettant la preuve par témoins (ar. 303 (4) C.proc.civ.).

**La gestion des intérêts patrimoniaux.** L'indépendance des époux se manifeste aussi en matière des règles qui gouvernent la gestion du régime séparatiste. En fait, la seule règle essentielle c'est qu'il n'y a point de règle particulière de gestion, ainsi qu'aucun conjoint n'a le droit de s'immiscer dans les affaires de l'autre. Logiquement, la séparation de biens implique la séparation de gestion. Les tempéraments sont issus du régime primaire impératif, dont les règles – centrées sur le mécanisme de la représentation, furent déjà indiquées ci-dessus. Enfin, la séparation suppose aussi l'idée qu'un conjoint n'a pas la jouissance des biens appartenant à l'autre époux. C'est d'ailleurs la seule hypothèse auxquels effets le code civil le règle (ar. 363).

Ainsi, l'époux qui jouit d'un bien de l'autre conjoint, sans que le dernier s'y ait été opposé, a les obligations de l'usufruitier, sans qu'il soit toutefois tenu à déposer la caution ou de dresser l'inventaire des biens, devoirs propres à l'usufruitier de droit commun. Il ne doit restituer que les fruits qui existent au jour de la demande de leur rétrocession ou, le cas échéant, au jour de la dissolution ou du changement du régime matrimonial. Puis, si l'un des époux conclut seul un acte par lequel il acquiert un bien, tout en employant des biens appartenant à l'autre conjoint, le dernier peut choisir, proportionnellement aux propres employés à son insu, entre demander pour lui la propriété du bien acquis et réclamer des dommages et intérêts à l'époux acquéreur. La propriété ne peut être revendiquée qu'avant que le conjoint acquéreur ne dispose du bien acquis, à moins que le tiers acquéreur n'ait connu que ledit bien fut acquis par le conjoint (aliénateur) moyennant les deniers (et/ou les biens) de l'autre époux.

**La séparation judiciaire.** Entre les époux, les effets juridiques de la séparation de biens peuvent se produire aussi en dépit du consentement d'un conjoint, au cas où il était antérieurement lié par la communauté de biens à l'autre partenaire marital. Il est question là de la séparation matrimoniale ayant institué non pas conventionnellement, mais judiciairement (ar. 370). Ainsi, le régime matrimonial de la communauté (légale ou conventionnelle) prend fin, au cours du mariage, lorsque l'un des époux conclut des actes qui mettent en péril les intérêts de la famille et, à la

demande de l'autre conjoint, le juge prononce<sup>8</sup> la séparation de biens. On peut voir dans ce cas de figure, et la loi le fait, une modification du régime matrimonial pendant le mariage, voire une mutation forcée et obligatoire du régime communautaire issue d'une décision judiciaire et ayant le but d'assurer la protection des acquêts. Ce type de séparation de biens nous se présente paradoxalement comme la bouée de sauvetage d'un régime matrimonial échoué, tout en le dissolvant, mais aussi comme un point de non-retour qui puisse désormais mettre un terme au mariage lui-même. Ceci parce que la séparation judiciaire est due à un désaccord grave et profond entre les époux qui se voient désunis en leurs intérêts patrimoniaux, une mésentente qui doit être tranchée par un tiers, même si le dernier s'appelait juge. Avant de faire une analyse *de lege lata* de cette espèce de séparation, il convient de rappeler que la loi roumaine, sauf à l'époque communiste, a connu la séparation judiciaire. De la sorte, sous l'ancien code civil de 1864, bien que le régime légal fût la dot séparatiste et la loi ne connût pas la séparation de corps, existait néanmoins la séparation judiciaire mais qui valait la cessation des pouvoirs d'administration du mari qu'il avait sur les biens dotaux. Au temps communiste, le mécanisme de la séparation judiciaire disparut. Toutefois l'ancien code de la famille de 1954 prévoyait que, « pour des raisons graves », pendant le mariage les acquêts peuvent être partagés, entièrement ou pas, uniquement par voie judiciaire (ar. 36 C.fam.). Les acquêts ainsi partagés devenaient des propres, mais les biens non partagés, ainsi que ceux ultérieurement acquis, préservait leur régime d'acquêts légaux. Donc, le partage judiciaire ne modifiait point à l'avenir la nature communautaire du régime matrimonial tout entier, mais mettait fin *ex tunc* à l'indivision maritale existant au moment du prononcé de l'arrêt.

On en vient à la séparation judiciaire d'aujourd'hui tout en précisant que les règles de la séparation conventionnelle s'appliquent entre les époux. De ce point de vue, la séparation judiciaire ne diffère du régime homologue qu'au niveau de la source, c'est non pas la volonté des époux, mais l'effet de l'arrêt du juge qui sépare patrimoniallement les conjoints. Dès lors, les époux séparés judiciairement devront désormais respecter les normes ci-dessus passées en revue (ar. 371 (1)). En outre, et encore entre époux, les effets de la séparation se produisent à partir du jour de la demande de séparation, sauf dans le cas où le juge, si l'un des époux l'exige, dispose que les effets leurs soient applicables dès leur séparation de fait (*idem* (2)). Mais une question se poserait, du moins. Ainsi, en prononçant la séparation judiciaire, le juge est-il tenu à liquider la communauté, en partageant les acquêts ? La disposition légale<sup>9</sup> est assez chiche et il n'en résulte pas clairement si le partage est obligatoire d'être fait judiciairement, ou bien le juge n'a que le devoir de prononcer la fin de la communauté comme régime matrimonial, les époux étant tenus à une liquidation (à l'amiable ou pas). Intuitivement, vu les motifs de la séparation judiciaire, le conjoint demandeur aurait tout l'intérêt de solliciter au juge qu'il fasse le partage.

Contrairement, lorsque la mésestante s'envole et le demandeur n'a pas requis le partage judiciaire, les conjoints auront la possibilité de procéder à un partage volontaire. En tout cas, la séparation judiciaire vaut mutation du régime matrimonial et elle est soumise à des formalités de publicité ordinaire (mention sur l'acte de mariage, sur le registre des régimes matrimoniaux etc.). À défaut de publicité légale, la mutation judiciaire du régime reste inopposable aux tiers ; voilà donc la sanction.

Quant aux tiers, les créanciers des époux ne peuvent pas demander la séparation de biens, mais ils peuvent y intervenir (ar. 372 (1)). En outre et malgré la source judiciaire de la séparation, les créanciers préjudiciés par la mutation ou par la liquidation du régime communautaire ont le droit d'intenter une action révocatoire. Le délai prévu pour cette action paulienne est d'un an<sup>10</sup>, compté à partir du jour de l'accomplissement des formalités légales de publicités prévues pour la modification judiciaire du régime matrimonial ou du moment de la connaissance, par tout moyen, de ces événements (ar. 369). Donc, par exception, les créanciers, dont on a parlé, peuvent invoquer l'inopposabilité de la mutation ou de la liquidation du régime matrimonial faite dans la fraude de leurs intérêts.

**Le dénouement du régime séparatiste.** Comme tout régime matrimonial, la séparation de biens peut finir<sup>11</sup> par suite de l'effet de la dissolution du mariage ou, au cours du mariage, par une mutation volontaire du régime, désirée par les époux. Dans tous ces cas, l'extinction du régime se fait *ex nunc* étant suivie par la liquidation du régime, commandée par la loi, au moyen d'un acte solennel (ar. 320). La fin du régime matrimonial n'est pas un processus, parce qu'elle ne suppose que le constat de la cause efficiente qui entraîne l'extinction du régime, et non pas une suite continue d'opérations qui est l'apanage de la liquidation du régime. L'extinction du régime peut se passer à l'insu des (anciens) époux, ou bien au contraire, à leur gré, mais la cessation du régime n'est qu'un effet ponctuel qui déclenche un processus juridique : la liquidation du régime. Aussi de ce point de vue, encore faut-il éviter toute confusion entre l'extinction du régime matrimonial et sa liquidation.

Entre les (anciens) époux, l'extinction de leur régime matrimonial peut arriver à des moments différents. Donc, au cas de la mort d'un conjoint, l'instant du décès marque à la fois le jour de la dissolution du mariage et du régime matrimonial. Pour la dissolution du mariage par voie judiciaire, la date à laquelle le jugement est devenu définitif marque le jour de l'extinction du régime matrimonial, mais uniquement pour la nullité du mariage. Si le divorce est prononcé par le juge, le régime matrimonial cesse au jour de l'introduction de la demande de divorce (ar. 385 (1)). Par exception, toujours pour le divorce judiciaire, mais prononcé à l'amiable, l'extinction peut être placée au jour de la séparation de fait des époux, le moment exact étant établi par le juge (ar. *idem* (2)). Parce que le conjoint innocent garde le statut juridique d'un divorcé (ar. 304 (2)), lors de la nullité d'un mariage putatif on peut considérer que le

régime matrimonial prend fin au jour de l'introduction de la demande judiciaire. Pour le divorce administratif, constaté par le notaire ou par l'officier de l'état civil, le moment de l'extinction du régime matrimonial sera celui de la date du consentement des époux à la désunion maritale, fixée dans le certificat de divorce, acte délivré à la fin de la procédure administrative (ar. 376 (3) et (4)).

De ces faisceaux de règles on pourrait déduire qu'on a préféré que la diversité l'emporte sur la clarté, ainsi que les règles furent forgées comme s'il s'agissait toujours de la communauté matrimoniale. Il va de soi que la nullité d'un mariage dans lequel les époux furent communs en biens peut compliquer leur situation juridique en raison des effets *ex tunc* de la nullité. En l'occurrence, la question reste à déterminer le régime matrimonial applicable pendant le mariage, et, tout en admettant l'effet rétroactif de la nullité, il en résulte que les conjoints ont été vraiment séparés de biens et non pas communs en biens, ayant affaire à l'une indivision ordinaire, au cas où les acquêts existeraient pour autant. Dans cette éventualité, la liquidation du régime va se réduire *grosso modo* au partage. Puis, si le régime initial fut celui de la séparation de biens, il est évident que la nullité du mariage ne soulève pas de problèmes spéciaux, les conjoints conservant toujours le même statut patrimonial.

En définitive, la situation la plus bizarre serait représentée par la norme contenue à l'article 385 (1), selon laquelle « le régime matrimonial cesse entre les époux à la date de l'introduction de la demande de divorce ». Et si les parties du régime matrimonial continueront être mariés aussi après ce moment, eux étant déboutés de leur demande de divorce ? Pour les époux communautaires, l'introduction de la dite requête marquera le début d'un régime de séparation de biens qui finira au jour du débouté ? C'est le chaos ! Encore, quant au régime communautaire conventionnel, doit-on considérer que toute convention matrimoniale soit assortie d'un délai extinctif incertain, ponctué par la date de l'introduction de la demande de divorce ? Pour finir, mais regardant au régime séparatiste, l'article 385 (1) ne produira jamais aucun effet, car les gens mariés obéissant à un tel régime (comme ceux non-mariés) sont (et restent) toujours séparés de biens.

Pour boucler, l'extinction du régime matrimonial, quelle qu'en soit la cause, sauf la nullité, produit ses effets seulement à l'avenir, étant suivie par la liquidation, qu'il soit un régime communautaire ou séparatiste. Donc, l'heure est venue de se pencher sur cette technique juridique qui est la liquidation du régime matrimonial.

**La liquidation** du régime séparatiste brille par son manque. À savoir, un tel régime n'a point de règles propres ou spécifiques à utiliser après la dissolution du mariage. Les époux séparés de biens préservent tout au long du mariage, et *a fortiori* après sa dissolution, une totale indépendance patrimoniale et gestionnaire ayant rendu inutile toute discussion théorique sur la dissolution du régime séparatiste<sup>12</sup>. Liquidation pour séparation ne vaut pas, étant vaine toute analyse *in vitro* des règles

applicables. Donc, à cet égard, la dissolution du mariage séparatiste signifierait *de lege lata* en elle-même liquidation<sup>13</sup>, les termes se contractent, et les (anciens) époux séparés suivront désormais leur chemin patrimonial respectif. La situation juridique est exactement l'inverse de celle issue de la communauté matrimoniale, où la dissolution du mariage n'est que le signal de la liquidation dont le partage serait la figure tutélaire. La conséquence technique, c'est qu'il y a une présomption de non-liquidation, suite à la présomption de séparation de biens ayant fonctionné au cours du mariage. De ce fait, qui soutient le contraire doit prouver qu'est un intérêt effectif justifiant la liquidation *in concreto* du régime.

Par exception à la règle que le régime de séparation de biens ne comporte pas par principe la liquidation, et suivant la liberté contractuelle, la loi prévoit que les conjoints « peuvent stipuler des clauses concernant la liquidation de ce régime en fonction de la masse des biens acquis par chacun des époux au cours du mariage, masse en fonction de laquelle on comptera la créance de participation » (ar. 360 (2)). Le cas fut déjà signalé ci-dessus, le texte légal posant surtout le problème de la création effective et *ex tunc* d'un troisième régime matrimonial, celui de la participation aux acquêts, n'étant donc pas le cas d'y revenir.

Pratiquement et faute de toute clause relative à la liquidation, quand la vie l'emporte sur le juridique, même au cas de la séparation de biens on pourrait déceler une problématique concrète liée à la liquidation non pas tant du régime tel quel, que des intérêts patrimoniaux que le mariage a concrètement enfantés entre époux. Donc, la liquidation ne repose jamais a priori sur les règles particulières issues de la séparation en tant que régime, mais sur le contingent auquel se heurtent les (anciens) conjoints. Le cas échéant, tout bien commun acquis durant la vie conjugale en séparation de biens sera soumis au partage de droit commun dont les règles s'appliquent aussi à la liquidation de la communauté matrimoniale.

C'est le deuxième pas de la liquidation, le premier pas étant la mise en évidence de l'état des lieux des propres. C'est là que l'inventaire prémarital des meubles propres peut se montrer utile (ar. 361), mais s'il est suivi d'un autre inventaire, cette fois dressé à la dissolution du régime, comprenant les biens propres acquis au cours du mariage. Puis, par la comparaison de ces deux inventaires, on sépara nettement tous les propres appartenant à chacun des époux. Un inventaire des biens communs peut s'avérer également utile, car les ex-conjoints peuvent y établir les parts indivises et leur attribution en nature respectifs, un certain inventaire pouvant valoir même partage des meubles, selon le gré des signataires. En revanche, pour les meubles<sup>14</sup> acquis – au cours du mariage – par un acte juridique soumis légalement à des conditions particulières (de forme, de validité ou de publicité), le droit de propriété peut être prouvé uniquement avec le titre d'acquisition imposé par la loi; en conséquence, pour ces biens-ci l'inventaire mobilier n'a qu'une valeur

d'évidence « comptable » et non pas probatoire. Si les inventaires sont exhaustifs et après qu'on ait isolé les meubles ayant un régime probatoire spécial, ce qui reste ce seraient des biens communs, l'indivision étant soumise au partage, volontaire ou judiciaire, selon le cas.

Observons que la présomption de séparatisme doit fonctionner aussi pour les dettes, mais concrètement il arrive qu'il y en ait commun. Donc, à l'instar de l'actif patrimonial, les époux démariés sont tenus de mettre en vedette et de régler le passif matrimonial, à savoir les obligations issues concrètement de leur vie commune. Y entrent les obligations réciproques, et les dettes ayant comme débiteur l'un des époux, l'autre étant le créancier, sans avoir rien avec le ménage<sup>15</sup> ; les dépenses communes contractées avec un tiers afin de soutenir la communauté de vie et les charges du mariage<sup>16</sup>. Constatons qu'il y a aussi des obligations dont la cause est étrangère au mariage qui constitue l'objet de la liquidation passif. La situation s'explique par cela que les conjoints sont toujours séparés, et obligationnellement ils se présentent comme des tiers ayant contracté l'un avec l'autre. Ces obligations non-maritales entrent formellement à la liquidation, mais cela ne veut pas dire que la liquidation vaut échéance, donc, les ex-époux sont tenus à observer le droit commun et le délai d'exécution établi lors de la date de naissance de ces dettes. À cet égard, la liquidation de ce type d'obligations ne signifie qu'un inventaire des dettes à payer à l'avenir. Pour les autres obligations, liées proprement-dit à la vie conjugale, la liquidation vaut exigibilité, mais l'échéance effective sera reportée à un jour futur selon l'entente des anciens conjoints, ou bien selon la décision du juge. En plus, comme sûreté spéciale de l'exécution des obligations soumises à la liquidation, la loi a expressément reconnu un droit de rétention. Alors, à la dissolution du régime de la séparation de biens, on reconnaît à chacun des époux un droit de rétention<sup>17</sup> sur les biens de l'autre, jusqu'au paiement intégral des dettes qu'ils ont l'un envers l'autre (ar. 365).

Bien que séparés de biens, les époux mènent toutefois une vie commune ce que fait que leurs intérêts quotidiens s'entremêlent. Ce chevauchement patrimonial suppose, parmi d'autres, qu'un conjoint se voie participant au métier de l'autre, ainsi qu'aux travaux déployés au foyer familial, pour ainsi soutenir les charges du mariage. Ces activités-là ont un contenu patrimonial et lors de la dissolution du mariage on peut poser le problème de régler les dettes en sortant. Dès lors, la loi prévoit pour les ex-époux un droit spécial, appelé « à la compensation » (ar. 328). Ainsi, le conjoint qui a vraiment contribué à l'activité professionnelle de l'autre conjoint peut obtenir une compensation, dans la limite de l'enrichissement du dernier, si sa contribution a dépassé son obligation de participer aux charges du mariage. Pratiquement, ici ne se soulève que le problème d'établir le quantum de la créance de participation au métier de l'autre époux, notamment quand on a fourni en nature des services

professionnels. Le deuxième aspect envisagé ci-dessus gagne en importance surtout quand les conjoints séparés ont acquis un bien commun et se pose la question de déterminer exactement la contribution respective de chaque époux, parce que ceux-ci n'ont pas établi – au moment de l'acquisition – les parts indivises.

La deuxième situation peut présenter des similitudes avec le régime communautaire, il s'agit là de la réévaluation de la contribution des conjoints aux charges du ménage. Ainsi, les travaux domestiques et l'activité d'élever les enfants, pratiqués par chacun des époux, représentent une contribution aux charges du mariage (ar. 326). Et dans l'éventualité que la contribution d'un conjoint ait dépassé le taux obligatoire de participation aux dépenses du foyer – établi conventionnellement ou légalement – celui-ci aura une créance contre l'autre époux pour tout ce qui excède le seuil convenu. La logique de l'enrichissement sans cause s'appliquera aussi là, le mécanisme assurant d'ailleurs l'égalité des (anciens) conjoints si le règlement de comptes fut manqué lors de la liquidation. Pour conclure, notons que les deux hypothèses ci-dessus envisagées reposent sur le même principe, celui de l'enrichissement sans cause, aucun conjoint ne pouvant obtenir nul gain uniquement grâce à son statut de marié. Qui plus est, la liquidation du régime de séparation aurait comme dernière raison le regain du principe séparatiste, selon lequel les sujets du régime doivent garder leurs propres intérêts intacts en dépit de la vie commune imposée par le mariage.

Avant qu'on boucle les propos sur la liquidation de la séparation, il convient de faire quelques remarques sur sa forme. La loi<sup>18</sup> impose la forme solennelle de la liquidation, parce que cet acte est *de lege lata* soit un notarié, soit un arrêt judiciaire, *tertium non datur*. La disposition de la loi s'avère trop sévère en générale, et pour un régime séparatiste, inutile et couteuse. Inutile, car la présomption de séparation joue toujours entre les époux et aussi à l'égard des tiers. Couteuse, parce que la liquidation est un acte qui se paye, les sujets d'un tel régime, même dans l'hypothèse où ils n'ont rien à liquider, pouvant être formellement forcés de le déclarer devant le notaire. Et cette déclaration<sup>19</sup> notariée vaut l'acte (*instrumentul* et *negotium* à la fois) de liquidation. Les époux peuvent être contraints<sup>20</sup> de faire un tel acte de liquidation notamment au cours du mariage, lors du changement du régime matrimonial. Ainsi, s'ils désirent modifier leur convention matrimoniale en changeant de régime, le notaire peut imposer qu'ils passent un acte de liquidation. Cette exigence est déduite de la loi, car l'article 320 commande la liquidation du régime matrimonial indifféremment s'il s'agit de la dissolution du mariage ou de la mutation du régime. À défaut d'*instrumentum* de la liquidation, il n'existe pas de liquidation comme telle, parce qu'il manque à la fois le *negotium* et l'acte solennel.

**Conclusion ?** Les effets de la séparation, quelle que soit son origine, seront les mêmes, condensés dans une indépendance patrimoniale accrue des époux,

l'autonomie se poursuivant naturellement aussi après la dissolution du régime. C'est pour cela d'ailleurs qu'en observant le degré de la liberté dont les époux jouissent, Savatier conclut que la séparation vaut plutôt un manque de régime qu'un régime proprement-dit. Qui plus est, c'est l'idée que le mariage n'engendre pas par lui-même d'effets patrimoniaux, et de ce point de vue, la séparation de biens assure paradoxalement la pureté extrapatrimoniale du mariage. En définitive, on se marie non pas pour générer des effets patrimoniaux et des vocations successorales, mais pour fonder une famille, la prise en charge de celle-ci s'éloignant toutefois du bout de tout régime matrimonial. Pour le système roumain, le régime de la séparation de biens est mort-né, le législateur n'a jamais cru qu'un tel régime ait un avenir pratique. L'idée se peut déduire de cela que les normes y dédiées sont trop elliptiques, n'attirant personne pour les appliquer pratiquement. Sauf l'article 360 (2) du code civil qui puisse être interprété dans le sens de la création d'un régime de participation aux acquêts, mais un tel régime semble précaire, banni par l'interdiction expresse de la combinaison des règles pour qu'on fasse ainsi un tiers régime. Autre utilité conjoncturelle de la séparation peut être détectée, si l'on regarde vers la séparation judiciaire. Mais celle-ci n'est que le résultat concret de l'impossible communauté, les conjoints ne tenant pas tête à un régime communautaire, la séparation s'avérant donc l'état naturel des époux prêts à la désunion (presque inévitable). Est-ce un vote de blâme de plus pour la séparation comme régime à part entière ? Quant à la liquidation du régime séparatiste, mettant de côté l'éventuelle participation aux acquêts, le libellé légal impose un droit étroit couteux et inutile, plaçant sous un grand point d'interrogation même le principe de la séparation patrimoniale dont les présomptions d'indépendance lui manquent légalement.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Babeş-Bolyai de Cluj, Roumanie, [vpaul@law.ubbcluj.ro](mailto:vpaul@law.ubbcluj.ro)

<sup>2</sup> Références : Noul Cod civil. Comentariu pe articole, coord. F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, ed. C.H. Beck, Bucureşti-2012 (ouvrage cité Comentariu pe articole); M. Avram, C. Nicolescu – Regimuri matrimoniale, ed. Hamangiu, Bucureşti-2010; T. Bodoaşcă – Regimul separaţiei de bunuri în reglementarea Codului civil roman, Dreptul nr. 11/2010; C. Nicolescu – Regimurile matrimoniale convenţionale în sistemul noului Cod civil român, ed. Universul Juridic, Bucureşti-2012; P. Popovici – Regimul matrimonial al separaţiei de bunuri în dreptul român, PR nr. 2/2006; P. Vasilescu – Regimuri matrimoniale. Parte generală, ed. Universul Juridic, Bucureşti-2009; A. Colomer – Droit civil. Régimes matrimoniaux, ed. Litec, Paris-2000; Fr. Terré, Ph. Simler – Droit civil. Les régimes matrimoniaux, ed. Dalloz, Paris-2001.

<sup>3</sup> Mis en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011. Dans ce texte, tout chiffre (mis entre les parenthèses) sans autre référence renvoie aux articles (abrévés « ar. ») de ce code civil, tandis que le chiffre suivant le numéro de l'article signifie l'alinéa dudit article. Pour éviter les répétitions ennuyeuses, s'il s'agit du même article déjà cité ou indiqué dans un paragraphe, on a préféré de le signaler par le signe (*idem*), au dessous du paragraphe.

- <sup>4</sup> Outre leurs sources respectives, il n'y a qu'un seul régime de la séparation de biens, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 397.
- <sup>5</sup> Celui-ci n'est point obligatoire ni pour le notaire, ni pour les époux, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 383.
- <sup>6</sup> Le législateur a ignoré qu'une telle possession est d'habitude inutile, en raison de son équivoque !
- <sup>7</sup> « On remarque qu'à travers un artifice ingénieux s'offre aux époux la possibilité d'opter, par un biais occulte, pour le régime de la participation aux acquêts, sous l'apparence d'un régime de séparation, tandis que la participation aux acquêts ne figure pas comme régime matrimonial alternatif dans le code civil. » v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 383.
- <sup>8</sup> On a estimé que la séparation soit d'effet rétroactif, à partir de la date où l'arrêt judiciaire fut rendu, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 397.
- <sup>9</sup> C'est l'article 370 (2) du C.civ. qui nous dit que « De même, le juge appliquera l'article 357 », et ce dernier article porte l'intitulé « La liquidation de la communauté. Le partage », visant le partage des acquêts issus du régime de la communauté légale.
- <sup>10</sup> Le délai est pourtant celui de droit commun, v. l'article 1564 du code civil.
- <sup>11</sup> v. l'article 319 du code civil (La dissolution du régime matrimonial) qui dispose « (1) Le régime matrimonial se dissout par la nullité et par la dissolution du mariage. (2) Durant le mariage, le régime matrimonial peut être modifié dans les conditions prévues par la loi. »
- <sup>12</sup> Le régime primaire impératif cesse automatiquement, comme l'effet de la dissolution du mariage, d'une manière *ex lege*, donc, il ne nous intéresse pas du tout là.
- <sup>13</sup> Notre conclusion contredit le libellé de l'article 320 du code civil (La liquidation du régime matrimonial) qui dit : « Lors de sa dissolution ou de son changement, le régime matrimonial se liquide à l'amiable ou, en cas de désaccord, par voie judiciaire, selon la loi. La décision judiciaire définitive ou, selon le cas, l'acte authentique notarié constitue l'acte de liquidation. »
- <sup>14</sup> Pour les immeubles, l'acte de partage – tel que tout autre acte juridique, est toujours un notarié soumis à la publicité des livres fonciers (ar. 888). Donc, l'inventaire de tels biens n'a la valeur que d'une évidence domestique.
- <sup>15</sup> Telles que les emprunts entre époux dont la cause n'est pas liée à des charges du mariage ; la contribution pécuniaire de l'un des époux aux frais professionnels de l'autre conjoint ; les emprunts accordés à ses parents par l'un des époux moyennant les deniers de l'autre conjoint etc.
- <sup>16</sup> Telles que les dettes ménagères couvrant les besoins courants du mariage; les dettes exorbitantes ayant comme but le maintien d'un certain train de vie; les obligations issues de la conservation, l'administration ou l'acquisition d'un bien indivis etc.
- <sup>17</sup> On a apprécié que ce droit ne serait pas spécialisé, comme son homologue de droit commun, v. T. Bodoaşcă – op.cit., 67 ; quant à nous, on en doute.
- <sup>18</sup> Selon l'article 320 du code civil (La liquidation du régime matrimonial) qui dispose « Lors de sa dissolution ou de son changement, le régime matrimonial se liquide à l'amiable ou, en cas de désaccord, par voie judiciaire, selon la loi. La décision judiciaire définitive ou, selon le cas, l'acte authentique notarié constitue l'acte de liquidation. » En plus, la même idée est réitérée pour la liquidation de la communauté matrimoniale dans l'article 355 (1) du même code.
- <sup>19</sup> Faite conjointement et matérialisée dans un seul écrit, ou faite séparément par chacun des (anciens) époux.
- <sup>20</sup> Pour le caractère facultatif de la liquidation, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 332.

## QUELLE VISION DE LA FAMILLE EN DROIT BELGE DES SUCCESSIONS ?<sup>1</sup>

Jean-Louis RENCHON\*

**Résumé :** *On connaît bien les paramètres qui ont présidé aux bouleversements récents de la famille et du droit de la famille. C'est le « sentiment » qui légitimerait désormais la construction ou la déconstruction d'un lien de famille. Ce sont les valeurs de liberté et d'égalité qui deviendraient les repères juridiques fondamentaux de la régulation des relations familiales. Liberté, au sens d'autonomie, d'autodétermination, de libération des interdits ou des contraintes. Egalité, au sens d'« égalité des droits » dans les relations sexuelles, affectives et familiales.*

*Retrouve-t-on les mêmes paramètres dans le droit contemporain des successions ?*

*En droit belge, force est de reconnaître que les évolutions n'ont certainement pas été aussi fulgurantes que dans le droit des personnes et de la famille.*

*Il reste que les réformes déjà réalisées et celles qui vont être réalisées sont inspirées par les mêmes paradigmes.*

*Mon exposé mettra particulièrement en évidence la suprématie aujourd'hui reconnue en droit belge au conjoint survivant par rapport au lien de filiation, y compris lorsqu'il s'agit d'un second ou d'un troisième mariage. C'est bien le lien fondé sur le sentiment et sur l'affection partagés au quotidien qui est privilégié au regard des liens symbolisant la transmission intergénérationnelle.*

*Pareille mutation est véritablement de nature anthropologique.*

**Mots clés :** *famille, succession, égalité, mariage*

### INTRODUCTION

1. Le droit belge des successions et des libéralités constitue certainement la matière du droit de la famille au sens large qui a connu le moins de modifications législatives par rapport aux textes du Code Napoléon, dont on rappellera, pour nos amis roumains, qu'il a constitué sans discontinuité, depuis sa promulgation en 1804, le Code applicable en Belgique.

On pourrait y voir un signe qu'il est resté adapté aux besoins actuels, malgré les évolutions considérables qui se sont produites dans la société et dans la famille

contemporaines. Comme je l'écrivais dans l'ouvrage d'hommage à notre collègue belge Jean-François Taymans : « *Et si les concepts fondamentaux de notre droit successoral étaient profondément justes ?* »<sup>2</sup>.

Il est cependant plus vraisemblable que c'est tout à la fois parce que la matière est techniquement plus difficile à réformer que d'autres matières et parce qu'elle est, surtout, infiniment moins médiatique que le législateur belge ne s'est jusqu'à présent pas précipité dans une réforme d'envergure.

Il reste que certaines réformes importantes ont déjà été réalisées, et qu'à l'heure actuelle d'autres réformes sont en chantier qui viendraient traduire l'immixtion dans le droit des successions de l'idéologie individualiste et libérale à l'œuvre dans les relations affectives et familiales.

2. On s'attachera, dans ce rapport, à repartir de la vision de la famille telle qu'elle s'est concrétisée dans le droit des successions organisé par le Code Napoléon (section I), pour examiner ensuite les évolutions qui se sont déjà produites et celles qui pourraient se produire, en faisant apparaître en quoi elles ont correspondu et elles correspondraient aux évolutions de la famille (section II).

## **SECTION I – UN DROIT DES SUCCESSIONS ADAPTE A UNE VISION « SOCIALE » DE LA FAMILLE**

3. S'il est bien une vision de la famille qui a traversé les siècles et qui n'a été remise en cause que très récemment, c'est celle que j'appellerais la vision « sociale » de la famille.

Cette vision a été synthétisée dans des formules sans cesse répétées dans les discours politiques autant que dans les ouvrages de droit : « *La famille est au fondement de la société* » ou « *La famille est la cellule de base de la société* ».

La famille concourt en effet à construire, organiser et perpétuer la société, tout en permettant aux individus de s'insérer dans une communauté quotidienne de vie.

On sait que les auteurs du Code Napoléon ont usé pour traduire cette conception de représentations symboliques, telle celle de la « *petite patrie* », constituée et gérée à l'image de la « *grande patrie* ». Ils voulaient exprimer par-là que la famille est la communauté d'appartenance des hommes, des femmes et des enfants grâce à laquelle ils pourront s'intégrer comme citoyens dans la Nation.

4. Les fonctions que la famille est chargée d'assumer au service de la société relèvent de différents registres :

- la subsistance alimentaire de ses membres (à une époque où l'Etat providence n'existait pas) ;
- la perpétuation de l'espèce ;

- l'éducation et la socialisation des enfants ;
- l'apprentissage des valeurs de travail, de respect, d'obéissance, de solidarité...

5. A ces fins, la protection et la transmission du patrimoine familial revêtent une importance particulière.

C'est que le patrimoine a une dimension intrinsèquement familiale.

Même s'il ne constitue plus juridiquement une propriété collective, il appartient économiquement et symboliquement à la famille, car c'est grâce, notamment, à son patrimoine que la famille pourra exercer les différentes fonctions qui sont les siennes.

Le patrimoine a une origine familiale, car il a été constitué et transmis par les générations antérieures, et il a une destination familiale, tout à la fois parce qu'il doit permettre à la famille de subsister et de croître et qu'il devra être transmis aux générations suivantes.

6. Le droit des successions tel qu'organisé par le Code Napoléon, exactement comme le droit du mariage, de la filiation, de l'autorité parentale ou des incapacités, est la traduction de cette vision de la famille et du patrimoine familial.

Sans doute, à la différence de l'Ancien Régime, le droit civil est-il déjà profondément marqué par l'idéologie du libéralisme économique : les biens sont destinés à être produits et échangés, aux fins de créer la richesse collective. L'idée que des biens pourraient être inaliénables est devenue incompatible avec les principes qui fondent désormais l'industrie et le commerce : le libre-échange et la libre circulation des biens.

Il n'empêche que le patrimoine reste fondamentalement familial.

7. On en trouve déjà une illustration exemplaire par la place conférée au Titre « Des successions » dans le Livre III du Code Napoléon intitulé « *Des différentes manières d'acquérir la propriété* » : il s'agit, comme on le sait, de la première place. Afin de conjurer tout doute, l'article 711 du Code civil, qui introduit le Livre III, veille d'ailleurs à préciser expressément que « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations* ».

La succession légale, dévolue au sein de la famille, est donc la première des manières d'acquérir la propriété, c'est-à-dire de transmettre le patrimoine.

Et si, aussitôt après le Titre premier, le Titre II régleme les donations entre vifs et les testaments, on sait que c'est pour les encadrer strictement, et au surplus les contenir par l'institution d'ordre public de la réserve, c'est-à-dire la part du patrimoine nécessairement réservée aux descendants ou aux ascendants du défunt.

8. L' « ordre naturel » des choses, tel qu'il est mis en œuvre dans la succession organisée par le législateur au Titre premier du Livre III du Code civil, est ainsi que l'ensemble des biens d'une personne décédée se transmettra normalement à ses descendants, de la même manière qu'elle les avait elle-même normalement reçus de ses ascendants.

Il y a bien là la consécration de l'origine et de la destination familiale du patrimoine : il se transmet de générations en générations.

9. Si une personne n'a pas de descendants, son patrimoine restera au sein de la famille et sera dévolu à ceux qui, dans la famille, lui étaient les plus proches, afin qu'ils puissent ultérieurement en assurer la transmission aux générations futures.

Le législateur avait dès lors, comme on le sait, veillé à classer les membres de la famille par « ordres » d'héritiers et par « degrés » à l'intérieur de ces ordres d'héritiers.

Le patrimoine appartient donc bien à la famille, car il est destiné à assurer la subsistance de la famille, et sa transmission concrétise tout à la fois l'indispensable solidarité alimentaire due par le défunt aux membres de sa famille et le sentiment d'honneur qui procède pour chacun de son appartenance familiale et des biens matériels autant qu'immatériels symbolisant cette appartenance familiale.

10. Parallèlement, le Code Napoléon a introduit dans la dévolution légale des successions un des principes fondamentaux de la Révolution française : l'égalité devant la loi de chaque citoyen.

Le patrimoine de la personne décédée se transmet ainsi à son décès par « égales portions » entre ses enfants légitimes « sans plus aucune distinction ni de sexe ni de progéniture » (art. 745 C. civ.).

Grande conquête civilisationnelle, puisque, en rupture radicale avec les systèmes qui privilégiaient les garçons à l'égard des filles ou les aînés à l'égard des puînés, le Code Napoléon reconnaît à chaque enfant du défunt la même valeur en dignité et lui confère une place d'héritier strictement égale.

Ce principe d'égalité est d'ailleurs étendu au sein des autres ordres d'héritiers, même s'il y est aussi combiné avec la règle de la fente, mais la règle de la fente est elle-même inspirée par la préoccupation d'assurer l'égalité entre la famille paternelle et la famille maternelle du défunt.

Il en résulte, notamment, que les frères et sœurs du défunt, s'ils sont de même lit, recueilleront aussi une portion strictement égale, alors que s'ils sont de lits différents, ils se partageront la succession en respectant l'équilibre entre leurs appartenances familiales respectives (art. 752 C. civ.).

11. Le principe d'égalité entre les héritiers légaux était sans doute susceptible d'entraver la perpétuation de la transmission des patrimoines au sein des familles, puisqu'il pouvait conduire, à chaque génération, à un morcellement et à un émiettement de ces patrimoines.

Il était cependant devenu un des piliers du nouvel ordre social, et il était dès lors fondamental de l'inscrire dans la loi.

Il reste qu'il n'était pas en soi incompatible avec le principe de la transmission intergénérationnelle du patrimoine familial destiné à être recueilli par tous ceux qui appartiennent à la génération suivante.

12. Le principe d'égalité entre les héritiers mis en œuvre dans la dévolution successorale légale est, au surplus, renforcé d'une part par l'institution du rapport des libéralités et d'autre part par la règle du partage en nature du patrimoine du défunt.

13. De manière à ce que chaque héritier reçoive une « *égale portion* », il devra rapporter à la succession, au jour du décès, les libéralités qui lui avaient déjà été consenties par la personne décédée avant son décès, et même celles qui lui sont consenties par testament (art. 843 C. civ.).

Le souci d'égalité du législateur impliquait même que le bénéficiaire de la libéralité devrait ramener en nature, dans la masse de partage, les biens qui, par leur nature, étaient destinés à être conservés, c'est-à-dire les immeubles, alors que les biens qui, par leur nature, ne pouvaient que dépérir, se consommer ou se perdre, c'est-à-dire les meubles, ne devraient pas l'être en nature mais seraient par contre ramenés à la valeur qu'ils avaient au jour de la donation, avant qu'ils n'eussent commencé à dépérir, se consommer ou se perdre (art. 859 et 868 C. civ.).

On ne pouvait pas, dans le contexte économique de l'époque, chercher à être plus « juste », même si le législateur n'avait pas été très lucide sur l'importance qu'allait très rapidement prendre, dans la classe bourgeoise, la fortune mobilière.

14. La règle du partage en nature implique, par ailleurs, que chaque héritier pourra prendre « sa » part, telle qu'elle lui a été transmise, des différents types des biens du défunt, en faisant « *entrer dans son lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur* » (art. 832 C. civ.).

C'est aussi la solution qui fut perçue comme la plus « juste », tout à la fois parce qu'elle permet à chaque héritier d'être partie prenante à la propriété du patrimoine familial et parce que les héritiers resteront traités de manière égale, quelles que pourraient être, à l'avenir, les dépréciations ou les plus-values qui affecteront les différents types de biens du défunt.

Si, lors de ce partage en nature, un des héritiers avait été lésé de plus d'un quart, il pourrait au surplus attaquer l'acte de partage et tout remettre en cause (art. 887 C. civ.).

C'est, comme on le sait, une des situations exceptionnelles où le Code Napoléon avait admis la rescision du chef de lésion d'un contrat, et l'exception fut précisément justifiée par la considération que « *l'égalité est l'âme du partage* ».

15. On ne doit pas rappeler que le principe d'égalité qui traverse l'ensemble des règles applicables à la succession légale n'était cependant pas encore, pour les auteurs du Code Napoléon, une « *égalité pour tous* ».

Comme c'était le mariage qui était « *au fondement de la famille* », seuls les enfants et descendants nés dans le mariage de leurs parents étaient traités de manière égalitaire.

Par souci de promouvoir l'institution sociale du mariage qui constituait le vecteur obligé de toute vie familiale, l'enfant « naturel » ne bénéficiait pas de la qualité d'héritier proprement dit du défunt et était condamné à ne recueillir qu'une quotité de la part d'un enfant légitime, tandis que l'enfant adultérin était nécessairement exclu de la succession.

16. Le conjoint survivant n'était pas davantage un héritier légal.

Il n'y avait là que la conséquence logique de la dimension intrinsèquement familiale des patrimoines : ce patrimoine avait été constitué et transmis par les générations antérieures et il était destiné à être transmis aux générations suivantes.

Ce n'est pas pour autant que le Code Napoléon ne s'était pas préoccupé du sort du conjoint survivant.

D'une part, en faisant du régime de la communauté des meubles et acquêts le régime matrimonial légal et en autorisant les époux à se consentir des avantages matrimoniaux, le législateur permettait de garantir au conjoint survivant, au jour du décès du conjoint prédécédé, la transmission de la propriété de la moitié, voire de la totalité des biens communs des époux.

D'autre part, le législateur avait expressément autorisé les époux, par dérogation au principe de l'interdiction des pactes sur succession future, à s'instituer l'un l'autre héritier contractuel au jour du décès du premier d'entre eux, dans les limites de la quotité disponible de leurs successions respectives.

17. Un mot enfin de la réserve héréditaire qui traduit tout autant la vision de la famille qui fut celle du Code Napoléon.

Les auteurs du Code Napoléon avaient en effet estimé légitime que toute personne puisse disposer d'une marge de manœuvre dans la disposition de ses biens : c'est la quotité « disponible » de son patrimoine dont elle peut ainsi choisir de faire bénéficier qui que ce soit par donation entre vifs ou par testament.

L'idée fondamentale n'était pas, a priori, qu'elle sorte les biens de la famille, mais qu'elle puisse tantôt exprimer son affection ou sa bienveillance particulière pour un de ses enfants, un de ses frères ou sœurs ou, comme on l'a indiqué, son conjoint, tantôt, au contraire, punir un de ses enfants qui se serait montré ingrat ou qui aurait déshonoré la famille.

Cette marge de manœuvre devait cependant être strictement limitée, en raison précisément de la destination familiale des patrimoines et des fonctions sociales auxquelles étaient affectés les patrimoines familiaux. C'est à cet objectif que répond l'institution de la réserve organisée selon les dispositions suivantes.

D'abord, en présence d'enfants et de descendants, leur part réservataire devait impérativement être, comme on le sait, d'1/2 pour un enfant, de 2/3 pour deux enfants et de 3/4 pour trois enfants et plus. Le patrimoine familial serait ainsi nécessairement transmis à la génération suivante.

Ensuite, même en l'absence d'enfants et de descendants, la part réservée aux père et mère (ou, éventuellement, aux autres ascendants dans le troisième ordre d'héritiers) devait impérativement être de 1/4 pour chacun d'entre eux. La dimension symbolique de cette réserve des ascendants était évidente : il s'agissait surtout d'inscrire dans les mentalités et les mœurs qu'il n'est pas possible de les exclure de la propriété du patrimoine familial.

Enfin, les modalités de la réserve avaient été déterminées de manière à ce que ce fut bien le patrimoine familial tel que le défunt devait normalement le transmettre à son décès qui resterait au sein de la famille.

La quotité disponible d'une succession serait dès lors calculée sur la base de la valeur au jour du décès de l'ensemble des biens du défunt, y compris ceux qu'il avait donnés de son vivant (art. 922 C. civ.). La part réservée à chaque héritier réservataire lui serait par ailleurs transmise en nature, de manière à ce qu'il recueille une portion du patrimoine familial proprement dit, quitte même à ce qu'un donataire ou ses ayants droits doivent restituer à la succession ce qui aurait excédé la quotité disponible.

## **SECTION II - LES ÉVOLUTIONS DU DROIT DES SUCCESSIONS LIÉES AUX ÉVOLUTIONS DE LA VISION DE LA FAMILLE**

### **§ 1. LA PROMOTION DES DROITS SUCCESSORAUX DU CONJOINT SURVIVANT**

18. La première « révolution copernicienne », comme d'aucuns l'ont appelée, opérée dans le droit belge des successions, procède d'une loi du 14 mai 1981 dont l'objectif fut de conférer une place à part entière au conjoint survivant dans la dévolution successorale légale.

Le conjoint survivant devient en effet un héritier légal, à l'instar des héritiers légaux par le sang, et on lui attribue désormais, outre les droits qui lui étaient déjà assurés par la liquidation et le partage de son régime matrimonial, l'usufruit de toute la succession du défunt.

Aussi longtemps qu'il survivra, le conjoint survivant conserve dès lors entre ses mains, à son profit exclusif, l'usage et la jouissance des biens du défunt.

Ses enfants ou descendants en recueillent cependant immédiatement la nue-propriété, en manière telle qu'ils sont assurés de disposer de la pleine propriété des biens de la succession au jour du décès du conjoint survivant.

Rien n'est donc, en principe, altéré, à plus ou moins long terme, de la destination familiale des patrimoines.

19. La vision de la famille, telle qu'elle fut appréhendée par le législateur belge au cours des travaux préparatoires de la loi du 14 mai 1981, était devenue très différente de celle des auteurs du Code Napoléon, mais la logique de la dévolution successorale légale restait, fondamentalement, familiale.

20. Tous les intervenants lors des débats parlementaires mirent en effet en évidence que la famille avait cessé, à partir de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, de représenter le « lignage », et était désormais constituée de « *ceux qui forment le foyer, c'est-à-dire, le conjoint et les enfants, qui ont partagé la vie du défunt, vécu ses difficultés et participé à ses succès* »<sup>3</sup>, au point même que la famille « *se réduit à la petite communauté que constituent les parents avec leurs enfants ou les époux sans enfants* »<sup>4</sup>.

L'analyse était, en réalité, excessive, et ses traits avaient probablement été grossis sans nuance afin d'expliquer et de justifier les orientations prises par le législateur.

Outre qu'en Belgique, dans un grand nombre de familles, les liens des époux avec leurs parents et de leurs enfants avec leurs grands-parents étaient restés étroits, la plupart des êtres humains, même en Europe au cours de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, continuent à se définir au regard de leurs « lignées » paternelle et maternelle respectives, et ce lien de parenté n'avait pas subitement été aboli, ni sur le plan affectif, ni surtout sur le plan psychique.

Il était par contre vraisemblablement devenu exact qu'avec le développement de l'Etat-providence et l'augmentation des revenus du travail à partir des années 1960, le patrimoine de la famille lignage perdait progressivement de son importance vitale pour une partie de la population.

Il était tout autant exact que le cadre de vie quotidien de la famille était majoritairement devenu celui de la famille dite nucléaire.

21. Dans ce contexte, la préoccupation du législateur fut dès lors de consacrer juridiquement, dans la dévolution successorale, la solidarité familiale qui avait été partagée au sein du « foyer » familial.

L'attribution au conjoint survivant de l'usufruit de la totalité de la succession du conjoint prémourant fut perçue comme la meilleure manière « *de protéger le partenaire survivant et de confirmer au-delà de la mort la solidarité entre les partenaires*<sup>5</sup> », en lui permettant de conserver son cadre de vie, tout en maintenant au profit des enfants des « *droits successoraux reportés* » et en leur garantissant qu'au « *décès du deuxième parent* », ils pourraient « *disposer en totalité des biens de leurs parents* »<sup>6</sup>.

Au demeurant, un parlementaire notaire avait expliqué, au cours des débats, que la solution retenue par le législateur correspondait au « *vœu de presque tous les ménages* », qui se comportaient déjà en octroyant au conjoint survivant « *la plus large quotité disponible en usufruit* » et que les enfants eux-mêmes laissaient à leur parent survivant l'usufruit des biens de leur parent prémourant<sup>7</sup>.

L'idée d'une « destination familiale » du patrimoine était donc maintenue telle quelle, mais l'accent était désormais prioritairement mis sur la protection de la famille nucléaire.

La transmission du patrimoine du défunt à son conjoint et à ses enfants fut donc perçue à l'époque comme la prolongation après le décès d'une solidarité à laquelle on s'était engagé par les liens du mariage.

22. On relèvera qu'à l'époque – mais les travaux préparatoires de la loi s'étaient étalés de 1968 à 1981 – on a essentiellement raisonné en considérant que le conjoint survivant serait le « *deuxième parent* » des enfants, c'est-à-dire que la famille nucléaire resterait unie jusqu'au décès de l'un des époux et qu'elle n'aurait pas été dissoute par un divorce, suivi par le remariage d'un des conjoints.

Le divorce était en effet encore à l'époque une situation exceptionnelle.

Par contre, le législateur avait pris en compte les situations où un des père et mère était décédé prématurément et où le parent survivant se remarie, mais il avait considéré qu'il ne s'agissait là que d'une nouvelle famille nucléaire qui se substitue à la précédente et qui devait dès lors être traitée de la même manière.

Une députée fit ainsi observer que la vision selon laquelle les conjoints de secondes nocces seraient susceptibles de porter atteinte aux intérêts des enfants d'un premier lit en cherchant à accaparer les biens familiaux « *se trouve le plus souvent contredite par les faits et nombreux sont les cas où les beaux-pères et les belles-mères constituent l'unique solution à la situation matérielle impossible du veuf ou de la veuve ayant de jeunes enfants* ».

« L'époux de second lit, précisa-t-elle, ne peut donc pas être considéré de cette manière. Le plus souvent, il élève ses propres enfants en même temps que ceux d'un premier lit, et assure le maintien de la vie familiale tant au point de vue matériel que psychologique. Le cas extrême cité parfois de la jeune épouse ou du jeune époux qui capte le cœur et la fortune du père ou de la mère vieillissant ne peut certainement pas être repris comme norme pour une loi d'une telle importance ».<sup>8</sup>

On relèvera aussi qu'on avait à l'époque encore continué à raisonner comme si le mariage restait « naturel » et comme s'il était acquis que les enfants vivaient au sein d'une famille unie par le mariage.

Avec le recul, on se rend encore mieux compte combien les évolutions qui ont aujourd'hui bouleversé les familles sont très récentes, puisqu'on n'en avait pas encore pris conscience lors des années qui précédèrent l'adoption de la loi du 14 mai 1981.

23. On ne soucia dès lors pas véritablement à l'époque de la problématique des unions recomposées après divorce et des difficultés qui seraient susceptible de surgir à l'égard des enfants des précédentes unions du défunt.

C'est probablement ce qui explique deux dispositions complémentaires de la loi du 14 mai 1981 permettant d'accentuer considérablement les droits successoraux du conjoint survivant.

D'une part, le législateur prit expressément en compte la possibilité dont les époux disposaient déjà de s'attribuer la quotité disponible de leur succession en pleine propriété, et il fit le choix de considérer qu'au lieu que son usufruit successoral légal s'imputerait, dans une telle hypothèse, sur la quotité qui lui serait attribuée en pleine propriété voire même que cette attribution en pleine propriété se substituerait à l'usufruit successoral légal, il y aurait, au contraire, cumul de l'attribution en pleine propriété et de l'usufruit successoral légal. L'article 1094 al.1 du Code civil précise expressément que « si le conjoint survivant, en concours avec des descendants, a reçu par donation au testament la quotité disponible en pleine propriété, cette libéralité n'a pas pour effet, sauf disposition contraire du donateur ou testateur, de le priver de son droit d'usufruit sur le surplus de la succession ».

D'autre part, afin de pouvoir parer aux difficultés matérielles ou financières qui pourraient surgir de la coexistence des droits en usufruit du conjoint survivant et des droits en nue-propriété des enfants ou descendants, le législateur mit en œuvre une possibilité, pour le conjoint comme pour les enfants, de solliciter judiciairement la conversion de l'usufruit du conjoint survivant, mais il permit que cette conversion soit réalisée tant en une rente viagère ou un capital que par l'attribution au conjoint survivant d'une quotité en pleine propriété des biens de la succession, à concurrence de la valeur économique de son usufruit.

Même si le législateur songea à introduire, lors d'une telle opération de conversion, une règle tendant à corriger un effet pervers pour les enfants d'un précédent lit de la conversion de l'usufruit d'un conjoint dont, en raison de son jeune âge, la valeur économique de cet usufruit était considérable, en conférant à ce conjoint un âge fixe représentant 20 ans de plus que l'âge de l'enfant le plus âgé, on n'appréhenda pas, à l'époque, l'impact que ces dispositions pourraient avoir dans les situations où le conjoint survivant n'était pas le « deuxième parent » des enfants du défunt.

Si le défunt a deux enfants d'une précédente union, âgés de 25 et 22 ans, et s'il avait attribué la quotité disponible de sa succession à son conjoint de secondes ou de troisièmes noces âgé au jour de son décès de 45 ans, ce conjoint non seulement recueille 1/3 en pleine propriété de la succession mais pourra aussi solliciter la conversion de son usufruit sur les deux autres tiers de la succession par l'attribution de biens correspondant à la valeur économique de cet usufruit.

Lorsque l'on sait que l'usufruit d'une femme âgée de 45 ans, selon les tables les plus récentes<sup>9</sup>, est évalué à 60,82% de la pleine propriété, ses droits successoraux globaux représenteraient dès lors approximativement 74% des biens de la succession<sup>10</sup>.

Il n'est par ailleurs guère impossible, dans ces situations, que certains biens aient été acquis en communauté ou en indivision entre les deux époux ou titularisés au nom des deux époux, en manière telle que le conjoint survivant aurait déjà « recueilli » sa part de moitié en pleine propriété des dits biens.

Même si la réforme opérée par la loi du 14 mai 1981 s'était voulue équilibrée en répartissant la dévolution de la succession entre l'époux survivant et les enfants bénéficiant les uns comme les autres après le décès de la solidarité familiale censée avoir été partagée au sein du « foyer », il s'avéra, au fur et à mesure que les familles se désunirent, que les remariages après divorce se multiplièrent et que les solidarités partagées au sein de familles recomposées s'estompèrent que la loi, jumelée avec d'autres dispositions patrimoniales susceptibles d'être prises par les époux, et notamment, lors de l'adoption de leur régime matrimonial, avait créé des outils permettant de privilégier le conjoint survivant au détriment des enfants et de porter ainsi atteinte à la transmission du patrimoine, au sein de la famille, à la génération ultérieure.

## **§2. L'ÉGALITÉ ENTRE TOUS LES ENFANTS**

24. Le privilège d'égalité entre les enfants s'était accommodé, comme on l'a déjà indiqué, des inégalités qui, au nom de l'intérêt général et de la protection de l'institution du mariage, frappaient les enfants naturels et adultérins.

Il y eut un moment à partir duquel ces inégalités devinrent insupportables ou inadmissibles, quelle qu'avait pu être la « légitimité » de l'objectif poursuivi.

On peut d'ailleurs s'étonner, avec le recul, qu'il fallut attendre si longtemps pour que l'on assimile, sur le plan des effets de la filiation et, notamment, des effets successoraux, le statut de tous les enfants, nés hors mariage ou dans le mariage.

Et cependant on ne s'y était pas trompé. C'est lorsqu'on égalisa la filiation hors mariage et la filiation dans le mariage que la vision « sociale » du mariage et de la famille commença à s'estomper, dès lors que le mariage cessait d'être, pour reprendre l'expression de la sociologue Irène Thiry, l'« horizon indépassable » de la relation conjugale entre un homme et une femme.

Au regard des valeurs d'une société démocratique, et notamment, du respect des droits de l'homme, il était cependant devenu plus fondamental de promouvoir l'égalité de dignité de tous les enfants et de ne pas priver certains enfants des droits – et notamment des droits successoraux – attribués aux autres enfants pour la seule raison que leurs parents ne s'étaient pas mariés.

En droit belge, cette réforme fut réalisée (et ne fut réalisée que) par une loi promulguée le 31 mars 1987, alors que la Belgique avait déjà été condamnée depuis le 13 juin 1979 par le célèbre arrêt MARCKX de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'article 334 actuel du code civil belge pose désormais explicitement le principe que « *quel que soit le mode d'établissement de la filiation, les enfants ou leurs descendants ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des père et mère et de leurs parents et alliés ...* », et les articles 756-766 du Code Napoléon furent abrogés.

### **§3. LA NOUVELLE VISION « INDIVIDUALISTE » DES RELATIONS AFFECTIVES ET FAMILIALES**

25. On sait que ce qui caractériserait la société contemporaine – fréquemment qualifiée de « post-moderne » - est qu'elle serait devenue « individualiste », et on veut signifier par-là que le sens de l'existence des individus serait de moins en moins affecté à un intérêt collectif – tel l'intérêt national ou l'intérêt de la famille – mais, au contraire, à leur intérêt personnel : l'accomplissement de soi.

Dans une telle perspective, les institutions organisées par la société et par l'Etat perdraient progressivement leur fonction de réalisation de l'intérêt général – d'ailleurs de plus en plus malaisé à appréhender – et auraient de plus en plus pour vocation de consacrer et de protéger les intérêts privés de l'individu qu'il serait au demeurant le mieux à même d'appréhender et de déterminer lui-même.

Car la privatisation et l'individualisation des valeurs et des repères normatifs conduit presque inéluctablement à étendre le champ d'autonomie et de l'auto-détermination de l'individu : qui peut mieux décider que « soi » « pour soi » ?

26. C'est dans le contexte de ce libéralisme – qui détermine l'ensemble des champs de l'activité humaine – qu'il y a bien sûr lieu de comprendre les évolutions qui ont bouleversé, à partir de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, la vision de la famille et des relations familiales.

Ces évolutions furent cependant encore plus radicales dans le champ de la vie privée et familiale, en raison précisément de ce que la vie privée et familiale fut perçue comme le lieu par excellence de l'accomplissement de soi et de l'épanouissement personnel.

Estime-t-on encore pouvoir soutenir, aujourd'hui, que la famille serait « *au fondement de la société* » ?

Ne considère-t-on pas, au contraire, que la finalité des relations affectives et familiales serait devenue purement privée, au sens où elle ne serait plus justifiée que parce que et dans la mesure où elles correspondent aux sentiments d'amour et de bonheur éprouvés par l'individu, avec la conséquence que chacun devrait être laissé libre de déterminer lui-même ce qui correspond à sa perception de l'amour et du bonheur.

C'est n'est assurément qu'une orientation générale, qui ne fait pas l'unanimité et dont on a de sérieuses raisons de penser qu'elle est empreinte d'une grande part d'illusion et de fantasme, au même titre d'ailleurs que l'idéologie du libéralisme politique et économique.

Il reste que toutes les réformes qui sont récemment intervenues dans le droit du corps, et plus généralement, de la vie humaine, le droit des sexualités, le droit du mariage et du couple, le droit de la filiation, le droit des personnes vulnérables ... ont été inspirées par cette vision individualiste de la famille et des relations familiales.

27. Il eut été étrange que le droit des successions y échappe, même si, comme on l'a déjà indiqué, les réformes sont probablement plus lentes et moins radicales.

En droit belge, ces réformes ne sont encore, à l'heure actuelle, qu'à l'état de projet, encore que l'octroi au cohabitant légal d'un droit successoral par une loi du 28 mars 2007 (art. 745 octies nouveau Code civil) est déjà suffisamment significatif de ce nouveau courant de pensée.

Les considérations idéologiques qui ont inspiré cette réforme récente et qui inspirent les futures réformes participent précisément de cette vision individualiste de la famille.

On relèvera plus particulièrement :

- la prééminence accordée au couple et aux sentiments partagés au sein du couple qui tend à privilégier une conception horizontale de la transmission successorale au détriment de la transmission inter-générationnelle ;
- la volonté de supprimer les droits réservataires des ascendants et de réduire les droits des héritiers réservataires, tant dans leur étendue que dans leur nature , parce que la réserve ne serait plus qu'une réserve en valeur , avec la conséquence que toute personne pourrait complètement sortir son patrimoine de la famille, y compris le patrimoine qu'elle avait elle-même reçu de ses parents , et que les enfants et descendants ne recevraient plus que de l' « argent » ;
- la valorisation de la programmation par l'individu de sa succession et des contrats successoraux ante mortem.

28. Toutes ces réformes sont fondées sur l'idée, d'abord que le patrimoine d'une personne ou le patrimoine d'un couple **lui** appartient et qu'il doit être laissé libre , y compris à l'égard de ses enfants , d'en décider l'affectation, ensuite que les enfants n'ont plus nécessairement à recueillir le patrimoine en tant que tel de leurs parents et grands-parents mais seulement une contrevaletur monétaire, et enfin que les parents et les enfants sont désormais aptes à conclure librement les contrats destinés à régler au décès des parents la transmission de ce patrimoine.

Ces idées sont largement inspirées par l'économie marchande et traduisent le recul progressif de la destination familiale obligée des patrimoines.

Mais est-il juste et adéquat, d'une part, de transposer jusque dans les relations familiales la prévalence du rapport de l'économie libérale à l'argent sur la transmission inter- générationnelle aux enfants des biens et objets de leurs parents et grands-parents chargés d'histoire , de mémoire, et d'affection , et, d'autre part, de battre en brèche ce qu'on avait jusqu'à présent perçu comme le dernier véritable pilier d'un ordre des familles : l'inconditionnalité du lien de filiation ?

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-judicial, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Professeur à l'U.C.L. (Louvain-la-Neuve) et à l'Université Saint-Louis – Bruxelles ; [jean-louis.renchon@uclouvain.be](mailto:jean-louis.renchon@uclouvain.be).

<sup>2</sup> *Liber amicorum Jean-François TAYMANS*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 305.

<sup>3</sup> Voy. la justification de l'amendement n° 1 présenté le 23 janvier 1976 à la Chambre des représentants, Doc. P., Ch., session 1974 – 1975, n° 298-7.

<sup>4</sup> Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par M. VANDEKERKHOVE, Doc. P., Sénat, session 1973-1974, n°30, p.2

<sup>5</sup> Intervention de Mme STAELS-DOMPAS lors de la séance du 11 mars 1981 au Sénat, Ann. Parl., Sénat, compte rendu analytique, session 1980-1981, p. 375.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Intervention de M. SNYERS d'ATTENHOVEN lors de la séance du matin du 21 novembre 1973 au Sénat, *Ann. Parl.*, Sénat, compte rendu analytique, session 1973-74, p.106.

<sup>8</sup> Intervention de Madame RYCKMANS-CORIN lors de la séance du mardi 10 février 1976 à la Chambre des représentants, Ann. Parl., Ch., session 1975-76, p. 2052

<sup>9</sup> Voy., par ex., *les tables Ledoux 2011* déterminant les valeurs d'un usufruit converti en pourcentage de la pleine propriété, *Rev. not. b. 2011*, p. 381 et s.

<sup>10</sup> Lorsqu'on songe que, lors des travaux parlementaires, une députée fit observer qu'il n'était pas raisonnable de songer à attribuer au conjoint de secondes noces, en présence d'enfants d'un premier lit,  $\frac{1}{4}$  en pleine propriété de la succession, car « *le  $\frac{1}{4}$  en pleine propriété peut représenter davantage que l'usufruit sur la totalité de la succession* » et que « *cette solution pouvait porter atteinte au patrimoine familial puisqu'il pouvait s'agir d'un transfert de propriété et non d'un simple usufruit* » (intervention de Madame RYCKMANS-CORIN, précitée, note 6), il paraît clair que le législateur belge n'avait pas mesuré l'ampleur des droits successoraux qui pourraient résulter pour le conjoint survivant de la conversion de son usufruit successoral.

## **LES METHODES MODERNES DE PROCREATION ET LEUR INFLUENCE SUR LE CODE CIVIL<sup>1</sup>**

**Veronica DOBOZI\***

**Résumé :** *En quoi consistent les méthodes artificielles de procréation ? Selon l'art. 152-1 du Code de la santé publique français (créé par la Loi no. 94-654 du 29 juillet 1994), sont incluse dans la notion juridique de reproduction humaine assistée : « des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ». Le code civil roumain ne contient pas une telle définition, qui sera probablement incluse dans la future loi spéciale qui complétera ce cadre juridique). Mais il règlemente de manière succincte la reproduction humaine médicalement assistée avec un tiers donateur dans les articles 441-447 de la deuxième section du chapitre dédié à la filiation – ce qui laisse voie libre à une loi spéciale ultérieure restrictive ou permissive.*

**Qui sont les bénéficiaires de ces procédés ?** *Le code civil définit la notion de « parents », voir les bénéficiaires des méthodes modernes de procréation, en précisant que ceux-ci peuvent être uniquement un homme et une femme (sans imposer une liaison maritale) ou une femme seule. Leur capacité d'exercice plénier est sous entendue.*

**Qui est le donateur ?** *Jusqu'à l'adoption de la loi spéciale en matière, on peut se rapporter uniquement aux textes du code civil. Il en résulte que le tiers donateur devra être un homme, ce qui restreint la sphère des actes médicaux possible pour une procréation artificielle. Il devra avoir un bon état de santé et devra être informé sur les risques du prélèvement. Le donateur sera anonyme selon le code, mais il n'interdit pas l'utilisation d'un matériel biologique issu d'une personne connue aux bénéficiaires.*

**Les liaisons de filiation et les droits successoraux.** *L'art. 441 du code civil opère la scission totale entre la filiation biologique et celle juridique : le donateur sera anonyme et exonéré de toute responsabilité découlant de sa donation. La filiation sera établie uniquement envers les parents bénéficiaires. Une femme ayant éventuellement contribué à la constitution de l'embryon ne pourra pas affirmer une liaison de filiation. En conséquence, le droit commun successoral sera pleinement applicable à la mort des parents bénéficiaires, sans égard aux techniques médicales employées pour la procréation.*

**Utilisation du matériel biologique d'une personne décédée.** *En suivant l'expérience la jurisprudence française, les rédacteurs du code civil ont voulu expressément éviter l'ébranlement de l'ordre successoral suite à l'emploi du matériel biologique d'une personne décédée. On a voulu préserver une certaine stabilité en matière successorale.*

**Mots clés :** *procréation artificielle, filiation, succession*

## §1. Introduction

Selon l'art. 953 du Code civil roumain, la succession représente la transmission du patrimoine à un naturel décédé vers une ou plusieurs personnes *en être*. L'expression utilisée par le législateur, "*en être*", constitue une illustration d'un ancien principe de droit selon lequel une personne peut succéder et profiter de certains droits même s'il n'est pas vivante, c'est-à-dire née à la date de la mort du défunt, étant suffisante pour être conçue. L'ancien Code civil utilisait dans l'art. 654 le verbe "*d'exister*".

Le même verbe est prélevé aussi de l'art. 957 du Code civil en vigueur, qui faisant référence à la capacité d'hériter, réitère la règle d'existence. Une personne peut succéder si elle existe. L'enfant conçu est considéré qu'il existe, même s'il n'est pas considéré comme étant en vie, juridiquement parlant, sans être encore né, sans être encore une personne, un sujet de droit. L'art. 36 du Code civil reconnaît sa capacité d'avoir des droits à partir du moment de la conception, sous la conception qu'il soit né vivant.

Le point de départ du droit successoral est ce fragile commencement biologique, le point de départ pour tous les participants de la procédure successorale, tant le défunt, que les successibles: la conception. La médecine moderne, la génétique et la biologie moléculaire ont découvert pendant les derniers 50 ans des nombreuses méthodes à travers lesquelles les professionnels interviennent dans la première étape de l'existence d'un être humain.

Jusqu'à l'adoption du Code civil actuel, le législateur roumain n'a pas réglementé ce domaine sensible même si, au moins pour la reproduction assistée médicalement, les occasions n'ont pas manqué<sup>2</sup>. Nous croyons qu'il est suffisant de faire référence à deux de ces occasions législatives manquées<sup>3</sup>. Premièrement, la Loi no 2/1998<sup>4</sup> concernant le prélèvement et la transplantation des tissus et organes humains<sup>5</sup>, qui réglementait seulement le cadre et les modalités pour la transplantation des tissus et/ou organes humains, activité définie par l'art. 1 alinéa (3) comme „l'activité médicale complexe qui, au fin thérapeutique, remplace des tissus et/ou des organes humains compromis, morphologiquement et fonctionnellement, du corps d'un sujet humain avec d'autres structures similaires, avérées comme étant en bonne santé”. L'analyse de cette définition nous relève le fait que la transplantation d'embryons humains, comme du matériel génétique ou fertilisant ne représente pas l'objet de l'acte normatif mentionné ci-dessus. Ensuite, la Loi no 95/2006 concernant la réforme dans le domaine de la santé a pris et étendue la définition, mais sans détailler sur la reproduction assistée médicalement et sans offrir des solutions juridiques aux problèmes résultant de l'application des techniques médicales réunies sous cette dénomination.

Aussi, la législation concernant l'adoption, dans son évolution des dernières années, a ignoré ces aspects<sup>6</sup>.

La loi des droits du patient (46/2003) dédie un chapitre (Chapitre 5), aux droits sexuels et de la reproduction. Parmi les droits de l'homme statués dans ce texte normatif on trouve: le droit de la femme à la vie, le droit aux informations, éducation et services de santé nécessaires pour le développement d'une vie sexuelle normale et de la santé de la reproduction, le droit de ne pas être discriminé, le droit de la femme de décider s'il a ou non des enfants, le droit de choisir les plus sûres méthodes sur la santé de la reproduction et le droit aux méthodes de planification familiale efficaces et sans risques. Mais cet acte normatif ne prévoit pas des solutions pour les problèmes juridiques qui se posent dans le cas de la reproduction assistée médicalement.

Le Nouveau Code civil réglemente de manière succincte la reproduction humaine assistée médicalement avec un donneur tiers, dans l'art. 441-447 dans la Section II du Chapitre II – *Filiation*, du Titre III – *Parenté*, du Livre II, nommé *Sur la famille*, sans détailler, laissant la voie ouverte vers des réglementations subséquentes ultérieures restrictives ou permissives<sup>7</sup>.

## **§2. La reproduction humaine médicalement assistée**

Les techniques de reproduction assistées s'adressent aux situations d'infertilité féminine, mais aussi aux situations d'infertilité masculine. Essentiellement, les techniques les plus importantes sont:

- la fertilisation *in vitro* (FIV), qui suppose comme étapes principales l'induction de la croissance folliculaire, la collection et la maturation des ovocytes, la mise en contact des ovocytes avec les spermatozoïdes (dans le milieu de culture) et le choix des embryons les plus viables qui seront ensuite dans l'utérus;
- l'insémination de sperme; est une méthode rarement utilisée aujourd'hui, avec des chances de succès que dans 5% des cas;
- le transfert tubaire des gamètes: transfert artificiel direct des spermatozoïdes dans la trompe utérine, qui en conditions naturelles s'arrêterait dans l'obstacle représenté par la trompe bloquée;
- des techniques de micromanipulation des gamètes: les spermatozoïdes sont injectés dans les ovules par diverses méthodes. Ces méthodes sont utilisées dans l'infertilité masculine, afin d'améliorer la capacité des spermatozoïdes de fertiliser<sup>8</sup>.

Il est utile la distinction entre:

- la reproduction intraconjugale médicalement assistée (homologue) réalisée par l'utilisation des gamètes provenant des deux partenaires du couple et

- la reproduction extraconjugale médicalement assistée (hétérologue) avec de la donation des gamètes (spermatozoïdes ou, rarement, ovules) provenant d'un tiers anonyme ou même avec donation des embryons<sup>9</sup>.

La spécification du titre de la section du Code civil mentionnée antérieurement – respectivement l'ajout "*avec donneur tiers*" – réduit de façon considérable la gamme des actes médicaux réglementés, sans clarifier ce qu'ils sont et laissant, au moins théoriquement, la voie ouverte vers la permissivité.

### **§3. L'établissement de la filiation**

Par les dispositions de l'art. 441 du Code civil, le législateur a choisi le fractionnement total entre la filiation biologique et celle juridique, en faisant anonyme l'identité du donneur et l'exonérant de toute responsabilité qui découle de l'acte de donation de matériel biologique<sup>10</sup>.

#### *3.1. La filiation envers le père*

Le texte de l'art. 441 du Code civil prévoit que: „(1) *La reproduction humaine assistée médicalement avec un donneur tiers ne détermine aucun lien de filiation entre l'enfant et le donneur. (2) Dans ce cas, aucune action en responsabilité ne peut pas être retournée contre le donneur.*”

La filiation sera établie selon les règles de droit commun envers le père, respectivement par la présomption de paternité, reconnaissance ou l'établissement de la paternité. D'ailleurs, l'art. 446 du C.civ. prévoit que „*Le père ait les mêmes droits et obligations envers l'enfant né par reproduction assistée médicalement avec donneur tiers comme envers un enfant né par conception naturelle*”.

En ce qui concerne l'établissement de la filiation envers le père biologique, il fonctionne aussi la présomption de paternité réglementé par le Code civil dans sa nouvelle forme, par l'art. 414 alinéa (1), qui prévoit qu'un enfant né ou conçu pendant le mariage ait comme père le conjoint de la mère. Dans notre hypothèse, la mère biologique étant mariée, cette présomption va fonctionner après l'établissement de la filiation envers la mère par arrêt irrévocable, et afin de faciliter l'enregistrement tardif de la naissance dans le registre d'état civil correspondant, le père biologique pourra faire une reconnaissance directement devant ce service, comme prévu par l'art. 416 alinéa (1) du C.civ.

Dans le cas où les parents ne sont pas mariés, l'établissement de la filiation envers le père (le concubin de la mère) sera fait selon les règles habituelles de droit, prévues par l'art. 408 alinéa (3) du C.civ.

Les parents doivent prouver – le texte ne spécifie devant qui, devant le personnel médical auquel on sollicite d'effectuer la procédure, devant les fonctionnaires du registre d'état civil ou devant d'autres – qu'ils ont approuvé précédemment la procédure et qu'ils ont accepté les conséquences qui en découlent. Le document constatant l'accord doit être authentique, requis de contenir aussi la spécification expresse que le notaire avait expliqué aux parents quelles sont les conséquences qu'ils avaient acceptées.

En ce qui concerne ces conséquences, elles visent seulement l'établissement de la filiation envers le père – qui accepte la paternité d'un enfant dont il sait certainement qu'il n'est pas biologiquement le sien, étant repris aussi par l'institution de sa responsabilité vers la mère et l'enfant, par les dispositions de l'art. 444 du C.civ.

Pratiquement, de l'interprétation *per a contrario* de l'art. 444 du C.civ., il nous est possible de déduire que l'authentique contenant l'accord des parents devra inclure l'obligation du père de reconnaître ultérieurement l'enfant, même si elle n'est pas formellement équivalente avec la reconnaissance faite par acte authentique prévue par l'art. 416 alinéa (1) du C.civ., car il n'existe encore l'objet de la reconnaissance.

Le donneur qui a participé à la création de l'embryon ne peut pas prétendre l'existence d'un lien de filiation et il n'aura pas accès aux informations sur le produit de la conception.

La participation d'un donneur tiers est, dans le contexte de l'art. 441-447 du Code civil, limitée à la donation de matériel biologique masculin, car la réglementation fait référence à la situation d'un donneur de genre masculin.

### *3.2. La filiation envers la mère*

La filiation envers la mère est établie par le fait de la naissance (art. 408 alinéa 1 du C.civ.), mais elle peut être contestée par l'action dans la contestation de la filiation, prévue par l'art. 421. Art. 441 alinéa (3) du C.civ. définit la notion de „parents”, en précisant que ceux-ci peuvent être un homme et une femme (sans que le texte prévoit une liaison matrimoniale) ou une femme seule. Il est évident qu'ils doivent être majeurs et qu'ils doivent avoir pleine capacité d'exercice, pour exprimer son consentement de participer à la procédure.

Art. 442 alinéa (2) prévoit aussi les situations où le consentement reste sans effet. Ainsi, le décès, la formulation d'une demande de divorce ou l'intervention de la séparation en fait, survenues avant le moment de la conception réalisée dans la reproduction humaine médicalement, conduisent à la privation des effets de l'accord.

Si la femme du couple des parents continue la participation à la procédure, sans annoncer le personnel médical sur l'évènement prévu par le texte, et l'enfant sera conçu et il sera né, la manque de l'accord pourra être constatée par la cour investie avec l'action prévue par l'art. 444 C.civ.

Comme une application pratique efficace pour empêcher une telle situation, l'art. 442 alinéa (2) la thèse II prévoit la possibilité de révoquer le consentement à tout moment, par écrit, notamment devant le docteur appelé à fournir l'assistance pour la reproduction avec un donneur tiers<sup>11</sup>.

#### **§4. La maternité de substitution**

##### *4.1. L'établissement de la filiation envers la mère*

Dans une définition doctrinaire, l'institution juridique de la maternité représente l'ensemble systémique des normes qui règlemente la situation juridique née entre une femme portant l'embryon (la mère porteuse) et le couple donnant le matériel génétique de l'embryon, mais aussi les relations de filiation qui résulteront après ce procédé de reproduction humaine assistée<sup>12</sup>.

La mère porteuse<sup>13</sup> est la femme qui porte jusqu'à la maturité l'embryon créé par l'union du matériel génétique du couple formé des parents biologiques de l'enfant, sans avoir une autre contribution que d'„incubateur" humain, par l'application des techniques médicales appelées fécondation *in vitro* avec transfert d'embryons.

L'impossibilité de renoncer aux droits personnels dans la législation roumaine, y compris les droits résultés d'une liaison de filiation, complique les situations juridiques créées comme suite à l'application des techniques de la reproduction médicalement assistée<sup>14</sup>.

Même si elle était prévue initialement dans le Projet de Code Civil, sous l'art. 461, l'interdiction expresse de la maternité de substitution a été ensuite retirée du texte qui a entré en vigueur<sup>15</sup>. Et selon le principe général valable dans la matière civile „ce qui n'est pas expressément interdit, est autorisé", *de lege lata*, la maternité de substitution n'est pas interdite, mais les participants à cette procédure doivent se débrouiller avec les règles de droits existantes, qui sont insuffisantes et ambiguës. Existe encore ouverte la possibilité d'adoption d'une loi spéciale pour la réglementation en détail de cet institution juridique.

La maternité de substitution a comme but final d'offrir un enfant viable aux parents biologiques, par d'autres moyens que naturels. Les femmes qui acceptent d'être des mères porteuses ne désirent cet enfant pour eux-mêmes et elles ne contribuent pas avec du matériel génétique à sa conception.

En conséquence, après la naissance l'enfant devrait établir ses liens de filiation avec les vrais parents, les parents biologiques, qui ont déterminé toute cette procédure pour qu'il existe et qui désirent lui croître.

Car le Code civil ne distingue pas, et dans la situation de la mère porteuse on applique les mêmes règles d'établissement de la filiation comme dans la situation d'une conception naturelle.

Ainsi, selon l'art. 408 alinéa (1) thèse I, la filiation envers la mère résulte du fait de la naissance. Par conséquent, si la naissance se produit dans une unité d'hôpital – et par hypothèse, les parents biologiques qui ont investi dans la procédure médicale couteuse de la reproduction médicalement assistée, il est difficile de croire qu'ils risqueront, en laissant la mère porteuse de naître à l'extérieur de l'unité médicale – le certificat attestant la naissance sera délivré au nom de la mère porteuse, pas au nom de la mère biologique<sup>16</sup>. Le fait de la naissance est, donc, une preuve suffisante pour l'établissement de la liaison juridique de maternité.

Quelles seront les solutions pour atteindre la finalité de la maternité de substitution?

Car il n'existe pas des dispositions légales pour établir le cadre légal des acteurs de cet accord tripartis, et l'intérêt économique des mères porteuses pour accepter à participer à la procédure de la maternité de substitution est évident, "le marché" s'est réglé librement selon le principe de la demande et d'offre, de sorte que les rubriques des petits annonces print ou on-line sont parfois les hôtes de offres ou demandes de ce type. En Roumanie, "le prix" d'une mère porteuse est situé environ la somme de € 20.000.

Pour faciliter la résolution de la part juridique de la problème – respectivement l'établissement de la filiation envers la mère directement face à la mère biologique – nombreux couples qui recourent à la procédure de la maternité de substitution préfèrent de mener la mère porteuse enceinte aux unités médicales des pays européens ou il est possible le transfert de filiation par la renonciation à la liaison de parenté du moment de la naissance, antérieurement à l'émission du certificat d'état civil pour l'enfant.

Une variante que la pratique a découvert pour ceux qui ne désirent pas ou ne peuvent pas se permettre un effort financier de ce type, est la naissance à l'extérieur d'une unité médicale et la non-déclaration de ceci dans les conditions prévues par l'art. 17 alinéa (3) de la Loi no 119/1996, suivie par la sollicitation de prononciation d'un arrêt judiciaire, d'enregistrement tardive de la naissance. Généralement, après la naissance, la mère porteuse reçoit les choses matérielles promises et l'enfant est délivré aux parents biologiques. En conséquence, la possession d'Etat sera continue, paisible, publique et non équivoque, comme le prétend d'être l'art. 410 alinéa (2) du C.civ., pouvant être démontrée avec des témoins, comme il sera prétendu par la cour saisie avec l'enregistrement tardif de la naissance.

La cour établie par défaut, si les parties ne le sollicitent pas, ou le procureur qui participe obligatoirement à la séance de jugement, solliciteront une expertise pour l'établissement de l'âge de l'enfant, qui sera effectué par l'unité médico-légale

compétente et un test génétique en vue de la comparaison de l'ADN de l'enfant à l'ADN de la mère. Car ce test sera le lien biologique entre la mère et l'enfant, la cour statuera un arrêt qui va consacrer juridiquement la liaison de filiation.

Il existe aussi la possibilité de l'adoption, qui sera aussi réalisée dans la mesure de la loi, car les qualités de parent biologique et d'adoptant ne peuvent pas être réunies par la même personne. Il est vrai que, cet aspect est valable tant que le tribunal qui décide sur l'adoption est informé sur les vraies raisons qui déterminent l'adoption. Dans le cas contraire, l'adoption peut être réalisée, et finalement la mère biologique réussit à être reconnue aussi par la société dans cette qualité.

Il est illusoire d'imaginer que l'absence d'une réglementation pour la maternité de substitution mettra fin à l'utilisation de cette procédure médicale en Roumanie, si elle était la volonté du législateur. Mais tant que les unités médicales sont prêtes à offrir de telles techniques de reproduction, et nous ne voyons rien d'illégal ou immoral dans cet aspect, il est normal que les gens qui utilisent la reproduction médicalement assistée cherchent une solution aux problèmes juridiques nées avec le mineur, premièrement visant son filiation<sup>17</sup>.

#### *4.2. Est-ce qu'une convention sur la maternité de substitution est légale de la perspective du nouveau Code civil ?*

On rappelle qu'à différence du Projet de Code civil adopté dans la séance du Gouvernement de 11.03.2009, la version finale des textes sur la reproduction médicalement assistée, l'art. 441-447, ne

contiennent plus une interdiction expresse des conventions ayant comme objet la procréation ou la portée un enfant pour quelqu'un d'autre.

Théoriquement, s'ils ne sont pas interdits expressément, et ce qui n'est pas interdit expressément est permis dans matière civil, alors la réponse, pour le début, à la question du titre devrait être *oui*, en précisant qu'une telle convention ne pourrait être qu'à titre gratuit, et le but du prélèvement du matériel biologique ne pourrait être que strictement un thérapeutique. Mais pour l'instant le législateur roumain n'a pas renoncé à l'idée paternaliste d'interdire pleinement le droit de disposition des personnes sur les droits personnels, que ceux concernant l'état civil.

Il est peu rencontrée dans la pratique la situation dans laquelle une mère porteuse est motivée de prendre cette qualité en l'absence d'un intérêt matériel (substantiel). De plus, la convention aurait conclue sous conditionne pure potestative, parce que l'intervention de l'état pour la protection du droit des parents biologiques d'avoir un enfant ne pourrait pas empêcher à la mère porteuse de changer d'avis de se soumettre à la procédure ou de la poursuivre, ou même d'avorter (jusqu'à la limite légale de la grossesse), parce que celle-ci est la détentrice des certains droits personnels exclusifs su son propre corps.

Les derniers arguments mènent *de lege lata* à nier la possibilité de conclure un acte légal entre les parents biologiques et la mère porteuse.

Certainement, l'intérêt de l'enfant ne sera protégé par la loi pas du tout, parce que la norme de protection même qui assurent la filiation vis-à-vis de la mère – l'art. 408 alinea. (1) these I C.civ retourne cette fois contre l'intérêt de l'enfant. Quoique indésirable par la mère de substitution – qui probablement le négligera – celui-ci va être gardé loin de ses parents biologiques, comme un objet d'un droit de rétention, jusqu'au moment où ceux-ci vont payer des avantages matériels.

Le manque de réglementation crée de nouveau des zones grises dans la réalité sociale, en encourageant la violation de la loi.

Cet aspect est souligné par les cas d'espèce. Dans un espèce récemment résolue par le Tribunal Bucarest, l'instance a établi en appel la filiation vis-à-vis de la mère et du père biologique de l'enfant (des époux), après avoir annulé la solution de fond qui a admis l'action de l'époux de la mère porteuse dans le déni de la paternité de l'enfant et a établi la paternité de l'enfant vis-à-vis de son père biologique, le donateur du matériel utilisé génétiquement, en gardant la liaison de filiation qui a résulté de la naissance, respectivement vis-à-vis de la mère porteuse. Quoique cette solution soit correcte du point de vue de l'interprétation de la loi roumaine, des dispositions édictées par le législateur, celui-ci contrevenait certainement à l'intérêt supérieur de l'enfant, en créant en défaveur de celui-ci une situation juridique si compliquée, qu'aucun de ces deux couples n'aurait pas pu effectivement prendre soin de l'enfant.

On doit débattre dans quelle mesure l'homme du couple des parents biologiques pourrait solliciter l'établissement de la paternité envers l'enfant, lorsque la mère porteuse n'est pas mariée, autant que l'art. 441 alinéa. (1) C.civ prévoit en tant que principe le fait que la reproduction humaine assistée avec un tiers donateur ne détermine aucune liaison de filiation entre l'enfant et le donateur. La réponse à cette question dépend de l'établissement de la qualité de tiers donateur entre les trois personnages qui participent à la reproduction médicalement assistée par la procédure de la maternité de substitution.

## **§5. L'influence des méthodes modernes de procréation sur les règles successorales**

En principe, de la perspective des réglementations contenues dans le Code civil actuel, la matière successorale ne semble pas affectée par les méthodes modernes de procréation. Une fois établie la filiation des enfants conçus par ces techniques médicaux, envers la mère ou envers le père, toutes les autres règles vont de soi, comme pour toute autre filiation.

Néanmoins, il y a des situations rencontrées dans la pratique au moins problématiques.

*5.1. Est-ce qu'on admet l'utilisation de matériel biologique destiné à la conception d'un donateur qui a décédé après le prélèvement?*

Selon l'art. 14 du Règlement de la commission d'aviser la donation du donateur vivant<sup>18</sup>, le prélèvement de sang, de la peau, du sperme, de la tête fémorale, du placenta, du sang du cordon ombilical, des membranes amniotiques des donateurs vivants, qui seront utilisés dans des buts thérapeutiques, se réalise sans l'accord de la commission, mais en respectant les suivantes normes éthiques:

- a) l'évaluation de l'état de santé par les médecins spécialistes;
- b) l'évaluation des risques pour la santé du donateur, déterminés par l'activité de prélèvement;
- c) le consentement renseigné du donateur ou du représentant légal, pris dans les conditions mentionnées dans le titre IV de la Loi n° 95/2006 sur la réforme dans le domaine de la santé, avec les modifications ultérieures;
- d) le maintien de la confidentialité sur les données médicaux et les informations génétiques du donateur envers les tiers;
- e) le maintien de l'anonymat du donateur, dans les situations prévues par la loi;
- f) l'interdiction de la commercialisation de ces produits biologiques en dehors du cadre légal, y compris la récompense matérielle pour les donateurs ou tiers<sup>19</sup>.

Par hypothèse, le texte concerne les donateurs vivants. Mais aucun texte légal ne vise expressément la situation où après le prélèvement celui-ci décède.

Il y a deux hypothèses de travail. La première, est celle dans laquelle le donateur de sperme anonyme décède après le prélèvement. Le centre médical ignore et n'est pas intéressé de connaître qui est l'état des donateurs après le prélèvement. Par conséquent, l'utilisation du matériel biologique d'une personne décédée à la conception de l'enfant futur par des méthodes modernes de procréation probablement se produit, mais ne donne pas naissance à certains effets juridiques sur la succession du donateur. Dans la deuxième hypothèse, il s'agit de l'époux de la mère biologique et porteuse (de la dénommer mère dans le sens traditionnel) qui décède après on lui prélève du sperme. Le matériel biologique gardé dans des conditions de cryogénie peut rester viable pendant des années. Si la veuve souhaite donner naissance à un enfant résulté de ce matériel biologique, est-il légal et oui, quelles sont les conséquences?

À différence d'autres législations (celle française par exemple), le Code civil roumain ne couvre pas expressément cette situation. Indirectement, il y aurait des certaines normes applicables, qui, au moins du point de vue théorique, pourrait empêcher la conception d'un tel enfant, mais les obstacles sont plus théoriques.

Ainsi, selon l'art 442, les parents qui, pour avoir un enfant, souhaitent recourir à la reproduction assistée médicalement avec un tiers donateur, doivent donner leur consentement devant le notaire, ce qui, par hypothèse, le mari décédé, ne pourrait pas le faire. Mais le texte concerne d'un côté l'hypothèse expresse du donateur tiers envers le couple (le décès change l'ex-époux en tiers?), et d'autre côté on trouve règlementée la situation de la femme seule qui peut recourir à ces procédures.

A cet égard n'est pas manquée d'intérêt la partie technique-médicale. Si le texte du Code civil concerne expressément la fertilisation *in vitro* (FIV), du point de vue purement médical ses règles ne visent pas d'autres procédures, par exemple l'insémination de sperme, situation dans laquelle il n'y a plus les obstacles d'un consentement exprimé sur la voie notariale, parce que la clinique médicale dispose déjà du matériel de l'(ex) – époux et de la future mère.

De plus, selon l'art 445 alinéa. (1) C. civ., toute information concernant la reproduction humaine assistée médicalement est confidentielle. Par conséquent, aucune personne intéressée, par exemple des autres successeurs de l'ex-époux de la femme, ne pourraient pas apprendre la manière dans laquelle la conception s'est produite. De nouveau du point de vue théorique, ces informations devraient être fournies par l'unité médicale à l'instance dans un procès que la mère de l'enfant ou l'enfant commencerait après pour l'établissement de sa filiation et pour la récupération de ses droits successoraux.

Nous avons établi qu'il est possible et légal – pour l'instant - qu'une telle conception se produise en Roumanie.

En ce qui concerne les effets juridiques sur l'ordre successoral, ceux-ci dépendent exclusivement du résultat des démarches faites par l'enfant ou dans son nom pour l'établissement de la filiation envers le père. Où, l'établissement de la filiation envers l'ex-époux de la mère, au-delà du temps supposé pour la conception, équivaut à l'établissement de la paternité de l'enfant hors mariage (si la mère de celui-ci n'est pas à son tour mariée, situation dans laquelle fonctionne la présomption de paternité, qui peut être renversé par déni). Car l'art. 425 alinéa. 3 du Code civil actuel prévoit que l'action dans l'établissement de la paternité peut être commencée contre les héritiers du supposé père aussi, ça veut dire que le législateur accepte de principe le renversement de l'ordre successoral dans la situation ci-dessus décrite aussi.

Le dilemme que le législateur roumain sera appelé à résoudre à un moment donné sera de donner priorité à un principe. Soit sera considéré prioritaire le principe de la stabilité du circuit civil avec la conséquence de l'interdiction expresse de l'utilisation du sperme d'une personne décédée, soit celui de la réalité biologique et de l'intérêt supérieur de l'enfant, avec la conséquence de la reconnaissance de la filiation envers le père.

## §6. Conclusion

Parcourir les textes du Code civil actuel sur la reproduction humaine assistée du point de vue médical, filiation et héritage, laissent des espaces non réglementés qui dans la vie réelle créent des nombreux problèmes. Cet aspect est difficile à comprendre étant donné que toutes les situations déjà exposées dans le travail ont apparu pas une seule fois, mais plusieurs fois dans la jurisprudence d'autres pays, dont la législation a représenté la base de l'actuel Code civil, et qui existe aussi dans la société roumaine, même si elles n'ont pas constituées toujours la jurisprudence.

Espérons que dans l'avenir, peut-être par l'intermédiaire des certaines lois spéciales cohérentes, le législateur mène à la fin l'effort législatif que la société civile demande.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Avocate, Stoica& asociatii; [veradobozi@gmail.com](mailto:veradobozi@gmail.com).

<sup>2</sup> V. Dobozi, La reproduction humaine assistée médicalement dans la vision du Nouveau Code civil, dans «Curierul judiciar» no 10/2011, p. 1.

<sup>3</sup> V. Dobozi, La filiation au sein de l'assistance de la procréation, dans le Droit no 9/2001, p. 42.

<sup>4</sup> Abrogée le 28.06.2006 par la Loi no 95/2006.

<sup>5</sup> M.Of. nr. 8/13.01.1998.

<sup>6</sup> Adoption – sous la dénomination de « înfier» – a été premièrement réglementée par les dispositions du Chapitre III du Titre II du Code de la famille. Ensuite, a apparu la Loi no 11/1990 sur le consentement à l'adoption (modifiée par les Lois no 48/1991 et no 65/1995 et republiée dans la Gazette Officielle no 159/24.07.1995), qui a apporté des modifications et des complétions à la réglementation du Code de la famille. Les dispositions légales du Code de la famille sur l'adoption et celles de la Loi no 11/1990, telles comme elles on été modifiées par les actes normatives mentionnés ci-dessus, ainsi que d'autres dispositions contraires ont été abrogées par l'Ordonnance d'Urgence no 25/1997 (Gazette Officielle no. 120/12.06.1997), à son tour modifié par: La loi no 87/1998 Gazette Officielle no. 168/29.04.1998); l'Ordonnance d'Urgence no 192/1999 Gazette Officielle no. 599/08.12.1999); l'Ordonnance d'Urgence no. 138/2000 (Gazette Officielle no 479/02.10.2000). Ensuite, l'Ordonnance d'Urgence no. 27/1997 a été abrogée par l'art. 81 de la Loi no 273/2004 sur le régime juridique de l'adoption.

<sup>7</sup> Selon l'art. 447 du C.civ., „la reproduction humaine médicalement assistée avec un donneur tiers, son régime juridique, l'assurance de la confidentialité des informations qui leur appartiennent, mais aussi la manière de leur transmission seront déterminés par une loi spéciale”.

<sup>8</sup> Dr. D. M. Protopopescu, L'infertilité. La fertilisation *in vitro* et la reproduction assistée, Ed. Meteora Press, Bucarest, 2001, p. 284.

<sup>9</sup> S. Morar, H. Dura, Coordonnées de l'éthique médicale à la reproduction assistée, dans le Magazine Roumaine de Bioéthique, vol. 3 no 3.

<sup>10</sup> Des nombreuses solutions législatives et jurisprudentielles présentées pour le problème en discussion, nous avons choisi, deux systèmes de droit – israélien et français – car ils sont basés sur des principes éthiques diamétralement opposés.

Dans le droit israélien on a décidé que l'homme qui a pris la décision de devenir donneur s'oblige, par ceci, d'assurer le soutien des enfants résultant de l'insémination artificielle, dans les mêmes conditions accordées à son propre enfant<sup>5</sup>. Également, la Cour suprême israélienne a statué que l'opération d'insémination artificielle ne pourrait pas être effectuée à une personne qui n'est pas marié<sup>6</sup>. Les solutions convergent à une restriction des possibilités d'application des nouvelles techniques médicales et génétiques, mais aussi vers le soulignement de la responsabilité dans tels cas. Évidemment, pour personnaliser le don de matériel biologique.

Une toute autre réglementation a été adoptée dans le Code civil français, qui a représenté aussi la source d'inspiration pour la réglementation roumaine. Le législateur roumain a prélevé les dispositions existantes dans le Code civil français, l'art. 311-19 et l'art. 311-20, en les transposant dans l'art. 441-442 du C.civ. En échange, l'art. 443 du C.civ. roumain a eu comme source l'art. 539 du C.civ. du Québec. On a prélevé aussi les dispositions de l'art. 542 du C.civ. de Québec concernant la confidentialité des informations, dans l'art. 445 du C.civ.

Les deux codes, français et canadien, ont opté pour la solution législative où aucun lien de filiation ne peut pas être établi entre l'auteur de la donation et l'enfant né d'une telle procréation.

<sup>11</sup> Il représenterait une exception au principe de la symétrie de la forme des actes juridiques, selon lequel la conclusion et la révocation d'un acte doivent être réalisés dans la même forme – dans ce cas, en forme authentique.

<sup>12</sup> R.G. *Albăstroiu*, Le concept de „mère porteuse” entre le droit de disposer de son propre corps et l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le Magazine des Etudes Juridiques no 2/2010, p. 77.

<sup>13</sup> Idem, p. 76.

<sup>14</sup> Par curiosité, nous avons désiré à vérifier la signification de la notion de mère porteuse donnée par les „laïques”. Depuis l'ouverture du premier site – ([www.copilul.ro](http://www.copilul.ro)) – qui a apparu dans notre recherche réalisée par un célèbre moteur de recherche, nous avons été informés que “La mère porteuse est la femme qui, à travers un contrat, donne son accord de mener une grossesse à terme, pour un couple qui confronte des problèmes de fertilité”.

<sup>15</sup> Selon l'art. 461 du Projet de Code Civil – adopté dans la séance de Gouvernement de 11.03.2009 – et ayant la dénomination marginale *L'interdiction de quelques conventions*: „Toute convention visant la procréation et ou le port de grossesse pour un autre personne est nulle et non avenue”. Il faut constater le fait que la maternité de substitution n'était pas interdite, mais seulement la convention qui pourrait avoir comme objet „la location de l'utérus”.

<sup>16</sup> Etant donné que nous n'avons pas pris en considération les aspects pénaux de cette situation, nous n'avons pas évoqué la possibilité que la mère porteuse utilise un acte d'identité faux, en comprenant les données réelles d'identité de la mère biologique, même si la jurisprudence a enregistré de telles tentatives.

<sup>17</sup> V. Dobozi, La reproduction humaine assistée médicalement dans la vision du Nouveau Code civil, dans le Courrier judiciaire n° 10/2011, p. 9.

<sup>18</sup> Approuvé par l'Ordre du ministre de la Santé Publique n° 1076/05.09.2006.

<sup>19</sup> Selon l'art 15 du Règlement, La Commission a le droit de suivre au hasard le respect des normes éthiques prévues par l'art. 14.

## LE CONJOINT SURVIVANT: CREANCIER, HERITIER OU ETRANGER A LA SUCCESSION EN DROIT QUEBECOIS? <sup>1</sup>

Brigitte LEFEBVRE\*

**Résumé :** *La conjugalité au Québec s'orchestre autour de trois modèles dont deux sont prédominants : le mariage (63%) et l'union de fait (36%). Ces unions peuvent être hétérosexuelles ou homosexuelles. Le législateur québécois s'est abstenu d'édicter des règles pour encadrer l'union de fait par respect du libre choix des couples d'adopter un mode de conjugalité qui les soustrait aux règles applicables en matière de mariage. Certains ont prétendu que cette orientation législative brimaient les personnes vivant en union de fait et leur conféraient un statut inférieur. La Cour suprême du Canada vient de valider la constitutionnalité des règles du Code civil qui encadrent les aspects patrimoniaux (effets du mariage, régimes matrimoniaux, obligation alimentaire et vocation successorale) des couples mariées et qui ne s'appliquent pas aux conjoints de fait. C'est donc plus du tiers des couples québécois qui évoluent toujours dans un espace de non-droit. Le législateur devrait-il intervenir eu égard aux droits matrimoniaux et aux droits successoraux? Quelque soit la réponse, il importe de se questionner sur l'adéquation de l'encadrement juridique dans lequel évolue les conjoints et son impact sur le droit patrimonial de la famille. Les droits matrimoniaux des conjoints ne peuvent être occultés dans un contexte successoral. Contrairement, à plusieurs législations d'origine latine, certains droits matrimoniaux ont un caractère impératif auquel on ne peut déroger alors que les droits successoraux sont des règles supplétives. Le droit québécois ne connaît pas la réserve héréditaire et promeut la liberté de tester. Le sort du conjoint survivant est donc directement lié à l'existence de droits matrimoniaux qui peuvent lui conférer un statut de créancier face à la succession et à l'exercice de cette liberté testamentaire qui lui accorde ou retire le statut d'héritier.*

**Mots clés :** *mariage, successions, conjoint survivant, union libre, conjoint de fait*

La conjugalité au Québec s'orchestre autour de trois modèles<sup>2</sup> dont deux sont prédominants : le mariage (63%) et l'union de fait<sup>3</sup> (36%). Ces unions peuvent être hétérosexuelles ou homosexuelles<sup>4</sup>. Jusqu'à maintenant, le législateur québécois s'est abstenu d'édicter des règles pour encadrer l'union de fait par respect du libre choix des couples d'adopter un mode de conjugalité qui les soustrait aux règles applicables

en matière de mariage<sup>5</sup>. Certains ont prétendu que cette orientation législative était discriminatoire et contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>6</sup> car elle conférait aux personnes vivant en union de fait un statut inférieur. La Cour suprême du Canada<sup>7</sup> vient de valider la constitutionnalité des règles du Code civil qui traitent des effets du mariage, des régimes matrimoniaux et de l'obligation alimentaire qui ne s'appliquent qu'aux couples mariés et non aux conjoints de fait. Le débat initié dans le contexte de la rupture d'une union de fait n'a pas porté sur la vocation successorale. Le plus haut tribunal du pays ayant rendu jugement, le débat dans l'arène judiciaire est donc clos. La question n'est pas réglée pour autant car l'opinion de la Cour était loin d'être unanime<sup>8</sup>. La balle est maintenant dans le camp du législateur. Il s'agit d'un enjeu de taille car il concerne le sort de l'encadrement juridique de plus du tiers des couples québécois.

Afin de saisir pleinement la portée des changements qui pourraient survenir il importe de dresser un portrait du droit patrimonial de la famille québécois. D'entrée de jeu, il faut souligner que le droit québécois ne connaît pas la réserve héréditaire et promeut la liberté de tester. Contrairement, à plusieurs législations d'origine latine, les droits successoraux sont donc des règles supplétives. En revanche, certains droits matrimoniaux ont un caractère impératif auxquels on ne peut déroger. Ainsi, les droits matrimoniaux ne peuvent être occultés dans un contexte successoral. Le sort du conjoint survivant est souvent directement lié à l'exercice de ses droits matrimoniaux qui peuvent lui conférer un statut de créancier face à la succession et à la teneur d'un testament qui lui confère ou lui retire le statut d'héritier<sup>9</sup>. Dans un premier temps, nous examinerons la situation juridique du conjoint survivant sous l'angle des droits matrimoniaux. Dans un deuxième temps, nous aborderons la question en égard des droits successoraux.

### **1. Le conjoint survivant : créancier de la succession?**

Depuis plus d'une vingtaine d'années, l'orientation du droit québécois cherche à protéger le conjoint économiquement faible quelque soit son régime matrimonial. La vulnérabilité d'un conjoint est susceptible de se manifester lors de la dissolution du mariage. Ainsi, suite à un décès, le droit patrimonial de la famille assure une protection accrue au conjoint survivant sans égard aux droits successoraux auxquels il pourrait prétendre. Cette protection s'est effectuée par l'instauration d'un patrimoine familial pour toutes les personnes mariées. Ces règles ne sont pas applicables aux conjoints de fait qui doivent se tourner vers le droit commun pour pallier les conséquences économiques de la fin de l'union.

#### A. Le rôle des droits matrimoniaux dans la protection du conjoint survivant.

Le Code civil énonce à l'article 431 que les conjoints sont libres de choisir leur régime matrimonial. Toutefois, ce principe de liberté des conventions matrimoniales est grandement altéré par la portée des règles édictées au chapitre «Des effets du mariage» qui sont d'ordre public et auxquelles les conjoints ne peuvent déroger avant la dissolution du mariage<sup>10</sup>. Parmi ces règles figurent entre autres, les dispositions traitant de la protection de la résidence familiale et celles du patrimoine familial<sup>11</sup>. Ces dernières entraînent à la dissolution du mariage le partage en valeur des principaux actifs des couples québécois soient : la résidence familiale<sup>12</sup>, les résidences secondaires, les meubles qui ornent ou qui garnissent ces résidences, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille ainsi que la plupart des régimes de retraite tant privés que publics. Les biens échus par donation ou succession sont exclus. Bien qu'il soit un effet du mariage, le patrimoine familial est en réalité un «super régime matrimonial<sup>13</sup>» impératif qui s'applique à tous les couples mariés domiciliés au Québec<sup>14</sup>.

Un bref retour historique s'impose pour mieux comprendre la présence des règles édictant un patrimoine familial. L'inégalité économique des conjoints résultant de la dissolution du mariage est devenue une réalité québécoise dans les années 70, suite à l'entrée en vigueur de la première loi canadienne sur le divorce en 1968<sup>15</sup>. La grande majorité des couples étant alors mariés sous le régime de la séparation de biens<sup>16</sup>, la femme qui traditionnellement s'était investie dans l'éducation des enfants et n'avait pas ou peu travaillé se retrouvait fort démunie lors du divorce. Lors de la réforme du droit de la famille au début des années 80, le législateur édicta des règles impératives au nombre desquelles se trouva celle de la prestation compensatoire. L'article 427 du Code énonce que le tribunal peut au moment où il prononce le divorce ou suite au décès<sup>17</sup>: «...ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation compensatoire....» Pour statuer sur le droit à une prestation compensatoire, le juge tient compte «notamment des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage». La mise en œuvre de ce mécanisme n'a pas eu les effets escomptés. Les tribunaux ont eu une attitude assez conservatrice quant à l'octroi d'une prestation compensatoire lorsqu'il s'agissait d'évaluer l'apport de la femme au foyer. Cette attitude conservatrice s'explique en partie par le fait que lors de la même réforme, le Code civil était modifié afin d'imposer aux époux de contribuer aux charges du mariage en fonction de leurs facultés respectives. L'article 396 C.c.Q. énonce expressément que «chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer». Or, jusqu'à cette date, il était usuel que l'époux acquitte seul les charges du ménage voire même qu'il s'oblige

par contrat de mariage à ce faire. Ainsi, les tribunaux, ont la plupart du temps considéré que l'activité au foyer était pour la femme le moyen de contribuer aux charges du ménage. A moins d'une contribution exceptionnelle, l'activité au foyer ne pouvait pas justifiée l'octroi d'une prestation compensatoire. Rapidement, on a pu constater que ce mécanisme ne pouvait pallier les inégalités économiques des conjoints suite à un divorce. Le législateur a donc décidé de rectifier le tir, en reléguant au second rang le principe de la liberté des conventions matrimoniales qui existait alors en droit québécois. Il a choisi d'imposer des règles impératives qui assureraient que les principaux actifs des couples québécois seraient d'office partagés lors d'un divorce ou d'un décès. Le concept de patrimoine familial voyait le jour en juillet 1989. Le droit au partage de certains biens familiaux est automatique et a l'avantage de moins judiciaireiser le débat, car il n'est pas tributaire d'une discrétion judiciaire<sup>18</sup> tel l'octroi d'une prestation compensatoire. Les règles du patrimoine familial s'appliquent à toutes les personnes mariées quelque soit leur régime matrimonial. L'introduction de règles impératives a été décriée par certains<sup>19</sup>, mais force est de constater qu'elles perdurent et font partie du paysage juridique québécois. Toutefois, on peut s'interroger à savoir s'il était nécessaire d'appliquer à tous les couples un remède qui visait principalement à pallier la situation économique dans laquelle se retrouvait l'époux économiquement faible marié dans les années 50 et 60 sous le régime de la séparation de biens. En effet, au moment de l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, de plus en plus de couples québécois optaient pour le régime légal de la société d'acquêts qui permet un partage des biens acquis pendant le mariage<sup>20</sup>. Alors qu'en 1971 58% des couples choisissaient le régime de la séparation de biens, ils n'étaient que 32% à le faire en 1988<sup>21</sup>, peu avant l'aube de l'instauration du patrimoine familial. Était-il nécessaire de sacrifier désormais le principe de la liberté des conventions matrimoniales pour tous les couples? Cette question est d'autant plus pertinente que seuls les couples mariés au moment de l'entrée en vigueur de la loi ont eu l'opportunité de se soustraire à son application<sup>22</sup>, alors que cette mesure de protection les visait tout particulièrement? Poser la question, c'est presque y répondre...<sup>23</sup>

Sans égard à son statut d'héritier légal ou testamentaire, le conjoint survivant ou ses héritiers<sup>24</sup> ont droit au partage du patrimoine familial. Le partage s'effectue en valeur. Le conjoint survivant qui possède les biens familiaux de moindre valeur acquiert de ce fait le statut de créancier à la succession du défunt.

Le décès entraîne également la dissolution du régime matrimonial. Le régime matrimonial s'appliquera aux biens qui n'entrent pas dans le patrimoine familial. Le Code civil propose<sup>25</sup> deux régimes matrimoniaux : la séparation de biens qui est un régime conventionnel<sup>26</sup> ou la société d'acquêts qui est le régime légal<sup>27</sup>. En principe, chaque conjoint peut accepter ou renoncer au partage des acquêts de son conjoint

sans que cela soit forcément réciproque<sup>28</sup>. Toutefois, en contexte de décès, les héritiers n'ont d'option que si le conjoint survivant a préalablement accepté les acquêts du défunt<sup>29</sup>. Ainsi, le droit d'option est transmissible, mais conditionnel à l'acceptation du conjoint survivant<sup>30</sup>. Si la valeur de ses acquêts est supérieure à celle de ceux du défunt, il aura tout avantage à renoncer au partage des acquêts du défunt. Dans un tel cas, le conjoint survivant et le défunt conservent chacun leurs propres et leurs acquêts. Lorsque le droit d'option est ouvert aux héritiers, chacun d'eux exerce son droit d'option. Si un des héritiers renonce, sa part accroît au conjoint survivant<sup>31</sup>.

À la dissolution, le conjoint survivant peut donc être créancier de la succession de son conjoint<sup>32</sup>. Une compensation est faite entre la créance du conjoint survivant et celle des héritiers, lorsque les deux ont accepté le partage des acquêts de l'autre. En principe, le partage des acquêts confère un droit de créance. Toutefois, lorsque la dissolution du régime résulte du décès, le conjoint survivant peut exiger qu'on lui donne en paiement la résidence familiale et les meubles qui servent à l'usage du ménage ou tout autre bien à caractère familial si ces biens sont des acquêts ou des biens faisant partie du patrimoine familial<sup>33</sup>. Il y aura lieu au paiement d'une soulte par le conjoint survivant au besoin. Nous sommes d'avis que ce droit conféré par le régime matrimonial rend caduc le legs particulier d'un bien qui revêt les qualités de bien familial<sup>34</sup>.

### **B. L'apport du droit commun : Le conjoint de fait survivant créancier potentiel de la succession**

Rappelons que ces droits matrimoniaux ne visent que les personnes mariées et non les conjoints de fait. En l'absence d'encadrement juridique et de partage de droits patrimoniaux, l'union de fait est un terreau fertile pour les réclamations à titre d'enrichissement injustifié d'un conjoint qui sont de plus en plus fréquentes lors d'une rupture. La Cour d'appel a jugé que le décès, au même titre qu'une rupture, permet de faire une telle demande<sup>35</sup>. Il est intéressant de souligner que la Cour rend sa décision en insistant sur le fait que le conjoint de fait survivant doit pouvoir bénéficier d'un droit similaire qui le place dans la même position que le conjoint survivant marié qui peut demander une prestation compensatoire si le défunt s'est enrichi à ses dépens<sup>36</sup>. Ainsi, depuis quelques années, ce nouveau phénomène surgit quelquefois lors du règlement de la succession d'une personne ayant vécu en union de fait. Le droit commun permet ainsi au conjoint de fait de revendiquer le statut de créancier à la succession de son conjoint. Le conjoint de fait n'ayant pas de vocation successorale et ne pouvant bénéficier du partage de droits matrimoniaux, la fin de l'union de fait suite à un décès est propice à entraîner l'appauvrissement du conjoint survivant. Le demandeur doit démontrer l'enrichissement du défunt, son propre appauvrissement,

une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement, l'absence de justification à cet enrichissement et à cet appauvrissement<sup>37</sup>, l'absence de fraude à la loi et l'absence d'autres recours<sup>38</sup>. La preuve de ces conditions est facilitée lorsque la demande émane d'un conjoint de fait. La Cour suprême a dégagé deux présomptions lorsque l'enrichissement injustifié est invoqué dans un contexte d'union de fait de longue durée<sup>39</sup>. D'une part, l'union quasi-maritale crée une présomption de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement et, d'autre part, vu l'union de fait, il est présumé qu'il y a absence de motif à l'enrichissement. La relation (l'union de fait) ou l'amour que se vouent les conjoints de fait ne peuvent être invoqués pour justifier l'enrichissement. Les services rendus par une personne à son conjoint de fait ne sont pas dus et on ne peut présumer qu'ils sont offerts gratuitement. L'enrichissement<sup>40</sup> et l'appauvrissement doivent s'analyser avec souplesse, de façon globale et libérale et ne requièrent pas une preuve mathématique<sup>41</sup>. Toutefois, les sommes allouées ne peuvent correspondre au partage égal des actifs du défunt et atteindre indirectement les mêmes effets que le partage des droits matrimoniaux. Ce mécanisme n'a pas pour but de créer une société d'acquêts judiciaire<sup>42</sup>. Certaines décisions ont accordé au conjoint de fait survivant une indemnité pour compenser l'enrichissement dont avait bénéficié le défunt<sup>43</sup>. Cet enrichissement peut également exister même si le conjoint de fait est légataire, si un appauvrissement subsiste malgré la valeur des biens dont il hérite<sup>44</sup>. Ainsi, le conjoint de fait survivant peut être, dans certains cas, créancier de la succession.

## **2. Le conjoint survivant : héritier ou étranger de la succession?**

D'entrée de jeu, pour bien saisir la portée des règles de droit successoral, il faut réitérer que le droit québécois promeut le principe de la liberté de tester<sup>45</sup>. Ainsi, les règles de la dévolution légale sont des règles supplétives qui s'appliquent à défaut de dispositions testamentaires<sup>46</sup>. Ce principe peut favoriser le conjoint car le testateur peut lui léguer la totalité de ses biens au détriment des autres membres de sa famille. Il peut également le défavoriser car le testateur est libre de la déshériter en tout ou en partie. Pendant plusieurs décennies, le droit des successions reposait essentiellement sur la thèse individualiste<sup>47</sup>. Cette vision du droit a été remise en question et des considérations tenant de la conception familiale<sup>48</sup> du droit successoral sont venues ébranler quelque peu ce fondement. Depuis 1989, le législateur a introduit le principe de la survie de l'obligation alimentaire, ce qui a pour effet de limiter indirectement la liberté de tester<sup>49</sup>.

## A. La succession testamentaire

Le droit québécois consacre le principe de la liberté de tester. À ce titre, une personne peut tester en faveur de son conjoint marié ou de fait<sup>50</sup> et faire obstacle aux règles de dévolution légale. De tout temps, le testateur a pu léguer ses biens à son conjoint de fait<sup>51</sup>. Le principe de la liberté de tester a prévalu et ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs, ni le caractère potentiellement illicite de la cause n'ont remis en question la validité d'un legs à un concubin, que la relation ait été adultérine ou que les concubins ait cohabité<sup>52</sup>. Le caractère immoral de l'union de fait ne se pose plus aujourd'hui. Ce type de conjugalité fait partie de la réalité québécoise.

Ainsi, le conjoint marié ou de fait peut être légataire à titre particulier d'un ou de biens de la succession, légataire à titre universel d'une quote-part de la succession ou peut avoir seul ou avec d'autres personnes vocation à l'universalité de la succession. Bien qu'il soit à cet égard sur un pied d'égalité avec le conjoint marié, le Code favorise en premier lieu le conjoint survivant marié lors du partage des biens de la succession. En effet, s'il est légataire à titre universel ou s'il est légataire universel avec d'autres, le conjoint de fait ne peut, contrairement au conjoint survivant marié, exiger que l'on place dans son lot la résidence familiale et les meubles qui servent à l'usage du ménage. Cette attribution préférentielle n'est prévue que si « le conjoint survivant était lié au défunt par mariage ou union civile<sup>53</sup> ». Le conjoint de fait peut toutefois invoquer l'article 857 du Code qui énonce qu'un héritier peut demander que la résidence, à l'exclusion des meubles, lui soit attribuée par préférence s'il y résidait. Le conjoint de fait concourt alors avec les enfants du défunt qu'ils soient communs ou non, le cas échéant. Cette règle qui a été introduite lors de la réforme du Code civil démontre une solidarité familiale à géométrie variable. Certes le testateur peut léguer la résidence familiale et les meubles qui la garnissent par legs particulier à son conjoint de fait mais lorsque celui-ci concourt avec d'autres héritiers qui cohabitent avec lui, ses droits diffèrent de ceux du conjoint survivant marié ou uni civilement. Il importe de souligner que le statut d'héritier est requis pour que le conjoint survivant marié ou le conjoint de fait puisse faire une demande d'attribution préférentielle. Que le conjoint survivant soit un héritier légal (conjoint marié) ou testamentaire (conjoint marié ou de fait), pourquoi distinguer entre ces deux héritiers ? Le but de cette attribution préférentielle n'est-il pas de maintenir le cadre de vie du conjoint survivant ?<sup>54</sup>

Le Code civil fait également une distinction quant aux effets du legs en faveur d'un conjoint et du legs à un époux lorsqu'il y a rupture. Alors que l'article 764 C.c.Q. énonce que le divorce emporte, en principe, révocation du legs et de la désignation de liquidateur, il n'en est rien lorsque l'union de fait cesse<sup>55</sup>. Il faut alors avoir recours aux principes d'interprétation des testaments afin de déterminer si l'intention du

testateur au moment de la rédaction du testament peut démontrer que la cessation de la vie commune a entraîné la caducité du legs fait à l'ex-conjoint de fait<sup>56</sup>. Les notaires peuvent combler cette lacune en proposant un legs conditionnel au maintien de la vie commune.

## B. La succession légale

Le droit successoral et le droit de la famille ont inévitablement des liens entre eux, car les règles de la dévolution légale s'orchestrent autour du lien de parenté<sup>57</sup> par le sang<sup>58</sup> ou par adoption<sup>59</sup> et par alliance pour ce qui est du conjoint. Les règles de la dévolution légale reposent sur les affections présumées. Elles n'ont pas comme objectif de transmettre les biens à la lignée. Malgré le fondement affectif, pour avoir le statut de conjoint survivant, il faut être marié avec le défunt. Le divorce mettra fin à la vocation successorale. Le conjoint de fait n'a pas de vocation successorale<sup>60</sup>.

Selon le 1<sup>er</sup> ordre de dévolution successorale, les descendants recueillent les 2/3 de la succession et l'autre 1/3 est dévolu au conjoint. À défaut de descendants, la succession est dévolue selon le 2<sup>e</sup> ordre de succession. Depuis 1994, la portion dévolue au conjoint survivant a été augmentée au détriment de la parenté. La succession est alors dévolue pour les 2/3 au conjoint survivant et pour le 1/3 aux ascendants privilégiés<sup>61</sup>, c'est-à-dire, en principe<sup>62</sup>, les père et mère du défunt<sup>63</sup>. À défaut d'ascendants, la succession est dévolue pour les 2/3 au conjoint survivant et pour le 1/3 aux collatéraux privilégiés<sup>64</sup>. Ce n'est qu'en l'absence de descendants, d'ascendants privilégiés et de collatéraux privilégiés que le conjoint survivant recueille la succession en totalité.

Notons finalement que plusieurs lois reconnaissent au conjoint de fait<sup>65</sup> le statut de conjoint survivant au même titre que s'il avait été marié avec le défunt, que ce soit pour verser une indemnité étatique suite au décès ou pour lui permettre de recevoir une rente de retraite. Ces règles ne relèvent pas de la vocation successorale.

## C. La survie de l'obligation alimentaire

La survie de l'obligation alimentaire pose une limite indirecte à la liberté de tester et favorise les créanciers alimentaires ayant une vocation successorale ab intestat. Traditionnellement, l'obligation alimentaire était considérée comme une obligation *intuitu personæ* et s'éteignait au décès du débiteur ou du créancier alimentaire<sup>66</sup>. Depuis 1989, le droit québécois prévoit la survie de l'obligation alimentaire afin de contrer les effets néfastes de la liberté de tester<sup>67</sup>. Ces dispositions n'accordent pas un droit successoral au créancier alimentaire et l'existence de la créance n'est pas liée aux seuls faits du statut de créancier alimentaire et du décès du débiteur.

L'article 684 C.c.Q. énonce que « tout créancier d'aliments<sup>68</sup> peut, dans les six mois qui suivent le décès, réclamer de la succession une contribution financière à titre d'aliments<sup>69</sup>. » Le conjoint survivant<sup>70</sup> peut, s'il est dans le besoin<sup>71</sup>, réclamer des aliments à la succession du défunt. Les besoins du conjoint seront évalués en tenant compte de son niveau de son vie au moment du décès<sup>72</sup>. Le maximum auquel le conjoint peut prétendre est la moitié de ce qu'il aurait reçu si le défunt était mort *ab intestat* moins ce qu'il reçoit de la succession testamentaire s'il est légataire<sup>73</sup>. En l'occurrence, le maximum que le conjoint pourra réclamer est le sixième de la succession si le défunt laisse des descendants, le tiers s'il concourt avec des ascendants privilégiés ou des collatéraux privilégiés, ou la moitié si le défunt meurt sans descendant, ni ascendant privilégié ou collatéraux privilégiés.

La survie de l'obligation alimentaire n'a pas pour but d'améliorer la situation financière du créancier d'aliments, mais plutôt de tenter de la maintenir pendant un certain temps. L'âge du conjoint aura un impact sur la possibilité d'acquiescer ou non une autonomie suffisante<sup>74</sup>. Ces règles jouent un rôle préventif et incitent le testateur à ne pas déshériter son conjoint. L'examen de la jurisprudence révèle que, dans la majorité des cas, la demande est faite par une personne mariée qui est soit séparée de corps<sup>75</sup> ou séparée de fait<sup>76</sup>. Peu de décisions impliquent une épouse faisant vie commune avec le défunt au moment du décès<sup>77</sup>.

## Conclusion

Nous venons d'exposer l'état actuel du droit québécois et nous pouvons constater que l'encadrement juridique des couples mariés et des couples vivant en union de fait diffère énormément. Les enjeux soulevés par l'affaire *Lola* et les réponses données par la Cour suprême, insatisfaisantes aux yeux de certains, amène le législateur québécois à s'interroger sur l'encadrement juridique des conjoints de fait eu égard au droit patrimonial de la famille. La Cour suprême avait à déterminer si le fait de limiter l'application de certaines règles (résidence familiale, prestation compensatoire, patrimoine familial, obligation alimentaire, société d'acquêts) aux couples mariés à l'exclusion des conjoints de fait étaient discriminatoires. La Cour n'avait pas à juger de la pertinence de l'encadrement juridique offert aux couples mariés ni à le valider.

Or, les couples sont hétérogènes. Pensons à la famille nucléaire, au couple sans enfants, à la deuxième union, à la famille recomposée de laquelle est issue ou non des enfants communs etc... Cette réalité sociologique se traduit tout autant chez les couples vivant en union de fait que chez ceux qui sont mariés. A priori, il est légitime de questionner la cohérence d'un droit de la famille qui juge nécessaire de

proposer des règles, dont plusieurs sont impératives, aux personnes mariées et qui laisse dans un quasi-espace de non-droit, plus du tiers des couples québécois, c'est-à-dire ceux qui vivent en union de fait et qui souvent forment une famille avec enfants. En effet, 60% des enfants naissent actuellement hors mariage. Si dans ce contexte, il peut paraître à certains légitime d'étendre les droits des conjoints de fait ne devrait-on pas également repenser l'encadrement juridique des personnes mariées<sup>78</sup>? Ne devrait-on pas adapter les règles de droit pour tenir compte de l'hétérogénéité des couples au lieu d'imposer un cadre rigide à toutes personnes qui désirent se marier? Que faire?

Le législateur pourrait s'inspirer du modèle de *common law* des provinces canadiennes et assimiler les unions de fait à un mariage après un certain laps de temps<sup>79</sup>. Mais alors, doit-on assimiler les conjoints de fait aux couples mariés sous tous les aspects (obligation alimentaire, partage de biens familiaux, vocation successorale) ou pour certains d'entre eux? De plus, quel délai alors choisir? L'union de fait en pour bien des couples au départ simplement un banc d'essai. Dans l'hypothèse de l'extension des règles, devrait-on alors permettre aux couples en union de fait de s'y soustraire par un mécanisme d'*opting out*<sup>80</sup>?

D'autres avenues de réflexion avaient déjà été proposées. Pour les professeurs Goubau, Otis et monsieur Robitaille, le principe de l'autonomie de choix des conjoints de fait doit céder le pas devant un impératif de protection afin de tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Après avoir examiné certaines statistiques qui démontrent d'une part, la précarité économique dans laquelle se retrouve les familles monoparentales après une rupture et d'autre part, le constat que les enfants québécois naissent en grande majorité de parents vivant en union de fait, ces auteurs sont d'avis que les règles applicables aux conjoints de fait doivent être revues en présence d'enfants au sein de cette famille. À cet effet, ils lancent comme piste de réflexion que «les droits traditionnellement liés au mariage pourraient bien à l'avenir, au nom de l'intérêt de la famille, dépendre de la seule présence d'enfants plutôt que du statut matrimonial des parents<sup>81</sup>». Ainsi, en présence d'enfant commun à charge, les règles sur le patrimoine familial, la résidence familiale, l'obligation alimentaire pourraient être mise en œuvre.

Madame Jarry propose également de limiter l'intervention du législateur aux conjoints de fait qui ont des enfants mais sous un angle plus restreint. Elle est d'avis qu'il faudrait imposer une obligation alimentaire compensatoire entre conjoints de fait lorsqu'ils ont des enfants communs et s'inspirer des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*<sup>82</sup> pour en établir le montant. Cette obligation alimentaire serait « essentiellement liée à une compensation pour un investissement inégal des conjoints aux charges familiales imposées par l'éducation des enfants<sup>83</sup> ».

Le professeur Roy aborde la question d'une façon plus globale. D'où l'intérêt de sa réflexion. D'entrée de jeu, il souligne que le cadre juridique applicable aux couples mariés est probablement trop rigide<sup>84</sup>. Il examine d'abord la question sous l'angle des statuts matrimoniaux et il évoque comme piste une modulation des règles en fonction du rang du mariage ou de l'âge des conjoints en s'inspirant du droit comparé. Par ailleurs, il est d'avis que le postulat sur lequel repose le droit matrimonial actuel qui définit le mariage comme nécessitant une association économique est faux. Pour ce dernier, ce n'est pas le mariage en soit qui entraîne la vulnérabilité économique d'un conjoint mais plutôt la présence d'enfant. Il favorise donc le droit de la famille repose non pas sur le statut marital mais fasse la distinction entre le couple avec ou sans enfant, qu'il soit marié ou non. Le droit actuel s'appliquerait à tous les couples avec enfants qui bénéficieraient de la protection légale (protection de la résidence familiale, patrimoine familial, société d'acquêts, obligation alimentaire) alors que l'encadrement des couples sans enfant serait plus souple<sup>85</sup>. Le *statut quo* serait alors maintenu pour les couples sans enfant vivant en union de fait et les couples mariés sans enfant pourraient par un mécanisme d'*opting out* se soustraire aux règles impératives actuelles notamment celles du patrimoine familial.

La solution réside-t-elle dans la distinction entre les couples avec ou sans enfants? C'est à tout le moins une piste intéressante car, à notre avis, la révision du droit de la famille ne devrait pas se limiter à revoir l'encadrement juridique des couples vivant en union de fait et devrait permettre de réévaluer les règles applicables aux personnes mariées afin d'en assouplir le cadre, à tout le moins sous l'angle des rapports patrimoniaux. Le profil des couples a considérablement changé dans les dernières décennies et l'encadrement juridique proposé n'est plus à la fin pointe de la mode.

A ce jour, la question de l'encadrement juridique des conjoints de fait n'a pas été envisagé sous l'angle du droit des successions. Or, c'est l'état matrimonial qui crée la vocation successorale. Si l'on mute d'un état matrimonial à la reconnaissance d'un état conjugal en présence d'enfant, comment pourra-t-on justifier la différence de traitement entre les conjoints d'un point de vue successoral? La question se posera également, si le législateur choisissait plutôt d'étendre les droits des conjoints de fait après quelques années de vie commune.

Certes, l'impact de cette modification du droit serait moindre si la cessation de vie commune survient à l'occasion du décès car les règles de la succession légale peuvent être écartées par testament ce qui permet de conjuguer égalité et autonomie de la volonté. Toutefois, si les règles de la dévolution légale sont mises en

œuvre, la portée de la modification du droit risque d'être beaucoup plus importante d'un point de vue successoral que dans un contexte de rupture où seuls sont exercés les droits matrimoniaux. En effet, la durée de l'union peut avoir une incidence quant à la détermination de l'obligation alimentaire, quant au contenu des biens faisant partie du patrimoine familial et sur les masses d'acquêts partageables. Les biens propres étant exclus du partage ou la valeur nette des biens acquis avant l'union et la plus-value afférente ne faisant pas partie du partage. Les créances résultant du partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts en sont réduite d'autant. Or, dans un contexte successoral, la donne change totalement. Le conjoint de fait pourrait hériter d'une portion ou de la totalité du patrimoine du défunt sans que la durée de l'union influence la portion qui lui reviendrait. Ce qui importe sera sa qualité de conjoint survivant au moment du décès<sup>86</sup>. Il sera donc impératif que le législateur se penche sérieusement sur la définition qualité de conjoint de fait afin de déterminer qui pourra s'en prévaloir. Une autre difficulté pourrait alors se poser soit celle de déterminer la date du début de l'union et la date de la cessation de la vie commune. Alors que la vocation successorale de la personne mariée cesse à la date du décès, celle du conjoint de fait prendra fin à la cessation de la vie commune, date qu'il peut parfois être difficile à déterminer. Il conviendra de déterminer si une séparation de fait reflète un climat de crise du couple, auquel cas la vie commune est simplement interrompue temporairement, ou plutôt si cette séparation de fait révèle une rupture définitive qui éteindra la vocation successorale.

Les mutations des modes de conjugalité interpellent le droit et nous pouvons entrevoir des changements en droit patrimonial de la famille. Porteront-ils seulement sur l'extension de certains droits matrimoniaux? S'étendront-ils aux droits successoraux? L'avenir nous dira si le conjoint de fait survivant sera un créancier, un héritier ou demeurera un étranger la à succession.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Professeure, à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Titulaire de la Chaire du notariat ; [brigitte.lefebvre@umontreal.ca](mailto:brigitte.lefebvre@umontreal.ca).

<sup>2</sup> Les conjoints québécois peuvent également l'unir civilement. L'article 521.1 C.c.Q. définit l'union civile de la façon suivante : «L'union civile est l'engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits

et obligations liés à cet état.» L'union civile a été créée en 2002 par le législateur provincial (Québec) pour reconnaître un statut aux couples homosexuels. Le législateur québécois ne pouvait pas modifier la définition du mariage parce que les conditions de fond du mariage sont de la compétence du gouvernement fédéral (Canada). L'union civile accorde exactement les mêmes droits et les mêmes obligations que le mariage tant en ce qui a trait aux effets personnels que patrimoniaux. Les seules différences entre l'institution du mariage et celle de l'union civile est l'âge pour la contracter et la possibilité de dissoudre l'union par acte notarié sans intervention judiciaire si les conjoints sont d'accord sur tous les aspects de leur rupture et s'il n'y a pas d'intérêts d'enfant commun en jeu. Les couples hétérosexuels peuvent également s'unir civilement. Cette forme d'union est quasi-désuète depuis que le mariage est offert à tous les couples tant hétérosexuels qu'homosexuels. Dans le présent texte, tous les commentaires concernant les règles visant les personnes mariées s'appliquent également aux conjoints unis civilement.

<sup>3</sup> En 1981, 8% des couples vivaient en union de fait au Québec. À cette époque, l'union de fait était souvent un prélude au mariage. Ce pourcentage passait à 19% en 1991, 24% en 1996, 30% en 2001 et 36% en 2006. Il s'agit d'un phénomène beaucoup plus important au Québec que dans les autres provinces canadiennes. En effet, les statistiques nationales dénombrement 18% de couples vivant en union de fait au Canada en tenant compte de toutes les provinces.

<sup>4</sup> Le mariage homosexuel est reconnu officiellement depuis 2005. Le mariage est désormais défini comme suit : «Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne.» Art. 2, *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, L.C. 2005, c.33. Des mariages homosexuels ont pu valablement être célébrés à compter de 2004 car la Cour d'appel a invalidé la définition du mariage la jugeant inconstitutionnelle. Il n'y avait plus d'obstacle à la célébration d'un mariage entre conjoints de même sexe. La définition de l'époque, qui prévoyait que le mariage devait être célébré entre un homme et une femme, a été jugée discriminatoire en fonction de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (L.R.C. (1985, App. II, n°44) qui prohibe la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, J.E. 2004-724 (C.A.).

<sup>5</sup> Pour un regard critique du rôle de la volonté en droit de la famille voir : Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Générosa Bras MIRANDA et Benoît MOORE, (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, pp.96-124, à la page 109 et suiv.

<sup>6</sup> Art. 15, L.R.C. (1985), app. II, n°44.

<sup>7</sup> *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5. Cette affaire est connue sous le nom fictif de *Lola c. Éric*.

<sup>8</sup> Cinq juges contre quatre juges sont d'avis que les dispositions du Code civil sont discriminatoires en regard de l'article 15 de la *Charte*. Toutefois, la juge en chef a considéré que la différence de traitement entre les personnes mariées et les conjoints de fait était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique ce que permet l'article premier de la *Charte* ce qui a eu comme conséquence de valider la constitutionnalité du Code civil. Trois juges auraient, quant à eux, validé en vertu de l'article 1, les dispositions du Code civil sauf l'article 585 C.c.Q. portant sur l'obligation alimentaire. Une juge considère que le Code civil est discriminatoire sous tous ces aspects.

<sup>9</sup> Depuis 1994, le conjoint survivant peut cumuler ses droits matrimoniaux et ses droits successoraux. Art. 654 C.c.Q.

<sup>10</sup> Art. 391-430 C.c.Q. Le conjoint créancier peut renoncer à ses droits dans le patrimoine familial seulement après la dissolution (décès, divorce) et non avant ou pendant le mariage art. 423 C.c.Q.

<sup>11</sup> Art. 415 C.c.Q.

- <sup>12</sup> Et les droits qui en confèrent l'usage. À ce sujet voir : Brigitte LEFEBVRE : «Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales: quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial», dans B. LEFEBVRE et A. LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, pp. 195-212.
- <sup>13</sup> Sur la nature et la qualification juridique du patrimoine familial, voir : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 155-160, p. 204-208.
- <sup>14</sup> Les époux mariés avant le 15 mai 1989 pouvaient se soustraire à l'application du patrimoine familial en signant une convention de non-assujettissement dans un acte notarié. Ils avaient jusqu'au 31 décembre 1991 pour ce faire. Art. 42, *Loi modifiant le code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.R.Q., 1989, c.55. En principe, le patrimoine familial s'applique également aux couples mariés à l'étranger et qui sont désormais domiciliés au Québec. Il existe une controverse doctrinale quant à la qualification du patrimoine familial, certains auteurs le qualifient d'effets du mariage alors que d'autres rejettent cette qualification et sont d'avis que le patrimoine familial s'apparente plutôt à un régime matrimonial. En jurisprudence, la qualification «d'effet du mariage» prime ce qui le rend applicable aux personnes régies par un régime matrimonial étranger. *H.O. c. C.B.*, J.E. 2001-2177 (C.A.); *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.) Pour un exposé du débat doctrinal et la solution jurisprudentielle, voir : Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, Tome II, Règles spécifiques, coll. Traité de droit civil, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, n°258-259, pp 104-117.
- <sup>15</sup> Jusqu'à cette date, les couples québécois divorçaient très peu car il fallait pour ce faire obtenir le divorce par loi privée. La principale cause de dissolution du mariage était le décès. L'épouse mariée sous le régime de la séparation de biens étant généralement héritière du mari et l'épouse commune en biens pouvant demander le partage de la communauté, ces dernières n'étaient pas démunies financièrement à la dissolution du mariage.
- <sup>16</sup> Les couples choisissaient de moins en moins le régime légal de la communauté de biens dont la structure était archaïque. En effet, ce régime légal n'avait pas été adapté à la nouvelle réalité des femmes québécoises qui avaient acquis la pleine capacité juridique en 1964.
- <sup>17</sup> Il est aussi possible de demander une prestation compensatoire lorsque la dissolution du mariage résulte du décès.
- <sup>18</sup> Les tribunaux peuvent exceptionnellement ordonner un partage inégal. Art. 422 C.c.Q. *M.T. c. J.-Y.T.*, 2008 CSC 50.
- <sup>19</sup> Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité», (1990) 24 *Revue Juridique Thémis* 461; Alain ROY, «L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages», (2000) 41 *Cahiers de Droit* 657-683.
- <sup>20</sup> Le Code civil a été modifié en 1970 afin que le régime légal soit la société d'acquêts. Ce régime est beaucoup plus égalitaire que l'ancien régime de la communauté de biens et favorise l'autonomie des époux. À titre d'exemple : «Chaque conjoint a l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et acquêts (art.461.» En corollaire, chaque époux est seul responsable de ses dettes (art. 464 C.c.Q.) sous réserve des dettes contractées pour les besoins du ménage (art. 397 C.c.Q.). Cette exception est édictée au chapitre des effets du mariage et s'applique par ailleurs tant aux époux mariés sous la séparation de biens que ceux mariés sous le régime de la société d'acquêts.
- <sup>21</sup> Ces chiffres proviennent d'une analyse des données fournies par Me André Cossette. André COSSETTE, «Statistiques en matière de mariage», (1991) 93 *Revue du notariat* 536.
- <sup>22</sup> Près de 60 000 couples se sont soustraits aux règles du patrimoine familial. A. COSSETTE, préc., note 19. Il est légitime de penser qu'ils étaient pour la plupart mariés en séparation de biens.

- <sup>23</sup> Brigitte LEFEBVRE, «Les visages de la conjugalité au Québec et les disparités juridiques : l'exemple de l'encadrement juridique de la résidence familiale», (2008)38 *Revue de la Faculté de droit - Université libre de Bruxelles* 9-28.
- <sup>24</sup> Le patrimoine familial est un droit transmissible. *Lamarche c. Olé-Wildholm*, [2002] R.J.Q. 1173 (C.A.)
- <sup>25</sup> Les conjoints peuvent toutefois se créer un régime matrimonial sur mesure par contrat de mariage. Brigitte LEFEBVRE, *Les régimes matrimoniaux : contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, pp.7-9.
- <sup>26</sup> Le choix du régime de la séparation de biens se fait par contrat de mariage notarié. Art. 485 C.c.Q.
- <sup>27</sup> Art. 432 C.c.Q. Avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, le régime légal était celui de la communauté de biens. Les règles de l'ancien Code abrogé depuis (art.1270-1425i Code civil du Bas-Canada) continuent de s'appliquer aux couples mariés sous ce régime. À la dissolution, le conjoint survivant peut alors acquérir un droit de propriété de la demi-indivise de la masse commune.
- <sup>28</sup> Art 467 al. 2 C.c.Q.
- <sup>29</sup> Art. 473 al. 1 C.c.Q.
- <sup>30</sup> Contrairement au partage du patrimoine familial qui est automatiquement transmissible.
- <sup>31</sup> Art. 473 C.c.Q.
- <sup>32</sup> Théoriquement, le conjoint survivant peut être débiteur de la succession, mais nous avons vu qu'il a tout intérêt à renoncer au partage des acquêts du conjoint survivant s'il possède des acquêts dont la valeur est supérieure à ceux du défunt.
- <sup>33</sup> Art. 482 C.c.Q.
- <sup>34</sup> B. LEFEBVRE, préc., note 24, p.191.
- <sup>35</sup> Ce droit de créance n'est pas transmissible aux héritiers du défunt. Seul le conjoint survivant peut en bénéficier. *Lussier c. Pigeon*, [2002] R.J.Q. 359 (C.A.).
- <sup>36</sup> La prestation compensatoire est un mécanisme prévu au chapitre des effets du mariage. Art.427 et ss. C.c.Q.
- <sup>37</sup> L'intention libérale est souvent invoquée pour s'opposer à une réclamation au motif d'enrichissement injustifié. *Pilon c. Lacroix*, J.E.2006-1788 (C.A.) ; *Cadieux c. Caron*, J.E. 2004-616 (C.A.).
- <sup>38</sup> Art. 1493, 1494 C.c.Q.
- <sup>39</sup> *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Cette décision a été rendue dans une affaire de *common law*. La Cour d'appel a reconnu que les principes dégagés s'appliquent en droit québécois. *B. (M.) c. L. (L.)*, [2033] R.D.F. 539 (C.A.).
- <sup>40</sup> L'enrichissement peut être positif ou négatif. L'enrichissement est négatif lorsqu'il évite une dépense.
- <sup>41</sup> *C.L. c. J.Le*, 2010 QCCA 2370
- <sup>42</sup> *B. (M.) c. L. (L.)*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.). Dans une affaire de *common law* (*Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10), la Cour suprême a reconnu qu'il y avait lieu d'accorder une indemnité pour enrichissement injustifié évaluée en fonction de la valeur de la richesse accumulée et non pas uniquement de la valeur des biens ou services reçus lorsqu'il a existé entre les conjoints de fait une «coentreprise familiale». La coentreprise familiale résulte, entre autres, de l'intégration des intérêts économiques des conjoints, des efforts conjoints, du travail d'équipe et la collaboration à la réalisation d'objectifs communs. Ce concept est étranger au Code civil mais a déjà été repris dans quelques décisions québécoises et risque de favoriser l'octroi d'indemnité plus généreuse allant au-delà de l'application traditionnelle des règles de l'enrichissement injustifié. *Grégoire c. St-Arnaud*, 2012 QCCS 173; J.E. 2012-554 (C.S.), confirmé en appel, 2012 QCCA 1852; *Bouillon c. Chapman*, 2011 QCCS 5771, J.E. 2011-1930 (C.S.) Sur l'influence de la *common law* et la réception potentielle de l'affaire *Kerr* en droit québécois voir : Robert LECKEY, «Unjust enrichment and *de facto* spouses», (2012) 114 *Revue du notariat* 475.

- <sup>43</sup> Caron c. Succession de Daigle, J.E. 96-1104 (C.S.) ; Dion c. Kopersiewich, J.E. 2002-1346 (C.S.) ; Robitaille c. Succession de Lamontagne, 2008 QCCS 140.
- <sup>44</sup> Rioux c. Succession de Guénette, 2010 QCCS 2896 ; Succession de Jasmin c. Montreuil, 2011 QCCS 1032.
- <sup>45</sup> Le principe de la liberté de tester a été introduit dans notre droit en 1774 par l'Acte de Québec. *An act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America*, 14 Geo. III, chap.83. Toutefois, jusqu'en 1801, il a coexisté avec les règles de la Coutume de Paris, la légitime et les incapacités de donner et de recevoir, qui s'appliquaient alors au Québec. Les dernières limitations au principe de la liberté illimitée de tester ont été abolies dans l' *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III, chap. 4. Sur les aspects historiques voir : Germain BRIÈRE, *Traité de droit civil. Les successions*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1994, n°12-28, p.17-31; André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- <sup>46</sup> Art. 613 al.2 C.c.Q. À cet égard, la donation à cause de mort faite dans un contrat de mariage produit les mêmes effets juridiques qu'un legs. Art. 1819, 1839-1841 C.c.Q.
- <sup>47</sup> Cette thèse se fonde sur les prérogatives du droit de propriété, notamment celle du droit de disposer de la chose. Si le propriétaire peut de son vivant disposer de ses biens, il est logique qu'il puisse les transmettre à son décès à qui bon lui semble. Germain BRIÈRE, *Traité de droit civil. Les successions*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1994, n°5, p.10.
- <sup>48</sup> «L'héritage aurait, selon cette conception, une fonction familiale, voire sociale. L'Homme n'acquiert pas un patrimoine égoïstement pour lui seul; il l'acquiert aussi pour les générations auxquelles il donne vie.» G. BRIÈRE, *préc.*, note 45, n°6, p.11.
- <sup>49</sup> Certains droits matrimoniaux (patrimoine familial, régime matrimonial, possibilité de cumul des droits matrimoniaux et successoraux) peuvent également réduire le patrimoine successoral et porter indirectement atteinte à la liberté de tester. Pour une étude globale sur le sujet voir la thèse : Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009.
- <sup>50</sup> La méconnaissance du droit par les conjoints de fait pose problème. Plusieurs d'entre eux croient bénéficier des mêmes droits que s'ils étaient mariés. Un sondage effectué en 2007 par la Chambre des notaires démontre que 33% des répondants croient qu'ils hériteront des biens de leur conjoint à son décès et seulement 45% des répondants ont fait un testament. IPSOS DESCARIE, Chambre des notaires du Québec. *Sondage sur l'union libre*, Octobre 2007, Rapport de Recherche : Dossier 07-204. Un nouveau sondage vient d'être effectué en mars 2013 après la médiatisation de l'affaire *Lola c. Éric*. Selon ce sondage, encore 26% des conjoints de fait croient que tous les biens reviennent au conjoint survivant au décès. Sondage CROP, «De la vie aux idées», mars 2013.
- <sup>51</sup> Le Code civil du Bas-Canada prohibait les donations entre vifs entre concubins sauf pour des aliments. L'article 768 C.c.B.C. a été abrogé en 1980.
- <sup>52</sup> G. BRIÈRE, *préc.*, note 45, 1994, n°382, p.478.
- <sup>53</sup> Art.856 C.c.Q.
- <sup>54</sup> Brigitte LEFEBVRE, «L'union de fait : enjeux et encadrement juridique dans un contexte successoral», dans Alain-Charles VAN GYSEL, (dir.), *Conjugalité et discrimination*, Bruxelles Anthémis, 2012, p.105.
- <sup>55</sup> *Succession de Demers c. Boily*, J.E. 99-2345 (C.S.)
- <sup>56</sup> *Couture c. Bujold*, 2012 QCCS 5887; *Succession de Filion c. Bazinet*, 2011 QCCS 721.
- <sup>57</sup> Depuis le début des années quatre-vingts, le Code établit un principe d'égalité entre tous les enfants quelque soit les circonstances de leur naissance .Art. 522 C.c.Q. Le droit québécois ne fait plus aucune distinction entre les enfants légitimes et ceux nés hors mariage (naturels, illégitimes, adultérins). Ils sont tous des descendants du défunt et à ce titre, ils sont susceptibles de recueillir la succession.

- <sup>58</sup> La procréation assistée est assimilée à une filiation sanguine. Le projet parental avec assistance à la procréation est possible pour les couples mariés ou de fait, hétérosexuels ou lesbiens. Art.538 et suiv. C.c.Q.
- <sup>59</sup> Art. 577 L'adoption rompt tous les liens de l'adopté avec sa famille d'origine.
- <sup>60</sup> Pour une critique de l'exclusion du conjoint de fait des règles de dévolution légale, voir :Benoît MOORE, «Auprès de ma blonde...», dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p.325, aux pages.378-380.
- <sup>61</sup> Art. 672 C.c.Q.
- <sup>62</sup> La filiation pourrait être monosexuée. Le droit québécois reconnaît l'homoparenté. Un enfant peut avoir deux mères (filiation par adoption ou filiation sanguine par procréation assistée) ou deux pères adoptifs. Art. 546, 578.1, 539.1 C.c.Q.
- <sup>63</sup> Si l'un deux est prédécédé, l'autre recueille la part en entier. La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants. Art. 662 C.c.Q.
- <sup>64</sup> Art. 673 C.c.Q. Les collatéraux privilégiés sont les frères, sœurs, neveux et nièces du défunt. Les neveux ou les nièces peuvent représenter leur parent prédécédé, codécédé ou indigne.
- <sup>65</sup> Le conjoint de fait doit répondre aux critères énoncés dans la loi habilitante. Les critères varient d'une loi à l'autre. La durée requise de l'union de fait oscille généralement entre 1 an et 3 ans. Pour une étude plus approfondie de la notion de conjoint de fait, voir : Brigitte LEFEBVRE, « L'union de fait » dans P.-C. LAFOND (dir.), *Personnes et Famille*, JurisClasseur Québec – Fascicule 28, Montréal, Lexis Nexis, 2010, 35 p., par. 1-21.
- <sup>66</sup> Les parties peuvent conventionnellement prévoir que l'obligation subsistera au décès. Le testament peut également prévoir que l'obligation alimentaire perdurera. Y.C. c. M.H. , J.E. 2011-1949 (C.S.) ; *Succession de P.M.R. c. C.G.R.*, J.E. 2003-1437 (C.A.).
- <sup>67</sup> Ces règles sont d'ordre public. Le testateur ne saurait assujettir un legs à la renonciation à la survie de l'obligation alimentaire. *Droit de la famille – 2060*, J.E. 94-1616 (C.S.).
- <sup>68</sup> Le créancier alimentaire ne doit pas être indigne à succéder. Art. 684 al.2, 620-622 C.c.Q.
- <sup>69</sup> La survie de l'obligation alimentaire n'a pas pour but d'accorder à un créancier alimentaire une portion de la succession. Le montant de la contribution allouée l'est à titre alimentaire. Ainsi dans l'hypothèse où cette contribution est payée par versements, elle s'éteindra avec le décès du créancier alimentaire.
- <sup>70</sup> Ce droit existe également en faveur de l'ex-conjoint divorcé et des autres créanciers alimentaires (enfant au 1<sup>er</sup> degré, père et mère). Art. 684, 685 et 585 C.c.Q.
- <sup>71</sup> Art. 686 C.c.Q. « Pour fixer la contribution, il est tenu compte des besoins et facultés du créancier, des circonstances dans lesquelles il se trouve et du temps qui lui est nécessaire pour acquérir une autonomie suffisante ou si le créancier percevait effectivement des aliments du défunt à l'époque du décès, du montant des versements qui avait été fixé par le tribunal pour le paiement de la pension alimentaire ou de la somme forfaitaire accordée à titre d'aliments.  
Il est tenu compte également de l'actif de la succession, des avantages que celle-ci procure au créancier, des besoins et facultés des héritiers et des légataires particuliers, ainsi que, le cas échéant, du droit aux aliments que d'autres personnes peuvent faire valoir ».
- <sup>72</sup> *Droit de la famille – 3083*, J.E. 98-1803 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2866*, J.E. 98-263 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2563*, [1997] R.D.F. 80 (C.S.) ; *Droit de la famille- 2645*, [1997] R.D.F. 263 (C.S.) *Droit de la famille – 2247*, [1995] R.D.F. 537 (C.S.).
- <sup>73</sup> Art. 688 C.c.Q.
- <sup>74</sup> *Droit de la famille-2667*, [1997] R.D.F. 338 (C.S.) Une femme de 92 ans n'a pas la possibilité d'atteindre l'autonomie financière.

<sup>75</sup> R.L.c. É.B., J.E. 2003-143 (C.S.).

<sup>76</sup> *Droit de la famille – 2866*, J.E. 98-263 (C.S.) ; *Droit de la famille-2667*, [1997] R.D.F. 338 (C.S.) ; *Droit de la famille- 2645*, [1997] R.D.F. 263 (C.S.).

<sup>77</sup> *Droit de la famille – 2563*, [1997] R.D.F. 80 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3083*, J.E. 98-1803 (C.S.).

<sup>78</sup> Sur l'encadrement des rapports familiaux voir : Alain ROY et Violaine LEMAY, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre?*, Montréal, Thémis, 2009.

<sup>79</sup> Les neuf autres provinces canadiennes de *common law* reconnaissent toutes une obligation alimentaire entre conjoint de fait après 2 ou 3 ans ou dès que les conjoints de fait sont parents d'un même enfant. Quatre d'entre elles, accordent de plus le partage des biens familiaux et une vocation successorale aux conjoints de fait après 2 ou 3 ans de vie commune. A cet égard, la présence d'un enfant commun n'a pas d'incidence.

<sup>80</sup> C'est la proposition que fait la juge Abella dans l'affaire *Lola. Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, (par.360).

<sup>81</sup> Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS, et David ROBITAILLE, «La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses dommages collatéraux», (2003) 44 *Cahiers de Droit* 3, 49.

<sup>82</sup> Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : ébauche d'une proposition, ministère de la Justice*, Canada, janvier 2005, <http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/spousal/index.html>. Ces lignes directrices ont été proposées au ministère de la Justice par deux professeures de droit. Elles ne sont pas obligatoires car elles n'ont pas été intégrées à une loi ou à un règlement.

<sup>83</sup> Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p.165.

<sup>84</sup> Alain ROY, «Affaire *Éric c. Lola* : Une fin aux allures de commencement», (2013) 1 *Cours de perfectionnement du notariat* 259, 294; au même effet : B. MOORE, préc., note 59, p.380; B. LEFEBVRE, préc., note 22.

<sup>85</sup> A. ROY, préc., note 83, 302 et suiv.

<sup>86</sup> Présentement, l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, définit le conjoint de fait comme suit : «Sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, les conjoints de fait. Sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l'absence de critère légal de reconnaissance de l'union de fait, une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant. » Cet article s'applique au Code civil.

## QU'EST-CE QU'ON PEUT FAIRE POUR CONTENTER LE CONJOINT SURVIVANT ?<sup>1</sup>

Mircea Dan BOB\*

**Résumé :** *Les parents par le sang ont progressivement perdu du terrain devant le conjoint survivant. Les réformes dans les différents pays européens lui ont octroyé une position patrimoniale de plus en plus solide. Mais, est-ce que ça suffit ? Est-ce que les mesures prises dans son avantage ont réussi lui donner satisfaction ? La réponse sera donnée en étudiant l'exemple paradigmatique de la législation roumaine en matière, en faisant la comparaison avec ses sources et ses modèles.*

**Mots clés :** *succession légale, famille, conjoint survivant, code civil*

Le 1<sup>er</sup> octobre 2011 marque l'entrée en vigueur d'une réforme attendue : celle du code civil roumain. Accomplie après presque douze ans de travail législatif<sup>2</sup>, elle remplace le premier code civil roumain moderne, en fonction depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1865. Celui-ci était en grande mesure une traduction fidèle du Code Napoléon, dont les textes en matière de succession lui ont constitué le modèle. On a montré avec une autre occasion<sup>3</sup> comment la commission avait traduit intégralement en roumain le Code Napoléon, tout en essayant le raccorder aux réalités roumaines. Les spécialistes ont sélectionné et corrélié ses textes avec le projet de loi sur les mariages élaboré par Barbu Știrbei (prince qui a régné en Valachie entre 1849-1853 et 1854-1856), avec les rapports envoyés par les tribunaux et avec les observations critiques formulées par Victor Marcadé dans l'*Explication* du code civil français. Le code promulgué le 19 janvier 1865 avait assemblé les textes français – sélectionnés et revus d'une manière critique – avec des dispositions inspirées par le projet de code civil italien rédigé sous la direction de Pisanelli, l'ancien droit roumain (quelques coutumes, les Codes Calimaque (Moldavie, 1817) et Caradja (Valachie, 1818) et le projet de Știrbei antérieurement mentionné) et la loi hypothécaire belge de 1851.

Un aperçu sur le mouvement législatif mondial au domaine des successions nous montre une préoccupation générale pour la confortation du conjoint survivant<sup>4</sup>. Est-ce qu'on peut voir la même chose en Roumanie ?

Le livre dédié par l'ancien code civil roumain aux successions et aux libéralités a été, avec très peu d'exceptions, la traduction fidèle du modèle napoléonien. Cette massive importation législative contient une exception notable, qui intéresse notre propos : l'art. 684 sur les droits de la veuve pauvre, texte unique situé dans une troisième section ajoutée au chapitre destiné aux successions irrégulières. Ce texte et la section le contenant ne trouvent pas d'équivalent dans le modèle français. Pourquoi a-t-on eu besoin d'un tel texte ? Quelle tradition juridique autochtone ou quelles particularités de la société roumaine du XIX<sup>e</sup> siècle l'ont demandé ? Les réponses à ces questions nous aideront à identifier et à évaluer les solutions proposées par le législateur roumain pour contenter le conjoint survivant.

I. En dépit de ses racines romaines postclassiques, le droit coutumier roumain accordait une situation privilégiée au conjoint survivant. La veuve avait les droits successoraux d'un enfant (une portion virile – *pro numero virorum*), plus l'habitation viagère du foyer<sup>5</sup>. Lors de la réception du droit romano-byzantin (à partir du XIV<sup>e</sup> siècle), les lois écrites durcirent sa situation<sup>6</sup>.

En Valachie, le **Code Ypsilanti** (1780) conférait aussi au conjoint survivant femme ou homme, un droit de succession sur les biens de l'autre conjoint, mais sans exiger l'indigence. D'après ce code, la femme qui a eu des enfants avec son mari a droit pour son entretien à une portion virile en usufruit. Mais si les enfants viennent à mourir, la femme, soit qu'elle reste veuve, soit qu'elle se remarie, a droit au tiers des biens *en pleine propriété*, parce qu'elle a souffert les douleurs de l'enfantement et mis sa vie en danger, à moins qu'elle ne se soit remariée avant l'expiration de son deuil. Le conjoint survivant d'un couple stérile voyait anéantis ses droits dans la succession de l'époux décédé (art. 1-6 chap. XXI).

En Moldavie, l'art. 957 du **Code Calimaque** disposait : « La veuve qui, ayant des enfants, ne se remarie pas, prendra dans la fortune de son mari défunt la part d'un enfant, en usufruit seulement »<sup>7</sup>; le même traitement était réservé au mari, avec la même exception du remariage.

« La femme riche qui n'a pas apporté de dot à son mari n'aura pas cette part ; il en est de même du mari qui, étant riche, n'aurait constitué à sa femme aucun avantage nuptial » (art. 958)<sup>8</sup>. « La femme pauvre, ayant jusqu'à trois enfants de son époux, prendra le quart de sa fortune nette en usufruit ; et si elle en a plus de trois, elle ne prendra qu'une portion égale à celle d'un enfant, toujours en usufruit » (art. 959)<sup>9</sup>.

« Si le mari laisse des enfants de sa première femme, la veuve pauvre prendra en pleine propriété, soit le quart de la succession, soit une part proportionnelle au nombre des enfants. S'il laisse, non des enfants, mais d'autres parents, elle prendra invariablement le quart en pleine propriété. Il en est de même *du mari pauvre* venant à la succession de sa femme » (art. 960).

Les dispositions du Code Ypsilanti ont passé, avec quelques légers changements, dans le **Code Caradja**, et ensuite dans le code civil roumain de 1865. Mais le Code Caradja les a bien perfectionné : le survivant, homme ou femme, recevait une portion virile en usufruit en concours avec les descendants et 1/6 en pleine propriété en concours avec les autres parents ; l'absence des parents par le sang lui octroyait toute la fortune (IV.3.17 k et 23).

Toutes ces réglemations puisaient leur contenu dans les Basiliques de l'empereur Léon VI le Sage, forme actualisée au niveau du IX<sup>ème</sup> siècle du travail législatif justinien. Or, les Nouvelles 118 et 127 – qui avaient institué un ordre successoral légal fondé uniquement sur la parenté par le sang – avaient été complétées par les Nouvelles 53 et 117 pour appeler aussi le conjoint survivant. Les anciennes lois écrites roumaines avaient emprunté la solution légale du sixième chapitre de la Nouvelle 53, conformément auquel la vocation successorale légale était réciproque entre époux, même si le chapitre V de la Nouvelle 117 avait appelé seulement la veuve pauvre (non plus le veuf) à la succession de son époux prédécédé<sup>10</sup>.

En conclusion, l'ancien droit roumain, coutumier ou écrit, continuateur de l'héritage juridique romain, voyait dans le conjoint survivant un héritier, ayant ses droits successoraux soit en usufruit soit en pleine propriété.

**II.** L'emprunt législatif français fait par le législateur roumain modern a drastiquement altéré le statut successoral du conjoint survivant: héritier irrégulier à côté de l'Etat, il n'héritait (après le 1er décembre 1865) qu'en absence de tout parent par le sang jusqu'au douzième degré (art. 676 et 679 roumain = art. 755 alinéa 1 et 767 Code Napoléon). La commission roumaine a abandonné donc la tradition de notre ancien droit, qui faisait du conjoint un héritier. « Dans ces grandes lignes, [...], l'ordre successoral adopté par notre législateur est celui consacré par les Nouvelle 118 et 127 de Justinien sur les bases de la cognation, et reproduit aussi par note ancienne loi (§.§. 912 et suiv. C.Calim.) et par l'Ancien droit français dans les pays de droit écrit », constatait le professeur yassien Matei Cantacuzino<sup>11</sup>.

Un texte spécial a été quand même introduit pour le soulager : l'art. 684<sup>12</sup>. La veuve pauvre a reçu droit à une partie de la succession de son époux prédécédé, même concurremment avec n'importe quels autres héritiers. Ce droit subsistait alors même que, de fait, les époux auraient vécu séparément et que, après la mort du mari, la femme aurait convolé en secondes noces :

« Lorsque le mari meurt en laissant des descendants, la veuve *qui se trouve dans l'indigence* prend dans sa succession une portion virile *en usufruit*.

Si le mari a un seul descendant, la femme a droit au tiers de la succession et ce droit commence à la cessation de l'usufruit légal.

Si le mari a laissé des ascendants ou des collatéraux, la femme reçoit *en pleine propriété* le quart de la fortune du défunt »<sup>13</sup>.

Le législateur roumain de 1864 a ajouté une troisième section au chapitre consacré aux successions irrégulières ; cette section avait comme article unique le célèbre 684. On voit sans difficulté comment ce texte trouve sa raison historique dans les anciennes coutumes et lois écrites du pays, en descendance directe des Nouvelles justiniennes. Il conférait à l'épouse pauvre un droit de succession anormale sur les biens de son mari. L'usufruit de la veuve commençait uniquement à la fin de son usufruit légal sur la succession, conféré par l'art. 338 roumain (art. 384 Code Napoléon, modifié en 1984) en présence d'enfants mineurs.

Elle n'avait pas la saisine et n'était pas réservataire ; ne pouvait pas cumuler sa part de succession avec les aliments accordés par l'art. 1279 roumain (art. 1570 & 2 Code Napoléon) à toute veuve, aux dépens de la succession du mari, pendant l'année de deuil ; mais elle avait droit pendant ce temps à l'habitation et aux habits de deuil. Le droit d'habitation étant une charge de la succession pesait sur les héritiers, alors même que le défunt aurait légué à sa veuve la maison où il habitait. Mais au lieu du logement, les juges pouvaient – à la requête des héritiers – lui allouer une somme en espèces, appréciée selon les circonstances.

L'art. 684 du code civil roumain a donné lieu à plusieurs difficultés<sup>14</sup> :

1. quelle nature juridique avait le droit de la veuve pauvre : droit de créance ? droit successoral ? une simple faveur de la loi ? La Cassation roumaine a fini par le considérer comme un droit successoral.

2. en droit de Justinien, la femme était pauvre quand elle n'avait pas apporté une dot lors du mariage<sup>15</sup>. En droit roumain, la constatation de l'indigence restait aux lumières des juges ; en sorte que la femme sera pauvre, quoiqu'elle ait été dotée, si sa dot est insignifiante par rapport à la fortune du mari. L'art. 684 trouvait aussi son application dans le cas où la fortune personnelle de la veuve ne lui permettait pas de maintenir le standard de vie partagé durant le mariage, compte tenu la position sociale des époux.

3. On s'est demandé : comment se calculera la masse des biens sur lesquels la femme prélèvera son droit ?

Les tribunaux ont décidé que le calcul s'opérera conformément à l'art. 849 roumain (922 Code Napoléon). Cette solution a été formellement adoptée par la loi

française de 9 mars 1891, qui a modifié les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé. Mais la solution a été vivement critiquée en Roumanie, parce que, l'art. 849 roumain étant exceptionnel, il ne s'applique qu'au calcul de la quotité disponible et de la réserve, dans les successions dévolues aux héritiers réservataires. Et nous venons de dire que la femme n'a pas de réserve dans la succession de son mari ; elle ne pouvait demander la réduction des libéralités. Elle ne prendra donc sa part que dans les biens existants au moment de la mort du mari, déduction faite des dettes et des libéralités de ce dernier. Si, après ces déductions, il ne reste rien, elle ne prendra rien. Le système du législateur roumain était loin d'être équitable, mais il était le seul juridique eu égard le texte de la loi, tel qu'il est conçu, et aux vrais principes du droit.

En conclusion, l'emprunt français dans cette matière – même amélioré par la présence de l'art. 684 – a été une erreur législative<sup>16</sup>. L'importation presque *ad litteram* des textes napoléoniens a généré un traitement successoral dérisoire pour le conjoint survivant. Le code français avait préconisé en 1804 le maintien des biens dans la famille de sang, où le conjoint était un allogène placé à la fin de la dévolution successorale légale. Le code civil roumain de 1864 a opéré donc une rupture brutale avec la tradition selon laquelle il traitait la veuve ou le veuf au même niveau avec les descendants. Le législateur roumain a quand même essayé de réparer les choses en introduisant l'art. 684. Le texte se présentait comme une solution de continuité avec notre ancien droit ; mais sa rédaction négligente et son insuffisante intégration dans l'économie des autres dispositions successorales d'origine française l'ont malheureusement transformé dans une source de controverses.

On voit pour le moment se préfigurer une conclusion : l'emprunt français et l'abandon de la tradition autochtone non pas été la meilleure solution. On ne saura pas la formuler avant de vérifier l'optique des auteurs contemporains.

III. Un des plus importants doctrinaires roumains à l'époque, Alexandre Degré, notait en 1892 sur l'art. 684 : « Est-ce qu'il est un modèle de sagesse ? [...] On voit la succession légale comme fondée sur la parenté par le sang, pas sur l'affinité. Les parents jusqu'au 12<sup>ème</sup> degré constituent la famille, les époux y sont des étrangers. [...] mais, si la subtilité juridique exclut les époux de la famille, on voit la réalité et leur volonté présumée leur octroyant un rang de successibilité beaucoup plus important. [...] Il existe encore une autre chose sûre : on devrait exclure la simple possibilité de débattre sur la pauvreté ou la richesse de l'époux, débat qui porterait atteinte à la dignité du mariage »<sup>17</sup>.

Gheorghe Petrescu, conseiller à la Cour de Cassation roumaine, faisait une analyse comparative entre la situation successorale du conjoint survivant en droit romain, ancien droit français, en droit roumain et dans la France lui contemporaine, pour s'interroger:

« Pourquoi ni la loi française ni notre code n'ont pas reconnu au conjoint survivant un droit *de succession* quelconque en concours avec les enfants ou avec les ascendants ou des autres collatéraux en degré successible ? pourquoi la loi a été beaucoup plus sévère avec l'époux et beaucoup plus humaine avec les parents fort éloignés [...] ? pourquoi notre législateur a-t-il quitté les dispositions tellement bonnes de nos anciennes lois, quand on voit aujourd'hui comment presque toutes les législations ont admis ou bougent vers l'admission de ce droit ? »<sup>18</sup>

Le père fondateur du droit civil roumain, Dimitrie Alexandresco, écrivait en 1912 : « [...] L'époux, qui s'est sacrifié durant toute sa vie se voit soudainement réduit à la plus terrible misère, se voit contraint à frapper à la porte des parents du défunt enrichis, dans la majorité des cas, suite à sont labeur »<sup>19</sup>. Le même auteur continu : « notre code, inspiré par la tradition du passé, vient un peu à l'aide de la veuve *pauvre* par l'art. 684 ; mais cette disposition, quoique louable, est loin d'être satisfaisante »<sup>20</sup>. Ce texte, « quoi qu'imparfait, représente toutefois un progrès incontestable par rapport au code français dans sa rédaction initiale. Mais le texte de notre code réclame une révision urgente : 1° à cause des antinomies auxquelles il donne lieu; 2° parce qu'il n'offre aucun droit successoral au veuf, la loi étant de ce point de vue inférieure à nos lois antérieures ; 3° parce qu'il confère quelques droits uniquement à la *femme pauvre*, ce qui conduit plutôt à la mendicité, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi ; or, l'épouse qui a travaillé pendant toute sa vie à coté de son mari ne doit point être envisagée comme une mendicante [...] ; 4° parce qu'il ne reconnaît de principe à l'époux survivant – homme ou femme – un droit en pleine propriété sur la fortune laissée par l'autre époux, *même si le conjoint survivant est le plus légitime héritier du défunt* [...] »<sup>21</sup>.

Les critiques ont invoqué donc la tradition du droit roumain et le rôle essentiel joué par la femme dans le ménage<sup>22</sup> et confirment la conclusion tirée au paragraphe antérieur. Le transplant législatif, même amélioré par l'art. 684, a été une erreur législative. L'appui affectif et la collaboration patrimoniale de l'époux sont devenus des réalités de plus en plus prégnantes à partir de la fin du XIXème siècle, au fur et à mesure que la famille nucléaire est venue remplacer la famille lignage<sup>23</sup>.

#### IV. Quelles ont été les réactions législatives face à cette situation ?

La loi spéciale de 21<sup>er</sup> Décembre 1916 sur les droit successoraux des veuves des soldats morts dans la guerre a partiellement répondu aux critiques mentionnées ; cette réglementation accordait audites veuves des droits en pleine propriété en concours avec tous les successeurs. Elle a été rééditée, dans un contexte vraisemblable, par la Loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1941.

De cette manière, l'adoption d'une nouvelle loi plus favorable au conjoint survivant était devenue inévitable. Un premier pas dans ce sens avait déjà été fait par la loi du 28 Juin 1921 sur l'impôt progressif sur les successions : elle a limité la vocation en ligne collatérale au quatrième degré (art. 4). Un deuxième pas a raté de peu la réforme complète : le code civil roumain de 1940 reprenait aux articles 840-842 les solutions législatives offertes par le code civil allemand (art. 1931-1932), recommandées dès 1912 par Dimitrie Alexandresco<sup>24</sup> ; les méandres de l'histoire ont malheureusement bloqué son entrée en vigueur.

Enfin, conformément aux dispositions du Décret-loi no. 319 du 10 août 1944 sur les droits successoraux du conjoint survivant, ceci est appelé à la succession en concours avec les héritiers appartenant à chacun des ordres ou seul en leur absence<sup>25</sup>. Sa part (toujours en pleine propriété) varie en fonction des ordres d'héritiers avec lesquels il vient en concours :  $\frac{1}{4}$  avec les descendants,  $\frac{1}{3}$  ou  $\frac{1}{2}$  en concours avec les ascendants et les collatéraux privilégiés (selon qu'il s'agit des deux catégories ou d'une seule) et  $\frac{3}{4}$  avec les ascendants et collatéraux ordinaires (art. 1). La réserve du conjoint est toujours de  $\frac{1}{2}$  de la part successorale qui lui revient comme successeur légal (art. 2).

Outre sa part en propriété, le conjoint survivant acquiert les meubles et les objets appartenant au ménage et les donations reçues à l'occasion du mariage (art. 4). Les dernières ont été écartées, faute d'application pratique, par le nouveau code civil. Il pourra aussi être le titulaire d'un droit temporaire d'habitation (d'un an après l'ouverture de la succession) sur le logis commun des époux.

**V. Pour conclure :** la situation successorale privilégiée du conjoint survivant dans l'Ancien droit roumain a été profondément ébranlée par le code civil d'inspiration française entré en vigueur en 1865. La commission roumaine a toutefois adopté un régime partiellement amélioré, en ajoutant l'usufruit (d'inspiration justinienne) de la veuve pauvre. Les nombreuses critiques ont conduit à la réforme de 1944, en accordant au conjoint survivant des droits en pleine propriété et la qualité de réservataire. Cette réforme a été inspirée par le BGB allemand et a été reprise en tant que telle en 2011, dans le nouveau code civil roumain (art. 970-974 et 1088), qui lui a donné aussi la saisine.

Est-ce qu'il est maintenant vraiment content le conjoint survivant ? Difficile à dire, car - comme Pierre Catala le montrait, la communauté de vie avec le défunt tisse toute une série de liaisons patrimoniales autres que la simple expectative successorale<sup>26</sup>. La majorité des roumains sont mariés sous le régime matrimonial de la communauté (qui est le régime de droit commun – art. 312 et 329 nouveau code civil) et la majorité des successions en Roumanie se composent d'un logement et (parfois) d'une voiture

achetés en commun pendant le mariage. Le décès d'un des époux entraîne la liquidation de la communauté, ce qui conduit déjà la moitié des biens vers le conjoint survivant. Il ajoutera à cette moitié une quote-part successorale, car le code lui permet de venir en concours avec tout autre successeur, légal ou testamentaire (art. 970, 971 et 1087). Il aura déjà une quote-part majoritaire sur le bien le plus clair du patrimoine (l'appartement), qui lui sera attribué en nature lors du partage. On pourra ajouter à tout ça l'existence des pensions diverses, légales ou volontaires, les assurances-vie et d'autres formules de prévoyance, les comptes communs, les dons manuels, les donations indirectes et inobservées etc. Ces sont des aspects pas encore conscientisés par la société roumaine et par ses juristes, car le retour à une économie de marché et à une société libre est encore assez récent. On voit donc un complexe de facteurs qui puissent faire du conjoint survivant le plus garni ou le plus démunis des successeurs.

Est-ce qu'il est content le conjoint survivant ? On a vu comment la législation roumaine des derniers soixante-dix ans a essayé de lui apporter le bonheur patrimonial. Seulement les années qui viendront nous montreront son taux de réussite.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Maître de conférences, Faculté de Droit, UBB Cluj-Napoca ; [mirceabob@law.ubbcluj.ro](mailto:mirceabob@law.ubbcluj.ro).

<sup>2</sup> V. pour des détails M. Nicolae, M.D. Bob, *La recodification du droit civil roumain en quête de modèle*, in "Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia" no. 2/2008, pp. 115-121, online: <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=123> et id., *La refonte du code civil roumain et le code civil du Québec*, in „La revue du barreau canadien” vol. 88 no. 2 (IX.2010), pp. 445-454, online: [http://www.cba.org/cba\\_barreview/Recherche.aspx?VolDate=09%2f01%2f2010](http://www.cba.org/cba_barreview/Recherche.aspx?VolDate=09%2f01%2f2010).

<sup>3</sup> V. notamment notre étude *Problema codificării civile în România, repere pentru revizuirea codului civil*, in « Pandectele române » no. 1/2003, pp. 170 sqq. et *Culture et droit civil en Roumanie* (en collaboration avec P. Vasilescu), in *Droit et culture – Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées louisianaises* tome LVIII/2008, Bruylatn & LB2V, Bruxelles & Paris, 2010, p. 255.

<sup>4</sup> U. Spellenberg, C.N. Himonga, K. Adjamagbo-Johnson, *Recent developments in succession law*, in *Law in motion* (coord. Roger Blanpain), Kluwer, 1997, pp. 720-736.

<sup>5</sup> G. Fotino, *Etude sur la situation de la femme dans l'ancien droit roumain*, in « Revue historique de droit français et étranger » no. 1/1931, pp. 52-79.

<sup>6</sup> Al. Oțetelișanu, *Dreptul de succesiune al soțului supraviețuitor*, Bucarest, 1912, pp. 44-58 et 91-93; D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul III partea a 2-a (Succesiunile ab intestat), Socec, Bucarest, 1912, pp. 188, 198-200 și 213; Dem.D. Stoenescu, *Observație* à C.Ap. Craiova I, déc.no. 151/1923, in „Pandectele Române” 1924.II.33; M.G. Rarincescu, in *Curs de drept civil pentru anul IV licență. Succesiunile (ab intestate și testamentare) și donațiunile*, Bucarest, 1945, p. 117-118; Al. Oțetelișanu, *Curs de drept civil comparat. Materia specială. Dreptul de succesiune al soțului supraviețuitor în dreptul comparat* (lito), Bucarest, 1947, pp. 79-90; I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român*, vol. III: *Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente*, Socec, Bucarest, 1948, p. 252 no. 601; I. Bardoczi, *Marchează codul civil din 1864 o evoluție în materia drepturilor successorale ab intestato ale soțului supraviețuitor?*, in SUBB 1/2013, online : <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=530>.

- <sup>7</sup> „Văduva care, având copii, nu se va mai recăsători, va lua din averea mortului ei bărbat parte cât un copil, spre întrebuințare numai [...]”.
- <sup>8</sup> „Însă dacă o femeie, fiind bogată, n-au adus zestre în casa bărbatului ei, nu va lua partea aceasta. Asemenea și bărbatul care, fiind bogat, n-au dat darul nuntesc femeii sale”.
- <sup>9</sup> „Femeia săracă, având până la trei copii de la mortul ei bărbat, va lua o a patra parte din curată averea lui, spre întrebuințare; iar de va avea mai mulți copii, va lua numai partea cât un copil, după analoghie, spre întrebuințare”.
- <sup>10</sup> Al. Degré, *Văduva săracă, când capătă o parte numai în uzufruct (art. 684 c.c. alin. I și II), succede ea cu titlu universal? Când primește o parte în plină proprietate (art. 684 alin. III c.c.), răspunde ea ultra vires? [...]*, in *Scrieri juridice*, vol. I, Gutenberg, Bucurest, 1900, p. 171.
- <sup>11</sup> Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Cartea Romaneasca, 1921, p. 218-219.
- <sup>12</sup> V. M.D. Bob, *Succession et famille – Rapport roumain aux Journées roumaines de l'Association „Henri Capitant” des amis de la culture juridique française*, in SUBB no. 3/2010, online <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=352>, no. 5 et in *Les successions – Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées roumaines*, tome LX/2010, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 204-205
- <sup>13</sup> « Când bărbatul moare și văduva sa nu are avere, dânsa ia o porțiune virilă în uzufruct, din succesiunea bărbatului, dacă acesta are descendenți.  
Când bărbatul lasă un singur descendent, porțiunea femeii în succesiune va fi numai de a treia parte. Acest drept începe de la epoca încetării uzufructului legal.  
Când bărbatul lasă rude de sus sau de alături, atunci femeia succede la o porțiune în plină proprietate din varea mortului ».
- <sup>14</sup> V. les détails chez Bardoczi, *loc. cit. supra*.
- <sup>15</sup> C'est ce que les auteurs roumains du XIX<sup>ème</sup> siècle ont cru voir dans les sources historiques de l'art. 684 : les Nouvelles 53 et 117, les Basiliques (C. 28 t. 12) et le Hexabiblos de Constantin Harmenopoulos.
- <sup>16</sup> Al. Otetelișanu, *Curs ...*, *cit. supra*, pp. 91 et 158.
- <sup>17</sup> Degré, *op.cit.*, pp. 177-178.
- <sup>18</sup> G.P. Petrescu, *Successiunile vol. I Successiunile regulate sêu legitime și successiunile neregulate ...*, Tip. Gutenberg, Bucurest, 1895, p. 280.
- <sup>19</sup> Alexandresco, *op.cit.*, p. 204.
- <sup>20</sup> *Id.*, p. 205.
- <sup>21</sup> *Id.*, pp. 213-214.
- <sup>22</sup> V. aussi Cantacuzino, *op.cit.*, p. 224; M.G. Rarincescu, *Curs de drept civil pentru anul IV licență. Successiunile (ab intestate și testamentare) și donațiunile*, Bucurest, 1945, pp. 116-117; Rosetti-Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 253 no. 603; v. aussi p. 694 no. 1688.
- <sup>23</sup> P. Voirin, *La famille et l'héritage*, în vol. *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Sirey, 1930, p. 154; Fr. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 1997, pp. 15-16, 18, 27-28. Pour la sociologie de la famille en Roumanie, v. M.D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul cod civil*, Universul juridic, Bucurest, pp. 47-48.
- <sup>24</sup> D. Alexandresco, *op.cit.*, p. 188.
- <sup>25</sup> Voir le bel exposé de motifs contenu dans le Rapport présenté par le ministre de la Justice, publié dans le Moniteur officiel no. 133 du 10 Juin 1944, pp. 4491-4492 et dans la revue „Notariatul public” no. 5-6/1944, pp. 75-76.
- <sup>26</sup> P. Catala, *La veuve et l'orphelin*, in *Mélanges Jean-Claude Soyser – L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p. 65.

## HÉRITIERS ET HÉRÉSIES JURIDIQUES<sup>1</sup>

Emese FLORIAN\*

**Résumé:** *Jusqu'à récemment, les héritiers, les successibles c'est-à-dire, constituaient une présence discrète dans les réglementations concernant les relations de famille.*

*Le mariage et la filiation, les sujets de premier ordre du droit de la famille, supposent un contexte inter vivos et, forcément, ils ont une signification complètement différente vues de l'angle de „la famille successorale”. Ainsi les héritiers, des acteurs dans des rôles secondaires, dépourvus de sensationnel et avec des accessoires juridiques minimales, devaient mener à bien – dans le meilleur des cas – ce qui avait commencé et le héros principal n'a pas eu le temps de finir : l'action en justice ayant comme objet la filiation. Le dogme du caractère strictement personnel de la manifestation de volonté ou, le cas échéant, du droit d'agir dans l'écrasante majorité des situations concernant le sphère d'intérêt du droit de la famille – une autre manière d'affirmer du fait que l'initiative de faire usage d'une certaine prérogative implique des évaluations complexes, délicates et, pourquoi pas, d'assumer évidemment la responsabilité du geste – rendait hermétique le cercle familiale tel qu'il était configuré à la date de l'ouverture de la succession.*

*Le nouveau Code civil n'a pas apporté des changements sur l'algorithme de la succession légale : la vocation successorale générale est reconnue au conjoint survivant et aux parents du défunt, les principes de la dévolution légale de la succession – les règles de la priorité des ordres, de la proximité du degré de parenté et du partage par tête – ont été maintenus tel qu'ils ont trouvé la consécration dans les réglementations antérieures. Cependant, malgré son inertie apparente, le droit successoral est plus „vif” qu'avant grâce aux (et, parfois, à cause des) possibilités offertes aux héritiers par la médiation des normes de droit de la famille, de repenser le statut marital ou généalogique du défunt.*

*Nous nous sommes proposé d'apporter à votre connaissance deux hypothèses, démonstratives, „de l'évolutionnisme” juridique: le droit des héritiers de poursuivre l'action de divorce („En divorce avec le conjoint survivant”) et le droit à l'action des héritiers en matière de filiation („en devenant parent post mortem”).*

**Mots clés :** *famille, filiation, succession légale, conjoint survivant, divorce*

Jusqu'à récemment, les héritiers, les successibles c'est-à-dire, constituaient une présence discrète dans les réglementations concernant les relations de famille.

Le mariage et la filiation, les sujets de premier ordre du droit de la famille, supposent un contexte *inter vivos* et, forcément, ils ont une signification complètement différente vues de l'angle de „la famille successorale”. Ainsi les héritiers, des acteurs dans des rôles secondaires, dépourvus de sensationnel et avec des accessoires juridiques minimales, devaient mener à bien – dans le meilleur des cas – ce qui avait commencé et le héros principal n'a pas eu le temps de finir : l'action en justice ayant comme objet la filiation. Le dogme du caractère strictement personnel de la manifestation de volonté ou, le cas échéant, du droit d'agir dans l'écrasante majorité des situations concernant le sphère d'intérêt du droit de la famille – une autre manière d'affirmer du fait que l'initiative de faire usage d'une certaine prérogative implique des évaluations complexes, délicates et, pourquoi pas, d'assumer évidemment la responsabilité du geste – rendait hermétique le cercle familiale tel qu'il était configuré à la date de l'ouverture de la succession.

Le nouveau Code civil n'a pas apporté des changements sur l'algorithme de la succession légale : la vocation successorale générale est reconnue au conjoint survivant et aux parents du défunt [l'art. 963 alinéa. (1) du Code civil 2009, maintenant NCC],<sup>2</sup> les principes de la dévolution légale de la succession – les règles de la priorité des ordres, de la proximité du degré de parenté et du partage par tête (l'art. 964 NCC) – ont été maintenus tel qu'ils ont trouvé la consécration dans les réglementations antérieures.<sup>3</sup> Cependant, malgré son inertie apparente, le droit successoral est plus „vif ” qu'avant grâce aux (et, parfois, à *cause des*) possibilités offertes aux héritiers par la médiation des normes de droit de la famille, de repenser le statut marital ou généalogique du défunt.

Nous nous sommes proposé d'apporter à votre connaissance deux hypothèses, démonstratives, „de l'évolutionnisme” juridique: le droit des héritiers de poursuivre l'action de divorce („en divorce avec le conjoint survivant”) et le droit à l'action des héritiers en matière de filiation („en devenant parent *post mortem*”).

### **I. En divorce avec le conjoint survivant**

Bizarre mais plausible, l'énoncée „en divorce avec le conjoint survivant” peut-être mis sur le rôle du tribunal comme mention de la rubrique „l'objet de la cause”. Les données minimales de l'espèce sont déchiffrées rapidement: deux personnes ont été mariés (en fait ils le sont encore), l'un des époux a demandé le divorce, ensuite le décès de l'époux ou de l'épouse survient, mais le mariage n'a toutefois pas cessé – autrement le jugement ne continuerait pas; cela dit, le conjoint survivant est en divorce avec qui et quelle sera la solution du juge?

Le caractère strictement personnel du droit à l'action dans la dissolution du mariage est une des axiomes du droit de la famille et du droit processuel civil. Comme

la conclusion du mariage a lieu dans la présence personnelle des deux époux [l'art. 287 alinéa. (1) NCC] qui vont donner personnellement le consentement (l'art. 271 NCC), le divorce ne peut être demandé que par des époux (l'art. 917 du nouveau Code de procédure civile, maintenant NCPC)<sup>4</sup>, soit individuellement soit par tous les deux ensemble.

D'autre part, toujours comme résultat du caractère *intuitu personae* de l'alliance conjugale, le décès de l'un des époux, en tout temps pendant le mariage, marque la dissolution du mariage [l'art. 259 alinéa. (5) NCC]. „En tout temps pendant le mariage” veut dire, y compris, pendant la procédure de divorce, le décès de l'un des époux survenu pendant ces procédure mène à la même solution, c'est-à-dire à la constatation de la dissolution du mariage, mais comme une innovation de la nouvelle législation civile, avec un considérable écart, synthétisé par l'art. 380 NCC.

Conformément aux prévisions du texte cité, l'art. 380 NCC, (1) „ Dans la situation prévue par l'art. 379 alinéa (1) [le divorce pour faute pour des raisons considérables, l'art 373 let. b) NCC – n.n., E.F.], si l'époux demandeur décède au cours du procès, ses héritiers peuvent poursuivre l'action de divorce. (2) L'action poursuivie par les héritiers est admise seulement si le tribunal établit la culpabilité absolue de l'époux accusé”.

L'accompagnement de droit processuel est contenu dans l'art. 925 NCPC: „(1) Si pendant le divorce l'un des époux décède, le tribunal prendra connaissance de la dissolution du mariage et disposera, par arrêt définitif, la clôture du dossier. (2) Cependant, lorsque la demande de divorce est fondée sur la culpabilité de l'accusé et le demandeur décède pendant le procès, en laissant des héritiers, ceux-ci peuvent suivre l'action, que le juge admettra seulement si va constater la culpabilité absolue de l'époux accusé, autrement, on applique les dispositions de l'alinéa 1. (3) Pour l'introduction en cause des héritiers du conjoint demandeur, le juge fera l'application de l'art. 412 alinéa (1) point 1. (4) Le cas où l'action est poursuivie par les héritiers de l'époux demandeur, conformément à l'alinéa (2), le mariage est considéré dissolu quand on introduit la demande de divorce”<sup>5</sup>

Le législateur s'est avéré hésitant d'établir un repère pour la dissolution du mariage le cas d'admission de la demande de divorce dans l'action suivie par les héritiers de l'époux:

**Les conditions de la transmissibilité de l'action** sont strictement limitatives:

- le divorce se trouve inscrit sur un parcours judiciaire; la poursuite du „procès” n'est pas possible dans aucune des versions non-judiciaires du divorce (sur voie administrative ou par procédure notariale, l'art. 375-378 NCC);

- la dissolution du mariage a été demandée par la culpabilité exclusive de l'époux accusé, sur la raison de divorce prévu par l'art 373 let. b) NCC („à cause des

certaines raisons consciencieuses, les relations entre époux sont solennellement blessés et la poursuite du mariage n'est plus possible"). On ne peut pas considérer la prise en charge du jugement par les héritiers si le demandeur a exigé la dissolution du mariage par sa propre culpabilité exclusive pour cause de séparation de fait des époux qui a duré au moins deux ans [l'art. 373 let. c) NCC] et, à notre avis, pas dans le cas du divorce demandé pour faute commune.<sup>6</sup>

- l'époux survivant est celui auquel on reproche l'entière responsabilité pour l'échec du mariage;

- au moment de l'entrée dans l'arène judiciaire des héritiers, le procès est susceptible de poursuivre [la péremption de la demande (l'art. 416 NCPC) ou du litige (l'art. 423 NCPC) n'est pas intervenu].

**L'admissibilité de l'action.** Quant au dénouement de l'action poursuivie par des héritiers, celui-ci peut différer selon l'inspiration et l'adresse de ceux-ci dans l'exploitation des ressources probatoires avec des attributs persuasives:

- l'action va être admise seulement si les successibles du demandeur réussissent la preuve de la solidité de la demande de divorce, en convaincant sur la culpabilité exclusive du demandeur dans la dissolution du mariage [l'art. 925 alinéa. (2) NCPC]; le juge va prononcer la dissolution du mariage entre – à proprement parler- le défunt et le conjoint survivant mais, pour ne pas glisser sur un terrain transcendantal va „antidater” le moment de la dissolution du mariage, qui va être considéré celui de l'introduction de la requête de divorce [l'art. 925 alinéa. (4) NCPC];

- si le juge constate une répartition différente des culpabilités dans le compromis des relations conjugales que la prétendue culpabilité exclusive de l'accusé, soit en ce qui concerne la contribution égale des époux, soit concernant l'innocence de l'accusé, la solution judiciaire sera dirigée par „le normal” du droit commun dans la matière, c'est-à-dire le juge prendra connaissance de la dissolution du mariage et disposera, par arrêt définitif, la clôture du dossier [l'art. 925 alinéa. (1) NCPC]; le mariage s'est fini, et pas par le mécanisme de divorce mais par arrêt, la date étant celle du décès de l'époux demandeur [l'art. 259 alinéa. (5) NCC].

**Des évaluations.** La possibilité reconnue aux héritiers de l'époux de poursuivre, dans les conditions décrits par la loi, l'action mise en mouvement par leur auteur, a de son côté des raisons facile à distinguer et à s'approprier: c'est la voie par laquelle l'époux vivant peut perdre la vocation à la succession de son conjoint, comme sanction du fait que le conjoint accusé est, en effet, aux torts exclusifs pour la dissolution du mariage.

Si l'action poursuivie par les héritiers du défunt est achevée afin d'admettre l'action – en constatant la culpabilité exclusive de l'époux accusé – le mariage va être considéré dissolu au lieu de constater son arrêt à la date du décès du conjoint demandeur, de sorte que, du point de vue du droit successoral, à l'ouverture de la

succession, „l'époux" vivant n'avait pas le statut d'époux<sup>7</sup>. Tel qu'on a affirmé dans la littérature de spécialité, ainsi on supprime le „paradoxe moral"<sup>8</sup> que l'unique époux coupable de la détérioration des relations conjugales hérite celui qui, en lui reprochant ça, a demandé le divorce, mais il n'a pas eu la patience de mener à bien son approche judiciaire. Dans le cas contraire, si les preuves ne démontrent pas la culpabilité exclusive de l'accusé, l'action poursuivie par les héritiers du demandeur va être rejetée et, parce que cette fois-ci le mariage est fini par le décès de l'un des époux, on garde les droits successoraux de l'accusé, l'époux survivant.<sup>9</sup>

La justesse de l'objectif poursuivi par le législateur ne croyons pas qu'elle puisse être contestée.

Néanmoins, en regardant „le sillage de la manœuvre juridique", la transmissibilité de l'action de divorce ramène à la surface, par sa nouveauté, quelques aspects difficiles de gérer dans les paramètres du droit commun en matière de divorce. Ainsi:

**Les héritiers du demandeur.** Qui sont les héritiers légitimes à suivre l'action de divorce? Certainement, autres que l'époux accusé<sup>10</sup> mais sont-ils concernés – car la loi ne distingue pas – tous ceux qui, en vertu de la loi ou du testament acquièrent, en tout ou en partie, le patrimoine d'une autre personne à son décès?<sup>11</sup> ou, en considérant que l'action de divorce présente des signes résiduels – dans les conditions données – du caractère strictement personnel du droit d'action, on doit supposer que le législateur „a pensé" seulement aux héritiers légaux – ils font, sans doute, partie de la famille *de cuius* – et pas aux testamentaires?

Ensuite, sont invités à exercer le droit à l'action seulement les héritiers avec une vocation concrète ou tous ceux qui ont vocation à la succession laissée?

Est-ce que a droit à l'action y compris „l'indigne" d'héritier et (le cas échéant) a ou pas importance la distinction entre l'indignité de droit et celle déclarée par arrêt (l'art. 958, l'art. 959 NCC)?

Est-ce que l'acceptation de la succession est une condition de l'admission du droit de poursuivre l'action de divorce? vice-versa, l'exercice de l'action peut acquérir la signification de l'acceptation tacite de la succession selon l'art. 1.108 alinéa. (3) NCC?

Si la succession est vacante, le droit à l'action passera sur la commune, la ville ou, le cas échéant, la municipalité du lieu d'ouverture de la succession? (l'art. 439 NCC)?<sup>12</sup>

Une remarque spéciale concernant les héritiers - descendants de la partie ou des parties. Ceux-ci détiennent l'avantage de la vocation légale à la succession avant d'autres parents, mais ils doivent supporter le concours de l'époux survivant. Si l'époux survivant est „tiré de la compétition", la succession (légale) revient, entièrement, aux descendants. Un tel enjeu pécuniaire, peut augmenter l'intérêt

de ceux-ci pour continuer l'action. Certainement, la décision des descendants „d'intervenir” dans le procès de divorce des parents ou du parent n'aurait rien d'illicite; mais la singulière équation processuelle à une émanation d'un malaise indéniable. Le but que le législateur poursuit par la consécration de la transmissibilité de l'action de divorce, celui de „supprimer le paradoxe moral” que l'époux responsable pour la crise conjugale crée hérite l'époux „innocent” par le hasard de l'évènement qui a eu lieu avant que le procès de divorce ait été achevé, peut-être à l'origine d'un autre „paradoxe moral”, torturant aussi, de l'implication active des descendants dans le processus de divorce des parents.

On a obtenu peut-être – sûrement, sans avoir proposé, une „novation” des „paradoxes moraux”? Nous craignons que oui. Au-delà des sensations, impressions et d'autres états impossibles à soutenir avec des arguments de texte (légal), on parle ici sur la position entre parenthèses des certains devoirs ou obligations contenues dans des normes juridique: „l'enfant doit respect à ses parents quoique soit son âge” (l'art. 485 NCC). En protégeant l'efficacité de devoir de respect, dans les causes sur le divorce la loi interdit toujours l'écoute comme témoins des descendants (l'art 190 C.pr.civ., respectivement l'art. 310 NCPC), quoique soit l'âge et quoiqu'ils soient des descendants communs des époux ou des descendants de l'un des époux. D'un autre côté, la même loi, par l'art. 380 NCC et l'art. 925 NCPC, permet la participation des mêmes „enfants” comme partie dans le processus de divorce des parents (?!).<sup>13</sup>

**La date de la dissolution du mariage** est considérée celle de l'introduction de la demande de divorce [l'art. 925 alinéa. (4) NCPC], par dérogation tant de la règle de la dissolution du mariage au décès de l'un des époux [l'art. 259 alinéa. (5), l'art. 925 alinéa. (1) NCPC], que de celle de la dissolution (judiciaire) du mariage de l'instant de la décision finale du tribunal [l'art. 382 alinéa. (1) NCC]. Par une double fiction – le divorce et la date à laquelle a eu lieu – la sorte de la vocation successorale juridique du ex-époux est irrémédiablement scellée.

Seulement que „la manipulation” de la date à laquelle se produisent les effets du divorce peut entraîner des victimes collatérales, d'une manière ironique – dans l'ambiance du „pédocentrisme législatif”<sup>14</sup>, juste parmi les enfants. La présomption de paternité indique l'époux de la mère comme père de l'enfant né ou conçu pendant le mariage [l'art. 414 alinéa. (1) NCC]. L'enfant né après 300 jours<sup>15</sup> depuis la date, parlant d'une manière générale, de la dissolution du mariage, sort de sous la protection de la présomption de paternité, il n'est pas considéré conçu pendant le mariage. Ou, si une partie „du temps de mariage” *de iure* et *de facto* est „découpé” seulement *de iure*, l'enfant conçu dans l'espace entre l'introduction de la demande de divorce et le décès de l'un des parents, peut-être nommé enfant hors mariage dans la manière la plus bizarre possible: selon les constatations du tribunal concernant la culpabilité de chacun des enfants dans la dissolution du mariage. Par exemple, l'époux accusé de la

faute duquel le divorce a été prononcé, n'est plus suppose le père de l'enfant né a moins de 300 jours avant la date du décès de la mère demandeuse, mais a plus de 300 jours de la date de la présentation de la demande de divorce; dans le cas du même enfant, si n'avait pas constaté la culpabilité exclusive de l'accusé, ou dans quelque situation qui avait empêché l'achèvement du procès de divorce en contradictoire avec les héritiers de la mère (la situation de la renonciation au jugement, par exemple)<sup>16</sup>, l'enfant aurait le statut d'enfant du mariage. La malchance de l'enfant est difficile à gérer du point de vue juridique: Est-ce qu'il est né sous la couverture de la présomption de paternité de l'époux de la mère qu'il a perdu ensuite (par quels mécanismes? sur quelle base juridique? et ainsi de suite), ou dès le début il n'a pas eu la filiation paternelle établie selon la loi (comment on peut argumenter la passivité de la présomption de paternité dans sa situation?). La situation d'un enfant d'un mariage nul ou annulé est claire: dans tous les cas, quel que soit la base de la dissolution du mariage et *indépendamment de la bonne ou mauvaise foi des parents* au moment de la clôture du mariage, avec toutes ses conséquences (l'art. 305 NCC).

D'un autre côté, la date „retro-anticipative” du divorce peut être d'un aide imprévu même à l'époux responsable pour la dissolution du mariage: s'il s'est remarié après la mise en mouvement de l'action de divorce, il ne doit pas avoir des soucis, pénaux ou civils, en ce qui concerne la bigamie.

**„La remise processuelle”** – n'est pas une institution, mais l'essai de décrire la situation dans laquelle, à côté de la culpabilité exclusive de l'accusé, il y aussi une demande reconventionnelle de divorce, aussi de culpabilité exclusive.

Les conditions de la poursuite de l'action de divorce par les héritiers de l'époux demandeur sont assez clarifiants pour une „prise en charge” processuelle douce chaque fois que le litige est configure dans les paramètres du modèle de base: il y a une demande de citation et un seul accusé, défensif contre les allégations du demandeur.

Lorsqu'il y a aussi une demande reconventionnelle de divorce, l'action de divorce rassemble deux demandes de séparation différentes mais inséparables – la demande reconventionnelle de l'accusé s'adresse au même tribunal et sera jugée ensemble avec la demande du demandeur [l'art. 916 alinéa. (2) NCPC] – et tous les deux „protagonistes” ont la qualité tant de demandeur que d'accusé; le juge prononcera un seul arrêt mais avec des solutions différentes, contenues dans le dispositif, concernant la demande principale et celle reconventionnelle.<sup>17</sup>

Parce que la transmissibilité de l'action de divorce a lieu seulement dans le cas de décès du demandeur, pas de l'accusé [l'art. 925 alinéa. (2) NCPC], le décès de n'importe quel des époux avant l'achèvement de la question a, en raison de la double qualité de chacun, tant de demandeur que d'accusé, ainsi de l'indivisibilité de l'état de mariage, des conséquences juridiques irréconciliables: d'une partie, dans la demande dans laquelle *de cujus* figurait comme accusé serait, une solution impérative, la

clôture du dossier, en constatant la dissolution du mariage [résulte de l'interprétation *per a contrario* de la prévision de l'art. alinéa. (2) NCPC corroboratif avec la disposition contenue à l'alinéa 1 du même texte]; d'une autre partie, dans la demande dans laquelle le même époux, défunt, avait la position de demandeur, le jugement peut continuer et peut être achevé par une solution d'admission de la demande de divorce de la culpabilité exclusif de l'époux vivant, la situation dans laquelle le mariage va être considéré dissolu à la date de l'introduction de sa demande de divorce. Autrement dite, le sort du mariage est susceptible de recevoir – compte tenu de l'accumulation des demandes de divorce, chacun a sa solution – deux solutions différents, en impliquant des effets juridiques différents: l'arrêt du mariage, et, en même temps, la dissolution de celui-ci. À l'inverse de la chronologie processuelle, aura lieu la dissolution du mariage qui s'est arrêtée par le décès de l'un des époux.

Le statut imaginé par nous est en fait complètement ignoré par le législateur; ni la date de la dissolution du mariage, le cas de l'admission de la demande reconventionnelle de divorce poursuivie par les héritiers de l'époux, ne bénéficie pas d'une indication particulière. On considère que la dissolution du mariage ne doit pas être rapportée, dans cette configuration processuelle, à la date de la demande introductive, mais au moment où l'accusé-demandeur reconventionnel formule sa propre demande de divorce.

On doit préciser que, pour les raisons de divorce parues après le commencement des débats sur le fond dans la demande de divorce du demandeur, on peut faire la demande reconventionnelle de l'accusé directement au juge investi avec le jugement de l'appel [l'art. 916 alinéa. (3) NCPC], et la date de la rédaction de la „contre-demande” pourrait être, dans les circonstances soumises à la discussion, la date de la dissolution du mariage.

Pratique et essentiellement, la présence de la demande reconventionnelle de divorce dans une situation dans laquelle est possible la transmission de l'action exige réponse à la question suivante: est susceptible de poursuivre l'action de divorce dans la demande de l'époux défunt même si dans la demande de divorce de l'époux survivant le tribunal a disposé, définitivement, la clôture du dossier?

En ce qui nous concerne, entrerait en question les suivants lignes de raisonnement – unis par le même inconvénient, celui que la soutenance des textes de loi est, dans le meilleur des cas, douteuse:

- n'est pas possible la poursuite de l'action de divorce, par exception de la faculté ouverte par l'art 380 NCC, car le décès de l'un des époux entraîne la clôture du dossier de la cause [l'art. 925 alinéa. (1) NCPC] et pas „la clôture de la demande” dans laquelle celui-ci est accusé; tout d'abord la qualité d'accusé du défunt, détachée de sa qualité de demandeur;

- la transmissibilité de l'action de divorce doit être rapporté seulement au demandeur de la demande introductive, pas au demandeur de la demande

reconventionnelle – aurait une interprétation *ad litteram* des prévisions de l’art. 380 alinéa. (1) NCC, – inacceptable parce qu’elle refuse, par défaut, la fonction autonome de la demande reconventionnelle de l’hypothèse de travail.<sup>18</sup>

- Enfin, la solution, qui, à notre avis, doit être analysée attentivement, commence de la proposition *de lege ferenda* comme, dans les causes de divorce, la demande principale et reconventionnelle reçoivent une solution judiciaire unique et unitaire, et pas des solutions différents dans chacune des requêtes établies par le même arrêt; en bref, la proposition est que le juge se prononce sur le sort du mariage, soit pour le maintien du mariage soit pour sa dissolution, montrant la culpabilité ou l’apport des culpabilités de chaque époux, et pas concernant l’admission ou la réfutation de la requête principale ainsi que l’admission ou le rejet de la requête reconventionnelle. Avec ce „retouche”, si l’un des époux décède, le tribunal n’est pas dans la situation de constater l’arrêt du mariage qui concerne seulement l’une des requêtes, en poursuivant le jugement dans l’autre. Par conséquent, dans tous les cas dans lesquels les héritiers continuent l’action de divorce, le juge se prononcera sur le mariage aux fins des débats, soit pour fermer le dossier, en constatant l’arrêt du mariage si, de preuves administrés, ne ressort pas la culpabilité exclusif de l’époux survivant, soit pour la dissolution du mariage sur la date du décès de l’autre époux, de la culpabilité exclusif de l’époux survivant.

**En conclusion**, réitérons notre appréciation sur la préoccupation du législateur de protéger, y compris, le patrimoine, le conjoint innocent d’un mariage dissous, des préoccupations<sup>19</sup> parmi lesquelles on inscrit la consécration du caractère transmissible de l’action de divorce. La relation entre la norme juridique, normalité et normalisation est compliquée et parfois tumultueuse – comment nous avons réussi suggérer ci-dessus.

C’était possible sans l’innovation de la transmissibilité active de l’action de divorce ? On pense que oui.

La transmissibilité de l’action de divorce – entre autres nombreuses déficiences – n’offre pas une solution unitaire pour tous les causes dans lesquelles la question de la moralité de la vocation légale à la succession de l’époux survivant à des accents de sévérité: est susceptible de poursuivre seulement l’action de divorce fondée par des raisons solides innomées [l’art. 373 lettre. b) NCC], tandis que l’époux qui demande la dissolution du mariage *de sa propre culpabilité exclusive* [l’art. 373 lettre. c) NCC, l’art. 934 alinéa. (1) NCPC], en devenant „survivant” avant que l’arrêt de divorce reste définitive – a la vocation successorale assurée dans cette qualité, d’époux survivant.<sup>20</sup>

## II. Au nom de la vérité biologique

L’existence physique de chaque personne atteste le fait naturel de sa descendance biologique de deux parents; du point de vue juridique, l’institution de la

filiation, la source de l'architecture généalogique, se propose d'être la réflexion intra- et extrafamiliale de la liaison de „sang”.

En matière de succession légale, „seulement” l'existence biologique de la filiation et le lien de parenté par le sang avec *de cuius* n'est pas pertinent aussi longtemps que ce lien n'est pas doublé de „couverture” légale; seulement l'appartenance confirmée du point de vue juridique à une certaine famille soutient la vocation successorale.

Par tradition, le régime juridique des actions sur la filiation est ponctué par une procession de précautions et restrictions avec des fonctions de protection de la stabilité des situations juridiques créées; l'exclusivisme du droit à l'action mesurait soigneusement les chances „d'acquisition” ou „éviction” du statut familial motivés exclusivement ou prépondérante par la perspective d'acquisition des avantages successorales de l'existence d'une liaison de filiation ou d'espoir d'augmenter les bénéfices de la qualité de successible par l'enlèvement d'une (des unes) liens de parentés concurrents. L'établissement post-mortem de la filiation, vis-à-vis de la mère ou du père, déni de la paternité de l'enfant du mariage par les héritiers du père „réputé”, était possible dans la réglementation antérieure seulement d'une manière indirecte, par le prélèvement et la poursuite par les héritiers de l'action commencée par le titulaire du droit à l'action [l'art. 52 alinéa. (2), l'art. 54 alinéa. (2), l'art. 59 alinéa. (2) C.fam.].<sup>21</sup> N'ayant pas droit à l'action, mais seulement le droit de poursuivre ce que *de cuius* avait commencé, le démarche des successibles n'élevait pas des soupçons mercantiles – ce que ne signifie pas que les intérêts d'ordre pécuniaire manquaient, mais qu'ils étaient une manière d'expression sous-entendue du respect envers la volonté présumée du défunt, celle de mener à bien ce qu'il avait commencé.<sup>22</sup>

Le Code civil de 2009 a une vision entièrement différente sur le rôle des héritiers dans les actions concernant la filiation: ils acquièrent ne seulement l'action – ce qui suppose que le litige en déroulement au moment du décès de l'auteur – mais aussi le droit à l'action, c'est-à-dire le pouvoir de déclencher eux même l'action non exercée pendant la vie par *de cuius*.<sup>23</sup>

Le régime juridique unitaire des actions en matière de filiation – avec quelques déviations – permettre une conclusion primaire: les héritiers de n'importe quel titulaire du droit à l'action, dans n'importe quelle des actions concernant la filiation, soit dans la réclamation, soit dans la contestation, sont les titulaires subsidiaires du droit à l'action, prescriptible, invariable, dans une année de l'ouverture de la succession.

Le droit à l'action des héritiers dans cette matière peut recevoir une explication avec une certaine valeur persuasive en invoquant le droit d'une personne de connaître son identité biologique comme partie intégrante du droit fondamental à la protection de la vie privée, protégé par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>24</sup> D'un autre côté, du point de vue de celui ou de ceux contre

lesquels va la prétention des héritiers, on pense qu'on pourrait ergoter, avec la même légitimité et avec les arguments du même arsenal, dans le sens que le démarche des demandeurs est avec défiance rapporté au droit de l'accusé (des accusés) à la protection de la vie de famille protégé par le même art. 8 de la Convention. Illustrative est l'hypothèse du régime juridique de l'action dans le défi de la paternité commencée par le tiers qui prétend être le père biologique de l'enfant:

***Le tierce, ses héritiers et le droit de denier la paternité de l'époux de la mère***

Comme il est bien connu, la paternité de l'enfant né ou conçu pendant le mariage est attribuée, *ope legis* à l'époux de la mère. *Pater ist est quem nuptiae demonstrant*. En tenant compte des faits incertaines, la présomption résumée dans l'adage de Paulus ne peut pas recevoir une valeur absolue mais, pour des raisons évidents, ni être „manipulée” comme toute présomption „ordinaire”, seulement en fournissant, par toute personne intéressée, de la preuve contraire. Le cercle de ceux qui ont droit de remettre en question la paternité de l'époux de la mère doit être restreint.

Conformément à l'art. 429 alinéa. (1) NCC, „ L'action dans le déni de la paternité peut être commencée par l'époux de la mère, par la mère, par le père biologique, ainsi que par l'enfant lui-même. Elle peut être commencée ou, le cas échéant, poursuivie par les héritiers de ceux-ci, dans les conditions de la loi”. Quant à la viabilité temporelle du droit à l'action, dans le cas de celui-ci on applique la prescription extinctive dans un délai de 3 années pour l'époux de la mère et de la mère, le délai d'une année pour les héritiers de tous titulaires indiqués par l'art. 429 alinea. (1) NCC et imprescriptible pendant la vie rapporté au droit de l'enfant,<sup>25</sup> ainsi qu'au tierce présumé père biologique.<sup>26</sup>

Le père „putatif” et ses héritiers représentent des apparitions intéressantes et captivantes dans la cohorte des possibles demandeurs;<sup>27</sup> les brèves coordonnées du régime juridique du droit à l'action dévoile une certaine cajolerie de ces titulaires en comparaison avec le traitement prescrit aux autres personnes dans l'exercice du même droit subjective. Une précision importante dans l'économie des développements qui vont suivre; selon l'art. 432 alinéa. (1) NCC, „L'action dans le défi de la paternité introduite par celui qui prétend être le père biologique peut être admise *seulement si celui-ci constitue la preuve de sa paternité envers l'enfant*. (s.n. – E.F.). Ça représente une condition toute particulière d'admissibilité de l'action qui, pour les mêmes raisons, vaut être retenue, également, pour l'hypothèse de l'action exercée par les héritiers du tierce.<sup>28</sup>

***Des considérations générales.*** Est-ce qu'il fallait vraiment la consécration du droit à l'action du père biologique ainsi que de ses héritiers?

Dans les conditions où le même droit à l'action est à la portée de l'époux (le ex-époux), de la mère, de l'enfant, ainsi que des héritiers de chaque de ceux-ci, la validité du droit à l'action du tierce qui prétend être le père de l'enfant, plus, du droit

à l'action des héritiers de celui-ci est, à notre avis, excessive parce qu'elle mette entre parenthèses le droit à la protection de la vie familiale des personnes de la „trilatérale” qui a géré la présomption de paternité, droit fondamental garanti par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'art. 26 de la Constitution de la Roumanie. Le fait que, selon l'art. 432 (1) NCC, l'action du père biologique sera admise seulement si celui-ci fait la preuve de sa paternité concernant l'enfant est, dans ce contexte, sans importance dans le cas d'échec de la démarche de celui qui prétend être le vrai père avec toute la bonne foi du demandeur et avec tout l'intérêt de celui-ci, en supposant, sinon exclusivement pour le moins prépondérant de nature morale. Pratiquement, le problème de la véridicité de la présomption de paternité amène dans l'arène des débats judiciaires par les *tiers* ne peut pas être dissociée de l'un des devoirs emblématiques du mariage, celle de fidélité entre les époux [l'art. 309 alinéa. (1) NCC] et, même si l'un ou l'autre des époux aurait une vision différente sur la fidélité conjugale, le problème vise la vie intime, privée et familiale de celui-ci ou de ceux-ci.

Le discours de la légitimité du supposé père biologique de demander l'enlèvement de la paternité présumée de l'époux de la mère ne peut pas être construit, à notre avis, sur la même base du droit à la protection de la vie familiale<sup>29</sup> absolument dans la vertu d'une supposition de celui-ci dans le sens que lui, et non le présumé, serait le père de l'enfant;<sup>30</sup> moins crédible est l'invocation de ce thème en ce qui concerne le droit à l'action des héritiers du père biologique.

En tout cas, si, en dehors „du soupçon légitime”, le tiers compte être le vrai père aurait l'argument de la vie de famille „*de facto*” à côté de l'enfant, il nous semble invraisemblable que le désaveu de la paternité présumée, qui s'oppose à la légalisation du lien de sang entre cet homme et l'enfant, soit en relation de dépendance avec l'initiative du père „putatif” ou à ses héritiers; l'action dans le déni de la paternité se trouve à la portée d'un cercle assez étendu des personnes et, une fois la présomption supprimée, le père biologique peut reconnaître l'enfant ou, si ce n'aurait pas possible en raison de son décès, la paternité vis-à-vis de celui-ci pourrait être établie par le tribunal.

D'autre part, si le législateur a eu en vue juste l'hypothèse de la vie de famille qui existait seulement dans sa dimension factuelle, et par le droit à l'action reconnu au tiers - le prétendu père biologique a poursuivi assurer une voie supplémentaire de répudiation de la présomption de paternité afin de donner chance à la légalisation de la filiation réelle de l'enfant – y compris la situation de la passivité de tous les autres titulaires du droit à l'action – une telle voie ne devait pas „réinventée”, elle existant sous la forme de l'action dans la contestation de la filiation établie par un acte de naissance qui n'est pas en conformité avec la possession de l'état, avec le droit de l'action, imprescriptible extinctif, reconnu à toute personne intéressée (l'art. 421 NCC) – et le père biologique satisfait cette exigence.

**Quelques observations.** Tout d'abord on remarque que, en ce qui concerne l'enfant décédé qui a perdu la paternité présumé par l'effet de l'arrêt d'admission de l'action dans le déni – promue par un autre titulaire que le père biologique ou ses héritiers – la reconnaissance de filiation qui interviendrait après le décès de l'enfant suppose, sous peine de nullité, que celui-ci, c'est-à-dire l'enfant, ait laissé „des descendants naturels”<sup>31</sup> [l'art. 415 alinéa. (2) et (3), l'art. 418 lettre b) NCC]; la raison est, tel qu'on a montré dans la doctrine,<sup>32</sup> de décourager les reconnaissances intéressées exclusivement du point de vue de la vocation à la succession laissée par l'enfant.

Le moment où l'action dans le déni de la paternité est commencée par le père biologique ou par ses héritiers après le décès de l'enfant – action qui, si est admise, a comme effet l'établissement de la paternité du tiers même s'il y a ou pas des descendants de l'enfant prédécédé – il n'y a pas le même filtre de protection, ce qui constitue une éventuelle „brèche” qui pourrait être exploitée par celui qui cherche exclusivement de se procurer l'appel à la succession de l'enfant.

Étant donné l'autorisation du père biologique, imprescriptible extinctif pendant sa vie [l'art. 432 alinéa. (2) NCC], ainsi que le droit à l'action de ses héritiers [l'art. 429 alinéa. (1) NCC], plus, dans le cas du père biologique mis sous interdiction judiciaire peut commencer l'action le tuteur aussi [l'art. 429 alinéa. (3) NCC], la présomption de paternité de l'enfant du mariage, milieu d'établissement de la filiation naturelle, est plus exposée que la présomption de paternité de l'enfant hors mariage prévue par l'art. 426 NCC, quoique ce dernier soit „un infime” moyen d'épreuve: pendant que la filiation paternelle de l'enfant conçu ou né pendant le mariage de la mère, ce qui est juste, appliquée conformément à la loi, peut être „attaquée” par un nombre important des titulaires, dans le cas de la présomption de paternité hors mariage, une fois démontre le fait de la cohabitation de la mère avec le présumé père dans le temps légal de la conception, la présomption ne peut pas être écartée que par l'accusé, le présumé père et seulement dans le cadre du procès ayant comme objet l'établissement de la paternité.

Sans douter des bonnes intentions du législateur qui a jugé nécessaire consacrer le droit à l'action du présumé père biologique, ainsi que de ses héritiers, comme un outil au service de l'intérêt supérieur de l'enfant d'établir la paternité en conformité avec la vérité biologique, nous pensons que „l'outil” en question, tel qu'il est configuré y compris en ce qui intéresse le régime juridique du droit à l'action, est susceptible de menacer l'intérêt même de l'enfant, l'intérêt de celui-ci à l'établissement de l'état civil.

Aussi longtemps que ni l'époux de la mère, ni la mère dans son propre nom ou dans le nom de l'enfant, ni même l'enfant – dont le droit à l'action est aussi imprescriptible pendant la vie [l'art. 433 alinéa. (2) NCC] – n'a pas eu l'initiative, et l'état civil de l'enfant résultant de son acte de naissance est en conformité avec la possession de l'état, selon nous, l'autorisation de celui qui prétend être le parent

biologique d'agir en tout temps, y compris après le décès d'enfant et même si celui-ci n'a pas laissé des descendants naturels, peut devenir „un outil” qui peut être facilement détourné du but poursuivie par le législateur.

„Le détail” de l'imprescriptibilité du droit à l'action du tiers pendant sa vie [l'art. 432 alinéa. (2) NCC] est, nous nous permettons d'affirmer, complètement exagéré, dans les conditions dans lesquelles le premier intéressé de l'enlever une paternité qui ne lui revient pas – l'époux de la mère, et la mère de l'enfant, ont le droit à l'action sous la pression du délai de prescription de 3 ans [l'art. 430 alinéa (1), respectivement l'art. 431 alinéa (1) NCC].<sup>33</sup>

Quant aux héritiers du tiers – ou d'un autre titulaire – dans l'ombre de leur droit à l'action quelques questions contestent la primauté, en dissimulant l'embarras de l'auteur de n'avoir pas trouvé réponse:

- qui sont-ils „les héritiers”? Tous ceux qui en vertu de la loi ou du testament acquièrent, entièrement ou partiellement, le patrimoine d'une autre personne au décès de celle-ci,<sup>34</sup> lorsque la loi ne fait pas la distinction? Ou, car la démarche des héritiers, en matière de filiation, semble être destinée à la mise en place „de la vérité biologique”, on doit supposer que le législateur „a pensé” seulement aux héritiers légaux – ils sont partie, surement, de la famille *de cuius* soit comme parents, soit comme époux survivant – pas aux ceux testamentaires?

- sont invités à exercer le droit à l'action seulement les héritiers avec une vocation concrète, ou tous ceux qui ont vocation à la succession laissée?

- a droit à l'action y compris celui „indigne” à hériter et (le cas échéant), a ou pas importance la distinction entre l'indignité de droit et celle déclarée par arrêt (l'art. 958, l'art. 959 NCC)?

- l'acceptation de la succession est condition de l'acquisition du droit à l'action en matière de filiation? Et au contraire, l'exercice de l'action peut acquérir la signification de l'acceptation tacite de la succession dans le sens de l'art. 1.108 alinéa. (3) NCC?

- si la succession est vacante, le droit à l'action va passer sur la commune, la ville ou, le cas échéant, le municipalité du lieu d'ouverture de la succession – pour identité de raison avec légitimité passive expresse en matière de filiation des entités évoqués (l'art.439 NCC)?<sup>35</sup>

**Au lieu de conclusions**, seulement *iocandi causa*, si la filiation est la cause et la vocation successorale est l'effet, mais l'effet peut précéder la cause, a été peut-être abrogée „la loi de la causalité”

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Maître de conférences, Faculté de Droit, Université „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca ; [emese\\_florian@yahoo.com](mailto:emese_florian@yahoo.com).

- <sup>2</sup> Loi n° 287/2009 sur le Code civil, republiée (le Journal Officiel de Roumanie, 1<sup>ère</sup> partie, n° 505 de 15 juillet 2011).
- <sup>3</sup> Pour développer, voir **M. Bob**, Problèmes de successions dans l'ancien et dans le nouveau code civil, Ed. L'Univers Juridique, Bucarest, 2012, plus particulièrement p. 33-35.
- <sup>4</sup> Loi n° 134/2010 sur le Code de procédure civile, publiée dans le Journal Officiel de Roumanie, 1<sup>ère</sup> partie, n° 485 de 15 juillet 2010, modifiée et complétée par la Loi n° 76/2012 pour la mise en application de la Loi n° 134/2010 sur le Code de procédure civile, publiée dans le Journal Officiel de Roumanie, 1<sup>ère</sup> partie, n° 365 de 30 mai 2012.
- <sup>5</sup> Le législateur s'est avéré hésitant d'établir un repère pour la dissolution du mariage le cas d'admission de la demande de divorce dans l'action poursuivie par les héritiers de l'époux: selon l'art. 382 alinéa (2) NCC, par dérogation de la règle de dissolution de mariage du moment où l'arrêt par lequel le divorce a été prononcé est resté définitif [l'art. 382 alinéa. (1) NCC], si l'action est poursuivie par les héritiers de l'époux demandeur, le mariage est considéré dissolu à la date *du décès*; l'art. 925 alinéa. (4) NCPC, republié avec les modifications apportées par la Loi n°76/2012 pour la mise en application de la Loi n°134/2010 sur le Code de procédure civile (publiée dans le Journal Officiel de la Roumanie, 1<sup>ère</sup> partie, n°365 de 30 mai 2012) devance la date de la dissolution du mariage, établissant le fait que la date de l'introduction de la demande de divorce est celle de la dissolution du mariage. En regard à ces évolutions législatives, apprécions le fait que les prévisions de l'art. 382 alinéa (2) NCC concernant le moment de la dissolution du mariage ont été modifiées par défaut.
- <sup>6</sup> Dans le sens que l'action de divorce est susceptible de poursuivre et le cas de la demande de dissolution du mariage de la culpabilité commune des époux, voir **G.C. Frențiu**, Des commentaires et doctrine, l'art. 380, dans le tome le Nouveau Code civil. Des commentaires, doctrine et jurisprudence, Collectif, Editura Hamangiu, Bucarest, p. 547, n° 2. Nous sommes réticents à partager le point de vue de cette appréciée auteur: si la demande de divorce a été promue par la culpabilité commune des époux et, jusqu'à la date de décès du demandeur, n'a pas été modifiée dans le sens de la „séparation” de la culpabilité des deux époux, l'instance n'est pas autorisée à prononcer *ultra petita*, elle ne peut pas accorder plus (ou autre chose) de ce qu'on a demandé [l'art. 397 alinéa. (1) NCPC] – c'est-à-dire, en „ espèce”, de constater la culpabilité exclusive de l'époux accusé aussi longtemps on a demandé la consécration des culpabilités matrimoniaux concurrents -, ou l'admissibilité de l'action poursuivie par des héritiers est conditionnée par la preuve de la culpabilité commune des époux, en cas de décès de n'importe qui d'entre eux, l'instance va appliquer l'art 925 alinéa. (1) NCPC c'est-à-dire, prenant note de la dissolution du mariage, va disposer, par arrêt définitif, la clôture du dossier.
- <sup>7</sup> Pratiquement, les effets de l'arrêt de divorce sont rétroactifs, ils ne se produisent pas quand l'acte de l'instance reste définitif – la règle en matière – mais a une date antérieure, celle de l'introduction de la demande de divorce, par cette „fiction” en satisfaisant les exigences de l'art 970 NCC selon lequel l'époux survivant hérite le décédé si, à la date de l'ouverture de la succession, il n'y a pas un arrêt de divorce définitif.
- <sup>8</sup> **Fl. A. Baias**, Commentaire, l'art. 380, dans le Nouveau Code civil. Commentaire sur les articles, par **Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei** (coordinateurs), Ed. CH Beck, Bucarest, 2012, p. 410, n° 1.
- <sup>9</sup> On entend, en ce qui concerne le sort du mariage, la solution est aussi l'arrêt de celle-ci pendant le décès de l'un des époux si celui-ci n'a pas laissé des héritiers ou si les héritiers ne souhaitent pas poursuivre le procès de divorce de son auteur.
- <sup>10</sup> **Fl. A. Baias**, Commentaire, l'art. 380, *loc.cit.*, p.410- 411, n° 2.
- <sup>11</sup> C'est la définition „de l'héritier” selon **M. Mureșan**, Dictionnaire de droit civil, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 427.

- <sup>12</sup> Parce que le législateur fait référence aux „héritiers laissés” par l’époux demandeur, ne croyons pas que la légitimation procédurale puisse entrer en discussion, dans cette matière, de la commune, de la ville ou de la municipalité dans le ressort duquel sont situés les biens à l’ouverture de la succession – des entités qui recueillent, en l’absence des héritiers légaux ou testamentaires le patrimoine du défunt [l’art. 963 alinéa. (3) NCC]. Au contraire, **Fl. A. Baias**, Commentaire, l’art. 380, *loc. cit.*, p.410- 411, n°2. Selon un avis, le législateur a en vue les héritiers légaux ou testamentaires, receveurs de la succession – **G.C. Frențiu**, Des commentaires et doctrine, l’art. 380, *loc.cit.*, p. 547, n° 3.
- <sup>13</sup> La jurisprudence française promeut le principe de l’incapacité de témoigner des descendants en matière de divorce, même s’il s’agit de l’enfant – en parlant d’une manière générale – commun des époux ou à l’un de ceux-ci, en refusant comme preuve y compris les dépositions des descendants prises dans le cadre de la police sur les conflits „domestiques” des époux – voir Cour de cassation, 1re civ., n° 10-27.460, 1 février 2012, avec note de **S. David**, dans A. J. Famille, N° 3, 2012, p. 147; Cour de cassation, 1re civ, n° 10-30.706, 4 mai 2011, avec note de **S. David**, dans A.J. Famille, N° 6, 2011, p. 322.
- <sup>14</sup> Allusion au fait que, dans le contenu des prévisions concernant la famille de NCC, Le livre II<sup>ème</sup>, mais aussi dans celui des certains actes normatifs consacrés aux droits de l’enfant (ainsi que la Loi n° 272/2004 sur la protection et la promotion des droits de l’enfant, publiée dans le Journal Officiel de la Roumanie, première partie, n°557 de 23 juin 2004) la phrase „l’intérêt supérieur de l’enfant” apparaît dans des contextes les plus divers et avec une fréquence „d’ incantation législative”.
- <sup>15</sup> La période indique la durée maximum de la grossesse, l’un des termes en fonction duquel la loi établit le temps légal de la conception (l’art. 412 alinéa. (1) NCC).
- <sup>16</sup> Ne croyons pas que la réconciliation des parties soit une idée digne de remettre en question.
- <sup>17</sup> **I. Deleanu**, *op. cit.*, p. 783, n°319.
- <sup>18</sup> L’admission d’une telle conclusion signifierait l’acceptation des conséquences: chaque fois que la demande principale ne peut pas être solutionnée sur le fond – parce que le demandeur a renoncé au jugement, la demande n’a pas été timbrée etc. – mais le jugement poursuit dans la demande reconventionnelle, restée l’unique support de l’action de divorce, la poursuite de l’action par les héritiers du demandeur ne soit „reçue” parce que, conséquent-inflexible, au moment de la saisie de l’instance *decurjus* avait la qualité de accusé, et pas celle de demandeur.
- <sup>19</sup> Nous avons en vue les droits du conjoint innocent aux réparations pécuniaires, c’est-à-dire le droit de celui-ci aux dédommagements (l’art. 388), le droit à l’entretien de son ex-époux (l’art. 389), le droit à la prestation compensatoire l’art. 390-395].
- <sup>20</sup> Et, dans ce contexte, nous nous demandons si les héritiers de l’époux qui avait demandé le divorce de sa culpabilité exclusive pour la séparation de fait qui a duré au moins 2 ans [l’art. 373 lettre. c) NCC, l’art. 934 alinéa. (1) NCPC] mais l’instance a été obligée de disposer la clôture du dossier en constatant l’arrêt du mariage [l’art. 925 alinéa. (1) NCPC] pourront se servir efficacement du fait avoué par leur auteur de la séparation de fait dans le contexte de la liquidation matrimoniale, pour obtenir la constatation de la cessation du régime matrimonial de type communautaire sur la date de la séparation de fait des époux [l’art. 385 alinéa. (2) NCC conjointement avec l’art. 355 alinéa. (3) NCC]?
- <sup>21</sup> Ces dispositions sont encore applicables chaque fois qu’on cherche la filiation d’un enfant né avant de l’entrée en vigueur du nouveau Code civil. Selon l’art. 47 de la Loi 71/2011 pour la mise en application du nouveau Code civil (publiée dans le Journal Officiel de la Roumanie, I<sup>ère</sup> partie , n° 409 de 10 juin 2011), l’établissement de la filiation, le déni de la paternité ou toute autre action sur la filiation est soumise au Code civil et produit des effets prévus par celui-ci seulement dans le cas des enfants après l’entrée en vigueur de la nouvelle loi.
- <sup>22</sup> Dans la littérature de spécialité on a affirmé que, dans le cas de la poursuite par des héritiers d’une action de filiation, „la loi a considéré qu’on doit protéger, tout d’abord, les intérêts patrimoniaux, pas ceux d’état

civil" - *I.P. Filipescu, A.I. Filipescu*, Traité de droit de la famille, 8<sup>ème</sup> édition révisée et complétée, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2006, p.392. Ignorons si le législateur a proposé quelque hiérarchie des intérêts, mais nous nous permettons d'apercevoir le fait que, dans le contexte, les intérêts d'ordre patrimonial sont des effets, et l'état civil est la cause, dans une équation dont les termes ne sont pas interchangeables. Dans le sens que par l'introduction ou la poursuite de l'action (dans le déni de la paternité - n.n., E.F.) par les héritiers du père, celui-ci renverse en partie le caractère, en devenant une action à caractère patrimonial", *C.C. Hageanu*, Le Droit de la Famille et les documents d'état civil, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2012, p. 218.

<sup>23</sup> Ne pas entendre que le droit à l'action des héritiers dans cette matière est une bizarrerie de notre Code civil; il est également consacré, par exemple, par l'art. 322 C. civ. fr., 537 C.civ. Q.

<sup>24</sup> La jurisprudence CEDO traite le droit à la connaissance de la propre identité biologique comme partie du droit à la protection de la vie privée, garanti par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour l'évolution hésitante de la Cour dans la qualification de ce droit – comme aspect de la vie privée, ou élément de la vie de famille, voir *S. Perrin*, Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH (1), A.J. Famille, n°1/2012, p. 23-26. Pour un récapitulatif des plus représentatifs situations de faits relatifs au droit de la personne de connaître son propre identité biologique, voir „*The right to know one's biological identity?*” dans „*Biotethics and the case-law of de Court*”, Research report, p. 44-50, European Court of Human Rights, 2012, accessible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Case-law – Case Law Analysis – Research Reports).

<sup>25</sup> Le terme „d'enfant” est utilisé par le législateur dans le sens de „descendant”, mineur ou majeur – l'art. 413 NCC.

<sup>26</sup> Nous réitérons la spécification selon laquelle les dispositions du Code civil de 2009 sur la filiation ne s'appliquent qu'aux enfants nés après l'entrée en vigueur de la Loi (l'art 47 de la Loi n° 71/2011 de mise en application du nouveau Code civil).

<sup>27</sup> Jusqu'à la rectification des dispositions de l'art 54 alinéa (2) C.fam. par la Loi n° 288/2007 pour la modification et la complétion du Code de la famille (publiée dans le Journal Officiel de la Roumanie Ière partie, n°748 de 5 novembre 2007) l'époux de la mère détenait le monopole du droit à l'action dans le désaveu de la paternité. Les dispositions en question ont été déclarées inconstitutionnelles „ne reconnaissent qu'au père et pas à la mère et à l'enfant né pendant le mariage, le droit de démanteler l'action dans le déni de la paternité” – La décisions n° 349/2001 de la Cour Constitutionnelle (Le Journal Officiel de la Roumanie, Ière partie, n 240 de 10 avril 2002).

<sup>28</sup> C'est une question d'interprétation de ceux déclarés par le texte de loi reproduit, l'art 432 alinéa. (1) NCC. *Stricto sensu* la preuve de la paternité de celui qui prétend être le père biologique se demanderait seulement si l'action est introduit par le préposé père biologique même, autrement, si l'action a été démarrée par son tuteur ou curateur, par des héritiers ou poursuivie par les héritiers, l'action serait admissible sans rechercher la question de la réalité de la prétention sur la paternité différente de celle présumée, en conséquence le père présumé pourrait être supprimé même si ne s'avère pas la filiation réelle du père envers le père biologique.

<sup>29</sup> Dans la pratique de l'instance de Strasbourg, la notion de „vie de famille” est comprise comme une liaison biologique et/ou juridique (parenté, mariage, adoption etc.) sur lequel se superpose une relation réelle, effective. En général, l'existence de la vie de famille est donnée par le cumul de ces deux éléments, mais prédominant c'est le caractère effectif, de substance, des liens personnelles réels, dans l'absence desquels devient discutable „l'ingérence” dans la vie de famille. Concernant la relation entre l'enfant et son père, La Cour déduit l'existence d'une vie de famille entre le père et le fils de la vie de famille entre le père et la mère, mais la liaison biologique, sans aucun élément de nature légale ou base sur les faits en mesure d'indiquer des relations personnelles proches, n'est pas suffisante pour attirer la protection de l'art. 8 de la Convention; même si le père est marié avec la mère, la vie de famille entre le

père et l'enfant dépend d'une certaine constance et engagement entre le père et la mère ou entre le père et l'enfant. Dans la vision de l'instance européenne, la sécurité des rapports juridiques et de famille autorise la légitimation „de la présomption générale” selon laquelle l'époux de la mère est le père de l'enfant nés par celui-ci; si un autre homme prétend la paternité de l'enfant né du mariage, est justifiée la solution des instances internes de donner importance aux intérêts de l'enfant et à la famille où il vit, que ceux de l'homme qui poursuit d'établir la liaison biologique avec l'enfant. Pour développer **C. Bîrsan**, op. cit., p. 446-449.

<sup>30</sup> Nous avons exposé le point de vue et à une autre occasion - **E. Florian**, Commentaire, l'art. 429, dans le Nouveau Code Civil. Commentaire sur les articles par **Fl. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei** (coordonnateurs), cit. supra, p.468-469. Les juges de la Cour de Strasbourg ont eu le même point de vue sur, c'est-à-dire que ne constitue pas une violation des droits consacrés par l'art. 8 de la Convention le refus des instances nationales de donner suite à la demande d'un tiers – suppose père biologique de rechercher la paternité d'un enfant qui jouit de filiation établie du point de vue juridique, incontestée par ceux directement intéressés, ainsi que les éléments de la vie de famille à côté de celui-ci „les yeux de la loi” est son parent. Voir les causes *Ahrenz v. Germany*, la demande n°45071/09, l'arrêt de 22 mars 2012, *Kautzov v. Germany*, la demande n. 23338/09, l'arrêt de 22 mars 2012, *Chavdarov v. Bulgaria*, la demande n° 3465/03 l'arrêt de 21 décembre 2010, toutes en Bioethics and the case-law of the Court, cit. supra, p. 48-50.

<sup>31</sup> C'est-à-dire plusieurs, et sans compter les possibles descendants adoptés – une interprétation rejetée pour bonne raison par la littérature. Voir **T. Bodoașcă, A. Drăghici**, La reconnaissance de la filiation dans la réglementation de la Loi n° 287/2009 sur le Code civil, Le Droit n° 11/2012, p. 45-46;

<sup>32</sup> **I.P. Filipescu, A.I. Filipescu**, op. cit., p. 375.

Une brève „archéologie juridique” relève le fait que tant l'existence de la condition des descendants naturels, que l'explication de celle-ci concerne les prévisions de l'art. 678 du Code civil de 1864, *en intéressant la matière des successions*, selon lesquelles „La succession de l'enfant naturel, décédé sans postériorité, revient à sa mère et en l'absence de sa mère, à ses parents les plus proches”, d'où la conclusion que la mère était intéressée de reconnaître l'enfant naturel après le décès de celui-ci pour pouvoir recueillir la succession laissée par celui-ci.- **C. Hamangiu, N. Georgean**, Le Code civil annoté, Edition SOCEC & Co. S.A.R, tome. II, p. 389-390; **C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu**, Traité de droit civil roumain, Ed. ALL Beck, Bucarest, 1996, tome. I, p. 312, nr. 824. Le code de la famille est venu comme un paradigme complètement différent, en matière de filiation en général, en comparaison avec quelle „proposée” par le Code civil; il est possible qu'en règlementant la reconnaissance de paternité, le législateur depuis 1954, a jugé nécessaire de prévenir quelque approche avec les dispositions de l'art. 678 C.civ (1864) dans la plus simple manière, c'est-à-dire insérant entre l'auteur de la reconnaissance et le décédé les enfants du défunt. L'idée, admise jusqu'à récemment par l'art. 57 alinéa. (1) C.fam., a changé le siège: l'art. 415 alinéa. (3) NCC. En ce qui nous concerne, la disposition contenue dans l'art. 415 alinéa. (3) NCC n'a fait qu'instituer, malheureusement, une présomption de cupidité du parent, sans liaison ou pas, de toute façon, dans une relation d'indiscutable dépendance avec ce qui constitue objet de préoccupation en matière de filiation naturelle, c'est-à-dire l'établissement de la filiation légale et biologique.

<sup>33</sup> C'est vrai, si admettons – et admettons – que la „relaxation” des règles de droit sur la filiation naturelle s'explique (et) par le droit d'une personne de connaître son identité biologique, la présence, „obstructionniste” de l'institution de la prescription extinctive devient embarrassant logique et moral: est-ce que la vérité biologique est prescriptible extinctif?

<sup>34</sup> C'est la définition „de l'héritier” selon ” **M. Mureșan**, op.cit., p. 427.

<sup>35</sup> Le procès dans lequel la commune, la ville ou la municipalité demande, en contradiction avec une autre commune, ville ou municipalité, ou – pourquoi pas, en contradiction avec soi-même – l'établissement de la paternité, trouverait certainement le lieu dans le registre des anecdotes.

**STUDII**

**L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE FAMILLE ET SES CONSÉQUENCES EN  
MATIÈRE SUCCESSORALE EN DROIT FRANÇAIS<sup>1</sup>**

Pierre BECQUÉ\*

**Résumé:** *Le droit français des successions et ses nombreuses réformes depuis le Code Napoléon sont très symptomatiques de l'adaptation des règles juridiques aux évolutions économiques, sociales et culturelles qu'a connue la famille.*

*La dévolution successorale dans le Code Napoléon est principalement déterminée par la loi, basée en principe sur les liens affectifs présumés du de cuius, mais surtout sur la parenté par le sang jusqu'au douzième degré. Durant des dizaines d'années, ce droit issu du Code Civil de 1804 ne va subir que des réformes par petites touches. Les bouleversements du contexte sociologique et économique entourant la famille ont apportés des réformes qui feront l'objet de notre analyse.*

**Mots clés:** *famille, succession légale, réforme, conjoint survivant*

Il m'a été demandé d'évoquer les conséquences en matière successorale de la notion de famille en droit français.

Je suis quelque peu inquiet d'avoir à traiter ce sujet devant l'un des grands spécialistes français du droit de la famille, Monsieur le Professeur Michel Grimaldi. Je parlerai sous son contrôle et il n'hésitera pas à corriger ou compléter mon propos.

Deux observations préalables :

- je pense que le droit français des successions et ses nombreuses réformes depuis le Code Napoléon sont très symptomatiques de l'adaptation des règles juridiques aux évolutions économiques, sociales et culturelles qu'a connue la famille.

- j'ai limité mon intervention aux conséquences de ces différentes évolutions en matière de succession légale, c'est-à-dire en l'absence de testament. Nous pourrions d'ailleurs retrouver des conséquences identiques et parallèles en matière de successions testamentaires et de libéralités, mais cela nous aurait amené à sortir du cadre général du sujet. Il n'y aura donc que peu d'allusions à ces deux domaines.

Je voudrais successivement évoquer les grandes lignes de l'évolution de de notre droit des successions et essayer d'expliquer cette évolution par les profondes modifications qui ont touché la notion même de famille.

## I. Historique du droit des successions

On peut dire que la succession, l'héritage, peuvent être fondés sur trois conceptions différentes.

- la première consiste à dire que le droit à succession est rattaché au droit de propriété, et que la dévolution est fondée sur les liens affectifs présumés du *de cuius*. C'est une conception individualiste.

- la seconde conception est basée sur l'idée de la nécessaire conservation des biens dans les familles afin, notamment de garantir des ressources suffisantes aux générations futures. Cette conception justifie la réserve héréditaire et conduit naturellement à l'exclusion du conjoint survivant et des enfants naturels de la dévolution légale.

- enfin la troisième conception confie à la puissance publique le rôle de la détermination des modalités de dévolution du patrimoine héréditaire.

En schématisant un peu, on peut dire que jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la famille obéissait au modèle patriarcal, inspiré du droit romain et basé sur l'autorité exclusive du *pater familias*.

La famille ne s'entendait donc que de celle fondée sur le mariage purement religieux : la femme n'avait que des droits très réduits et les enfants nés d'unions hors mariages avaient des droits très limités.

La préoccupation essentielle de ce droit successoral conservateur était la conservation des biens dans la famille.

**La Révolution Française** est venue introduire l'idée d'égalité qui lui est chère : le mariage devient un contrat civil qui peut être résilié par le divorce. La femme obtient certains droits à égalité avec son époux. Le droit d'ainesse est supprimé, et les enfants naturels se voient reconnaître des droits identiques à ceux des enfants légitimes.

**Le Code Napoléon** retient une conception transactionnelle entre le droit de l'Ancien Régime et le droit issu de la Révolution. La dévolution successorale est principalement déterminée par la loi, basée en principe sur les liens affectifs présumés du *de cuius*, mais surtout sur la parenté par le sang jusqu'au douzième degré. Le conjoint survivant et les enfants naturels sont exclus de la succession. « Le système de la dévolution successorale *ab intestat* repose d'abord sur la parenté et accessoirement sur le mariage » a écrit Monsieur le professeur Malaurie.

Durant des dizaines d'années, ce droit issu du Code Civil de 1804 ne va subir que des réformes par petites touches : citons notamment la limitation de la succession *ab intestat* au sixième degré de parenté (au lieu du douzième auparavant), à partir de 1917.

## II. Raisons de cette évolution

Pendant cette période pourtant deux constats peuvent être faits et je précise à ce sujet que plusieurs Congrès des Notaires de France avaient attiré l'attention sur cette situation :

- les règles juridiques n'étaient plus adaptées aux réalités de la société
- le droit successoral restait trop défavorable au conjoint survivant.

### 1°) *Inadaptation des règles juridiques*

Les bouleversements du contexte sociologique et économique entourant la famille peuvent être résumés autour de quelques idées :

- le resserrement des liens autour du noyau conjugal, que certains ont appelé « la famille nucléaire » a remplacé petit à petit la famille élargie basée sur la parenté par le sang.

Le ménage a pris la place du lignage et l'alliance sur la parenté. La vocation successorale limitée du conjoint est apparue en décalage avec la place prépondérante qu'est devenue la sienne dans la famille.

- compte tenu du nombre important et croissant des divorces et du développement considérable de l'union libre dans les dernières décennies, les modèles familiaux se sont diversifiés et les familles conjugales recomposées se sont multipliées.

- parallèlement à cette évolution de la société et des mœurs, le patrimoine a vu sa composition changer : autrefois, la fortune des familles se composait essentiellement de biens immobiliers reçus par succession des générations précédentes, justifiant le souhait de les conserver dans la même ligne successorale. Désormais ce patrimoine est le plus souvent composé de biens acquis pendant le mariage et son contenu s'est beaucoup diversifié.

- enfin l'allongement sensible de la durée de vie a deux conséquences.

D'une part les enfants héritent à un âge où leur patrimoine est déjà constitué et ils ont donc moins besoin de recevoir celui de leurs parents pour s'établir dans la vie. D'autre part, les conjoints survivants- la plupart du temps les veuves car l'écart de l'espérance de vie entre hommes et femmes ne se réduit pas- vivent plus longtemps, parfois malades et ont donc besoin de davantage de ressources, pour une durée plus longue.

## **2°) insuffisance de protection du conjoint survivant**

Le droit des successions a, jusqu'à très peu de temps, réservé au traitement très défavorable au conjoint survivant qui en était le « parent pauvre ». Le conjoint qui voulait améliorer le sort de celui qui lui survivrait, devait recourir au droit des régimes matrimoniaux ou au droit des libéralités.

En l'absence du recours à l'un ou l'autre, le conjoint survivant ne pouvait prétendre à aucune vocation successorale légale.

Malgré quelques améliorations au fil des décennies (accès à des droits en pleine propriété sur la succession en l'absence d'ascendants et de collatéraux dans au moins une ligne successorale par les lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957), et malgré les grandes réformes du droit de la famille des années soixante et soixante-dix (loi du 13 juillet 1965 réforme des régimes matrimoniaux, loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, loi du 3 janvier 1972 sur la filiation, loi du 11 juillet 1975 sur le divorce, loi du 22 décembre 1976 permettant l'adoption de l'enfant du conjoint) ayant pour effet essentiel d'établir l'égalité des époux dans la gestion de la famille, la fin de la puissance paternelle, l'égalité des parents dans les droits et devoirs envers les enfants et égalité, mais encore partielle, entre les enfants légitimes et les enfants naturels), cette situation perdurait dans son principe. Elle était manifestement anachronique, à l'avis unanime de la doctrine, des praticiens et des citoyens.

Ainsi que cela a déjà été dit, la famille s'est resserrée autour du couple et des enfants et le lien affectif avec les autres composantes de la famille s'est distendu. Le veuvage pouvant être de longue durée et le coût d'une éventuelle dépendance étant grandissant, il était devenu nécessaire de remédier à la situation précaire du conjoint survivant lorsque le défunt n'avait pas réglé sa succession en amont.

## **III. Le droit positif**

L'aboutissement de cette réflexion engagée depuis plus de trente ans a été le vote de la loi du 31 décembre 2001 « loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral », qui a été ensuite complétée par une loi du 23 juin 2006, « portant réforme des successions et des libéralités ».

Nous reviendrons sur les dispositions essentielles du nouveau dispositif issu de ces deux grandes lois.

Mais il faut noter, qu'avant ces deux lois, le législateur français avait entériné l'évolution des mœurs dans sa loi du 15 novembre 1999, consacrant d'une part l'existence du concubinage en le définissant pour la première fois dans le Code Civil,

comme union de fait, d'autre part en instituant le PACS (Pacte Civil de Solidarité), « contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

Ces deux unions hors mariage n'ont cependant que des effets civils limités en ce qui concerne le droit successoral.

L'absence de tout statut légal du concubin ne donne aucun droit successoral à celui qui survit.

Pour ce qui est du PACS, de nombreuses règles ont été mises en place pour rapprocher ce contrat du mariage. Toutefois, sur le plan civil, le partenaire survivant n'a pas de vocation successorale à l'exception d'un régime de protection en ce qui concerne le logement (il a droit à la jouissance du logement du couple pendant un an). Cette absence de vocation successorale du partenaire a sans aucun doute été l'une des motivations de la réforme initiée en vue d'obtenir le « mariage pour tous », faisant du conjoint, même de même sexe un conjoint comme les autres, avec les mêmes droits que le conjoint dans les couples hétérosexuels mariés.

Mais comme pour les couples mariés, il existe une forte incitation fiscale à prendre des dispositions de dernières volontés au profit du partenaire survivant, puisqu'il y a exonération totale des droits de succession entre partenaires.

Ceci est l'une des explications du succès du PACS, initié à l'origine surtout pour les couples homosexuels mais utilisés aujourd'hui pour plus de 90% par des couples hétérosexuels.

A titre d'information, je vous citerai quelques chiffres statistiques qui peuvent être intéressants :

1 enfant sur 2 naît hors mariage (6% en 1960)

40% des mariages se terminent par un divorce

Il y aurait environ 16 millions de couples, dont 72% mariés et 700 000 couples pacsés, ce qui laisse près de 4 millions de couples en union libre.

200 000 personnes déclarent vivre en couple homosexuel

Et dernier chiffre davantage proche du sujet :

80% des successions sont réglées *ab intestat*

Sur 100 successions comprenant un conjoint survivant, 80% contiennent une disposition de dernière volonté au profit du conjoint survivant.

Mais revenons aux lois de 2001 et 2006.

- la première disposition importante de la loi de 2001 est la reconnaissance de l'égalité des droits successoraux des enfants légitimes et des enfants naturels et adultérins (cette disposition a été prise dans la suite logique de la célèbre affaire Mazurek jugée en février 2000 devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme). Il faut signaler qu'un arrêt très récent de cette Cour en date du 7 février 2013 a

condamné la France en reconnaissant l'application de cette égalité entre enfants légitimes et enfants adultérins même pour les successions ouvertes avant la réforme introduite par la loi de 2001.

- en ce qui concerne les modalités proprement dites de la dévolution successorale légale, les objectifs essentiels visés par la loi de décembre 2001 sont de trois ordres :

- \* permettre au conjoint survivant de garder les conditions de vie les plus proches possible de ses conditions de vie antérieures,

- \* tenir compte de la présence éventuelle d'enfants de premier lit, en différenciant les solutions en fonction des situations familiales,

- \* ne pas exclure totalement de la vocation successorale la famille par le sang.

a) améliorer le sort du conjoint survivant a consisté à augmenter sa vocation successorale légale, c'est-à-dire en l'absence de testament.

La loi a créé pour lui des droits légaux différents selon qu'il est en présence d'enfants du couple ou d'enfants qui ne sont pas communs au couple.

*En présence d'enfants communs*, la loi a offert au conjoint survivant une option entre l'usufruit de la totalité des biens de la succession ou un quart en pleine propriété, sachant que l'usufruit est naturellement la solution qui permet le mieux au conjoint survivant de maintenir ses conditions de vie antérieures, mais qu'il peut être source de difficultés de gestion avec les enfants nu-propriétaires.

*En présence d'enfants d'un premier lit*, le conjoint n'a pas d'option et ne peut recevoir que le quart de la succession en pleine propriété, cela pour éviter que l'usufruit d'un second conjoint beaucoup plus jeune que le *de cuius* n'empêche les enfants, du même âge voire plus âgés que ce dernier, de récupérer la pleine propriété des biens.

*En présence des parents- père et mère du défunt-*, sans enfants, le conjoint recueille la moitié de la succession au titre de sa vocation successorale légale, et les trois quarts si un seul des parents est encore vivant.

*En l'absence de descendants ou de parents*, le conjoint survivant recueille la totalité de la succession, mais petit « clin d'œil » au lignage par le sang, sous réserve d'un droit de retour légal de moitié au bénéfice des frères et sœurs du défunt, sur les biens de famille donnés au *de cuius* par ses parents et se retrouvant en nature dans la succession.

La loi de 2001 a en outre reconnu, à hauteur de un quart de la succession en pleine propriété, la qualité d'héritier réservataire au conjoint survivant, mais à titre seulement subsidiaire, en l'absence de descendants ou d'ascendants du défunt. En effet les descendants et ascendants avaient qualité d'héritiers réservataires en premier et second rang.

La loi de 2006 a supprimé la qualité d'héritiers réservataires aux ascendants, de sorte que, aujourd'hui les seuls héritiers réservataires sont les descendants et le conjoint survivant, point d'orgue d'une évolution proche de la révolution culturelle ! Cette suppression de la qualité d'héritiers réservataires des ascendants ouvre beaucoup plus largement les dispositions de dernières volontés au profit du conjoint survivant, voire même du partenaire survivant dans les PACS.

**b)** mais permettre au conjoint survivant de maintenir ses conditions de vie antérieures, c'est, en plus de l'accroissement de sa vocation successorale légale, lui permettre de rester dans le domicile commun, qui dans de nombreuses successions constitue l'élément principal de la succession.

La loi de décembre 2001 a créé deux types de droits afférents au logement :

- le conjoint survivant peut garder- durant un an- la jouissance gratuite du logement occupé par le couple et des meubles le garnissant, précision faite que si le couple était seulement locataire de ce logement, la succession devra acquitter les loyers durant cette année-là.

- le conjoint survivant va pouvoir demander un droit viager sur le logement avec le droit d'usage des meubles le garnissant. Précisons que ce droit viager va s'imputer sur la part successorale du conjoint survivant, et que, liberté testamentaire oblige, le défunt a toujours la possibilité, par testament authentique, de priver son conjoint survivant de ce droit viager.

Ajoutons pour terminer que la loi du 23 juin 2006 est venue faciliter le règlement des successions en réformant les modalités d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net, en assouplissant les règles de l'indivision successorale, et en créant des mandats pour gérer la succession. Cette loi a eu également pour objectif de renforcer le principe de liberté de disposition de son patrimoine en ouvrant la possibilité de faire des libéralités transgénérationnelles, de faciliter les donations au sein des familles recomposées et en reconnaissant la validité de quelques pactes de famille.

Ces réformes relèvent aussi de la consécration de l'évolution des familles (nous pouvons désormais utiliser le pluriel), mais nous ne nous attarderons pas dans ce domaine qui nous éloignerait du sujet.

**En conclusion**, plus de dix ans après ce bouleversement législatif de notre droit des successions, il apparaît - à l'avis unanime des praticiens- que les lois de 2001 et 2006 ont atteint les objectifs recherchés d'adaptation et de modernisation, en créant un système équilibré entre les principes d'égalité et de liberté dans ce domaine.

Ces réformes vont développer encore le rôle incontournable du notaire dans un domaine où il occupe déjà une place essentielle, en lui attribuant un devoir de conseil encore plus important notamment dans l'organisation anticipée des successions de ses clients.

Il est prévisible que notre XXI<sup>ème</sup> siècle connaîtra de nouvelles et nombreuses réformes tant le droit des successions est sensible aux évolutions sociétales. La première va résulter sans aucun doute dès les mois prochains de l'adoption par le Parlement français du « mariage pour tous », reconnaissant le mariage entre personnes du même sexe, avec ses conséquences en matière de filiation, donc de succession.

Mais cela fera sans doute l'objet d'un prochain colloque.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/ 2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Notaire, viceprésident de l'UINL; pierre.becque.uinl@notaires.fr.

**PROBLEMES DE CONFLITS DE LOIS EN MATIERE  
D'ETABLISSEMENT DE FILIATION<sup>1</sup>**

Alina OPREA\*

**Résumé :** *L'établissement de la filiation, la clé qui ouvre à l'enfant la voie vers un ensemble de droits importants, suscite aujourd'hui un intérêt croissant en plan international. L'évolution des structures familiales en société et le progrès des sciences médicales ont déterminé, dans le temps, réformes sensibles des législations internes en matière familiale. Leur application aux rapports de droit affectés d'éléments d'extranéité est conditionnée par la mise en œuvre des règles de conflit de lois, dont l'adaptation aux nouvelles réalités n'est pourtant pas évidente. Dans le cadre de cette étude, nous nous proposons de passer en revue les principales difficultés soulevées par les normes roumaines de droit international privé en la matière, analysant en quelle mesure ces dernières tiennent compte de différents intérêts en présence et comment répondent-elles aux évolutions imposées par le progrès technique et scientifique.*

**Mots clés :** *famille, filiation, droit international privé, successions*

1. La filiation, le lien juridique qui permet la construction de l'identité de l'enfant, attirant des droits spécifiques, tels ceux en matière successorale, et assurant son insertion dans une généalogie, soulève aujourd'hui des questions complexes. Celles-ci sont générées, d'un part, par l'évolution des structures et des modèles familiaux, construits en fonction des choix de vie personnels ou de l'orientation sexuelle de chaque individu et qui impliquent une croissance du nombre des familles monoparentales, des familles recomposées, des familles *de facto*, dans lesquelles les parents vivent ensemble sans être mariés, des familles issues de mariages entre personnes de même sexe ou d'unions alternatives au mariage ; la consécration d'un lien de filiation dans chacun de ces cas, avec les droits et les obligations correspondantes, n'est pas évidente<sup>2</sup>. Des difficultés sont soulevées également par le progrès de la science médicale, avec l'avènement des tests ADN, qui permettent l'établissement de la vérité biologique, ou des méthodes de procréation assistée qui impliquent la

présence d'un tiers donneur de matériel génétique ou d'une mère porteuse. Enfin, la mobilité transfrontière croissante des personnes implique une multiplication des relations familiales avec éléments d'extranéité, pour lesquelles l'application systématique de la *lex fori* n'est pas possible, du moins en droit international privé roumain<sup>3</sup> ; l'incidence des règles de conflit - avec les aspects spécifiques liés à la qualification, à l'application concrète de ces règles ou à l'intervention de l'exception d'ordre public - peut compliquer encore la situation.

2. La présente étude aborde la problématique de l'établissement de la filiation d'un enfant par les autorités roumaines, dans un cas présentant d'éléments d'extranéité. Pour cela, deux alternatives sont possibles, selon qu'il est demandé la reconnaissance d'un jugement étranger intervenu en matière de filiation ou d'un document étranger qui atteste la naissance, d'un part, ou l'établissement direct de la filiation en Roumanie, comme acte juridique, d'autre part. Chacune implique l'intervention des normes différentes – la première, supposant une filiation déjà établie à l'étranger, attire l'application des normes du Nouveau Code de Procédure Civile<sup>4</sup> et éventuellement des dispositions de la Loi n°119/1996 sur les actes d'état civil<sup>5</sup>. Pour la deuxième, l'établissement de la filiation dans le contexte de la naissance, lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision étrangère, seront prises en considération les règles de conflit prévues aux articles 2603-2605 NCC<sup>6</sup>. Ce sont seulement ces dernières qui seront analysées dans cette étude ; notre objectif est celui d'observer en quelle mesure elles tiennent compte des intérêts en présence et de la multiplication des modèles familiaux, et quels sont les réponses concrètes qu'elles offrent devant les évolutions imposées par le progrès technique et scientifique.

3. Même si le droit interne ne distingue plus entre la filiation issue du mariage et la filiation hors mariage, le législateur est assez conservateur et n'opte pas pour une règle de conflit unitaire pour les relations internationales. Suivant la division consacrée par les textes du Code, la problématique de la filiation de l'enfant né dans le cadre du mariage (art. 2603-2604 NCC) sera continuée, dans ce qui suit, par celle relative à la filiation de l'enfant né hors mariage (art. 2605 NCC).

## **I. La filiation de l'enfant issu du mariage**

### **4. Etablissement de la filiation de l'enfant issu du mariage.**

Pour l'établissement de la filiation de l'enfant issu du mariage, l'article 2603 NCC impose l'application de la loi qui gouverne les effets généraux du mariage des parents<sup>7</sup> ; selon l'article 2589 NCC, il s'agit, hiérarchiquement, de la loi du pays de la résidence habituelle commune des époux, de la loi de leur nationalité commune et, respectivement, de *lex loci celebrationis*<sup>8</sup>. La justification de l'option en faveur de la loi

qui gouverne les effets du mariage des parents n'est pas difficile, vu le fait que la filiation légitime est considérée comme une conséquence directe du mariage. D'un côté, le rattachement retenu tient compte de la relation préexistante entre les personnes impliquées et cherche à surprendre une proximité suffisamment caractérisée. D'un autre côté, le texte conduit à l'application d'une loi unique pour les relations familiales (entre les époux, d'un part, entre les époux et leurs enfants, d'autre part) et évite, ainsi l'apparition de possibles incohérences. La loi de la famille va fixer les contours de celle-ci, précisant qui sont ses membres et quels enfants devraient être ou non inclus/exclus du groupe familial.

5. Parce que la résidence habituelle ou la nationalité des époux pourraient changer dans le temps, entraînant corrélativement une modification inopportune de la loi qui gouverne la filiation, le texte légal fixe dans le temps le rattachement retenu; ainsi, il est utilement précisé que la loi qui sera appliquée est celle qui gouverne les effets du mariage des parents au moment de la naissance de l'enfant. La solution présente donc un avantage: la fixité de l'élément de rattachement assure la stabilité de la loi applicable à la filiation, malgré le fait que les familles d'émigrants peuvent changer fréquemment leur résidence habituelle; une même et seule loi gouvernera le statut familial de l'enfant, quels que soient les changements qui peuvent intervenir pour ce qui est de la loi régissant les effets personnels du mariage de ses parents.

6. La prémisse dans l'application de l'article 2603 NCC est celle de la naissance de l'enfant dans le cadre du mariage; cela suppose, d'un part, que la filiation envers la mère est établie et d'un autre, que la mère est mariée au moment de la naissance de l'enfant. Chacun des deux aspects mérite une série de précisions.

7. Pour ce qui est de *la filiation envers la mère*, elle est établie en principe, du moins dans les Etats européens, par le fait de la naissance<sup>9</sup>, de sorte que les problèmes devraient être évités de ce point de vue.

Toutefois, il n'est pas exclu que la discussion porte sur l'établissement même de la filiation. Ainsi, par exemple, des Etats comme la France autorisent les naissances anonymes<sup>10</sup>, sans que la législation incidente soit considérée contraire à l'article 8 de la CEDH<sup>11</sup>; de même, le litige pourrait concerner l'établissement de la maternité d'un enfant abandonné à la naissance. Enfin, il y a des Etats tels la Grèce, qui instituent dans leur Code civil une simple présomption relative de maternité envers la personne ayant donné naissance à l'enfant<sup>12</sup>. Dans ces cas, la règle de conflit de l'article 2603 NCC n'est pas nécessairement adaptée, car elle implique un raisonnement circulaire: pour rompre le cercle et déterminer la loi applicable, on devrait présumer que la maternité est établie et la loi désignée sur cette base dira précisément si maternité peut ou non être établie.

8. Les difficultés se présentent avec une acuité particulière dans le cas d'une maternité de substitution<sup>13</sup>, institution connaissant en droit comparé une diversité de solutions substantielles – normes prohibitives sévères<sup>14</sup>, absence de réglementations<sup>15</sup>, dispositions plus<sup>16</sup> ou moins<sup>17</sup> permissives. En fonction des options du chaque législateur, sera considérée mère soit la mère utérine (qui peut avoir ou non un lien génétique avec l'enfant), soit la mère intentionnelle (qui peut, elle aussi, avoir ou non un lien génétique avec l'enfant); l'interprétation de la règle de conflit de l'article 2603 NCC – qui envoie à la loi applicable aux effets du mariage des „parents” n'est pas du tout simple dans une telle hypothèse. Qui devrait être présumée mère de l'enfant, la mère utérine (porteuse) ou la mère intentionnelle/commanditaire<sup>18</sup> ? Une réponse pourrait être offerte sur la base de l'article 2558 NCC, texte qui impose, pour la qualification primaire, la prise en considération des conceptions de la loi du for, en fonction desquelles ont été tracées les catégories<sup>19</sup>; ainsi, vu les principes du droit roumain qui prévoient, d'un part, que la mère est la personne qui a donné naissance à l'enfant et, d'un autre, que la reproduction humaine assistée médicalement avec un tiers donneur ne crée pas un lien de filiation entre le donneur et l'enfant<sup>20</sup>, pour ce qui est de l'application de la règle de conflit de l'article 2603 NCC, „mère” devrait considérée être la mère porteuse/utérine et pour l'établissement de la filiation devrait être consultée la loi applicable aux effets de son mariage. La solution présente des avantages, mais elle s'expose aussi à des critiques.

9. Cette loi est de nature à assurer une protection tant de l'enfant et de son intérêt, que des parents commanditaires/intentionnels, en garantissant que la mère utérine et éventuellement son époux agissent en connaissance de cause<sup>21</sup>. Elle respecterait les prévisions des parties pour ce qui est des suites des actions entreprises ; la compétence d'une loi telle la loi ukrainienne, grecque ou israélienne (qui permettent la maternité de substitution) facilite l'établissement de la filiation envers les parents commanditaires, bien que selon la loi applicable aux effets de leur mariage cela ne serait pas nécessairement possible. Concrètement, la loi applicable aux effets du mariage de la mère porteuse pourra être consultée pour le problème de savoir si l'accord de maternité de substitution est suffisant pour que la filiation puisse être établie envers les parents intentionnels ou s'il est encore nécessaire une adoption ou l'intervention d'une autorité ; la même loi précisera aussi quels sont les droits des commanditaires lorsque la mère porteuse décide de garder l'enfant et s'ils peuvent obtenir éventuellement une exécution forcée de la convention, respectivement si la mère porteuse peut obliger les parents intentionnels à prendre l'enfant après la naissance lorsqu'ils changent d'avis. Enfin, la même loi sera appliquée aussi pour dire si l'enfant pourra introduire une action en établissement de maternité envers la mère porteuse.

**10.** Les discussions sont toujours possibles. Un problème qui peut être soulevé est celui de l'éventuelle contrariété de la loi étrangère ainsi désignée avec l'ordre public international roumain. Tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (probablement intégré dans la famille des parents intentionnels et non-voulu par la mère porteuse et sa famille) et des discussions législatives avancées du droit roumain en la matière, nous militerions pour la tolérance face à la loi étrangère et pour son application. Les arguments contraires ne manquent pas non plus: en droit interne, l'application des principes généraux de droit – „l'indisponibilité du corps humain”, „la dignité humaine” – limite directement de telles pratiques (que la presse décrit toutefois comme possibles, en donnant des exemples concrets). Ainsi, en l'absence de toute jurisprudence, quel que soit le sens, c'est seulement l'intervention du législateur qui apporterait la prévisibilité et la sécurité juridique par tous attendue.

L'application en la matière de la loi qui gouverne les effets du mariage de la mère porteuse a aussi d'autres inconvénients importants. D'un côté, elle ne tient pas compte de la rupture quasi-certaine entre l'enfant et la mère porteuse, ni du fait qu'entre la situation de l'enfant et la loi désignée (la loi du pays de la mère porteuse) il y a une connexité peu caractérisée, la localisation semblant totalement artificielle. D'un autre côté, même si ce qui est recherché c'est l'établissement de la filiation de l'enfant envers un couple marié, si la mère porteuse n'est pas mariée, la règle de conflit de l'article 2603 NCC cède la place à celle de l'article 2605 NCC (enfant né hors mariage), sans que la variation dans la détermination de la loi applicable soit effectivement justifiée par un changement dans la situation de l'enfant ou des parents intentionnels.

**11.** Revenant à la seconde prémisse dans l'application de la règle de conflit de l'article 2603 NCC, le mariage valable de la mère, celle-ci est une question préalable, qui peut soulever de discussions quant à la règle de conflit adéquate à son égard. Classiquement, en droit international privé, deux conceptions sont opposées : selon première, la validité du mariage devrait être appréciée selon la/les lois désignées par les règles de conflit du for ; selon la seconde, la validité du mariage devrait être appréciée selon la/les lois désignées par les règles de conflit de l'Etat qui offre la *lex causae* pour la filiation. En droit roumain, les professeurs I.P. Filipescu et M. Jacotă soutiennent à titre de principe la première des deux possibilités<sup>22</sup>.

**12.** Toutefois, dans la doctrine suisse un point de vue alternatif a été soutenu: selon B. Dutoit<sup>23</sup>, lorsque la question est celle de l'établissement de la filiation d'un enfant, le problème préalable de la validité du mariage de ses parents devrait être résolu *in favorem infantis*. Une telle perspective a des chances à s'imposer aussi chez nous<sup>24</sup>, surtout que d'après l'article 305 NCC „la nullité du mariage n'a aucun effet sur les enfants, qui gardent le statut d'enfants nés dans le cadre du mariage”.

Sur la base de cette solution du droit interne, nous croyons que le problème de détermination de la règle de conflit compétente pour l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'un mariage nul ou annulé devrait se résoudre en faveur de l'application de l'article 2603 NCC, afin que la loi désignée par ce texte (une loi étrangère, éventuellement) puisse dire concrètement quelles sont les conséquences que la nullité du mariage des parents ait sur la filiation de l'enfant. En droit comparé, une autre solution a été aussi rencontrée: faisant application de la règle de conflit qui dispose que « *la loi qui annule le mariage a compétence pour régler les conséquences de la nullité de ce mariage et, spécialement, le tempérament de la putativité qu'il y a lieu de lui apporter...* » (règle qui a un équivalent dans l'article 2588 NCC roumain<sup>25</sup>), la Cour de cassation française a validé en 1998 l'arrêt d'une Cour d'appel ayant retenu que « *selon le droit allemand, le mariage célébré en Allemagne, sans intervention d'un officier d'état civil, était inexistant et ne produisait aucun effet, notamment à l'égard des enfants* »<sup>26</sup>. En réalité, les réglementations relatives au statut de l'enfant issus d'un mariage nul ou annulé reflètent, premièrement, la conception du législateur sur la filiation<sup>27</sup>, et non sur le mariage ; en raison du fait que le contenu des catégories de rapports juridiques visés par les règles de conflit, de même que le domaine d'application correspondant de chacune de ces règles de conflit sont configurés précisément en fonction des conceptions sur les institutions en cause<sup>28</sup>, l'exclusion de la règle de conflit de l'article 2588 NCC (concernant le mariage) et l'intervention corrélative de l'article 2603 al.1 NCC (sur la filiation) pour l'hypothèse analysée nous semble justifiée.

**13.** Lorsque le mariage des parents a cessé ou a été dissout avant la naissance de l'enfant, l'article 2603 al. 2 NCC dispose expressément que l'établissement de la filiation sera régi par la loi qui gouvernait les effets de ce mariage. En ces cas, un problème que le législateur roumain n'a pas considéré opportun de résoudre expressément est celui de l'articulation des deux premiers alinéas de l'article 2603 NCC lorsque la mère a conclu deux mariages successifs, gouvernés par des lois différentes, chacune retenant une conception particulière sur la filiation. Ainsi, par exemple, les autorités roumaines pourraient être confrontées avec une affaire dans laquelle le premier mariage de la mère, dissout à moins d'un an avant la naissance de l'enfant, est gouverné par la loi marocaine qui présume que le père de l'enfant né dans l'année qui suit au divorce des parents est *l'ancien époux* de la mère ; en même temps, le second mariage de la mère pourrait être gouverné par la loi roumaine, qui présume, au contraire, que le père de l'enfant né pendant le mariage est *l'actuel époux* de la mère (art. 414 NCC). Les lois désignées par les deux premiers alinéas de l'article 2603 NCC imposent des solutions différentes pour la paternité de l'enfant, ainsi que le problème de leur articulation n'est pas simplement théorique. L'article

2603 al. 1 NCC qui désigne la *lex matrimonii* au moment de la naissance de l'enfant semble résoudre le problème du conflit mobil, mais son intervention n'est pas de l'ordre de l'évidence. Eventuellement, la priorité accordée à ce texte pourrait être expliquée par le fait qu'elle correspond le plus souvent à la réalité de fait.

**14.** Enfin, „la naissance de l'enfant dans le cadre du mariage”, prémisses dans l'application de l'article 2603 NCC, soulève aussi un autre problème. En droit interne<sup>29</sup>, on comprend par mariage l'union entre un homme et une femme; toutefois, en droit comparé ont été consacrées des institutions telles les mariages homosexuels ou les partenariats enregistrés, l'époux/l'épouse ou le/la partenaire de la mère étant vu parfois automatiquement comme le parent de l'enfant<sup>30</sup>. En raison de la formulation de l'article 2603 NCC, il se pose la question de savoir si ce texte pourra être appliqué pour l'établissement de la filiation (maternité ou paternité) d'un enfant né d'une telle union. A notre avis, la réponse doit être nuancée.

**15.** Pour ce qui est de l'établissement d'un enfant né d'un mariage entre deux personnes de même sexe conclu valablement à l'étranger, nous apprécions que l'article 2603 NCC devrait pouvoir être appliqué. D'un côté, il est accepté qu'en droit international privé les catégories utilisées par les règles de conflit (telle « le mariage ») ont parfois un sens plus large que celui qui leur est attribué en droit interne, cela afin de faire face aux provocations soulevées par la diversité législative retrouvée en droit comparé; le mariage entre personnes de même sexe étant créé en général par l'imitation du mariage hétérosexuel, il nous semble qu'il n'y a pas des raisons suffisamment forts de l'exclure du champ d'application des règles de conflit qui font appel à la catégorie « mariage »<sup>31</sup>. D'un autre côté, la proximité du mariage avec l'ordre juridique du for étant très peu caractérisée en ce type d'affaires, on ne croit pas que l'exception d'ordre public international devrait être utilisée en son effet plein pour refuser à la mère le statut de femme mariée et à l'enfant le statut d'enfant issu du mariage<sup>32</sup>; au contraire, l'intérêt de l'enfant, principe fondamental du droit interne et du droit international<sup>33</sup>, devrait guider les juges dans l'application des règles relatives à l'enfant ou à sa filiation, justifiant ainsi la solution proposée.

**16.** Pour ce qui est des partenariats enregistrés, leur nature et leur qualification peuvent être discutées en droit international privé : même s'ils se fondent sur un contrat, le fait qu'ils génèrent des relations de type personnel entre les personnes intéressées ne peut pas non plus être nié<sup>34</sup>. Toutefois, vu la diversité législative existante en la matière en droit comparé et le fait que ces institutions sont créées parfois en opposition avec le mariage (l'option des partenaires en leur faveur équivalant souvent avec un rejet du mariage, comme mode de cohabitation), considérer les partenaires comme « mariés » dans la perspective de l'application de l'article 2603 NCC ne nous semble pas une idée judicieuse. En ces cas, la filiation de l'enfant devrait être établie,

à notre avis, selon la loi désignée par l'article 2605 NCC – la loi nationale de l'enfant (né hors mariage), qui va préciser en quelle mesure le partenaire de la mère (étant ou non du même sexe que celle-ci) pourra être considéré le parent légal de l'enfant.

**17. Le domaine de la *lex filiationis*.** *Lex filiationis* va imposer, naturellement, les modalités d'établissement de la filiation, précisant si l'établissement de la maternité/de la paternité opère *ex lege* ou si l'intervention d'une autorité ou le prononcé d'un jugement sont nécessaires. Dans le domaine d'application de la même loi entre le problème de savoir qui sont les parents légaux de l'enfant, les éventuelles présomptions de paternité, en spécial celle relative à l'époux de la mère<sup>35</sup>. Ces précisions peuvent révéler toute leur importance dans le cas de la conception d'un enfant à l'aide des techniques de reproduction artificielle: que cela suppose l'utilisation de matériel génétique de la part de l'époux ou d'un tiers, la loi applicable aux effets du mariage de la mère sera appliquée pour identifier le père de l'enfant, pour savoir si l'époux de la mère peut contester la paternité, si le tiers donneur peut revendiquer la paternité ou si la mère et éventuellement l'enfant peuvent introduire une action contre le donneur pour établir la filiation envers celui-ci<sup>36</sup>. La loi applicable aux effets du mariage de la mère interviendra aussi pour préciser le moment auquel la situation de l'époux doit être prise en compte (au moment de la conception, de la naissance de l'enfant...), ainsi que les éventuelles présomptions concernant le temps de la conception. Enfin, la même loi sera consultée pour dire quels sont les effets que la possession d'état peut avoir sur la filiation de l'enfant.

**18.** Un des aspects qui pourrait soulever des difficultés en pratique est celui de la loi applicable pour la preuve effective de la filiation, vu le fait que le droit comparé met en évidence l'existence des règles très différentes en matière de présomptions, d'utilisation des tests ADN ou de prescription. La réponse est offerte en fonction de la qualification retenue pour ces aspects – de droit substantiel ou de droit processuel –, faite, par les autorités roumaines, selon les conceptions de la *lex fori*<sup>37</sup>. En droit roumain il s'agit traditionnellement de problèmes de droit substantiel, dans la mesure où ils concernent l'existence même du droit en discussion et reflètent les conceptions du législateur sur le lien de filiation ; ainsi, ils seront gouvernés par la *lex causae*, qui peut être, éventuellement, une loi étrangère.

**19. Le désaveu de paternité.** La question du désaveu de paternité est résolue directement par la règle de l'article 2603 al. 3 NCC, qui prévoit que « *la loi applicable à l'établissement du mariage légitime gouverne aussi les problèmes liés au désaveu de paternité* ». Cette loi va dire si et en quelles conditions une présomption ou une reconnaissance de paternité peuvent être contestées; elle va délimiter aussi la catégorie des personnes qui ont le droit de contester la filiation et va offrir la réponse à la question de savoir si le père biologique peut contester la paternité établie en faveur de l'époux de la mère.

**20.** Un des problèmes que ce texte soulève est celui de savoir si l'exception d'ordre public international pourrait éventuellement être utilisée pour censurer un droit étranger qui restreint sévèrement les possibilités de contestation de la filiation. Vu le fait que dans l'idée d'assurer la certitude juridique le droit interne est assez restrictif<sup>38</sup>, il semble peu probable que ce mécanisme exceptionnel de DIP puisse être utilisé à l'encontre des lois étrangères plus sévères que la loi roumaine<sup>39</sup>; toutefois, si le droit étranger refuse directement à la mère le droit de contester la paternité ou consacre une discrimination (comme le droit éthiopien ou le droit japonais<sup>40</sup>, qui reconnaissent cette prérogative seulement à l'époux et non pas aussi à l'épouse), l'utilisation de cette exception n'est pas exclue. Pour justifier cette position, on tient compte, d'un part, du fait que selon l'arrêt *Kroon*<sup>41</sup> de la CEDH, le droit de la mère de contester la paternité est un droit qui dérive de l'article 8 CEDH et, d'autre part, de l'article 2564 NCC sur l'exception d'ordre public international, qui justifie le refus d'application de la loi étrangère qui *conduit à un résultat incompatible ... avec les droits fondamentaux de la personne*.

La problématique est similaire dans l'hypothèse d'une *lex cause* étrangère qui prévoit des moyens de désaveu de paternité différents de ceux prévus par le droit roumain. Comme le déclenchement de l'exception d'ordre public international est conditionné par l'incompatibilité manifeste entre le résultat de l'application de la loi étrangère et les principes fondamentaux du droit roumain (parmi lesquels figure l'intérêt supérieur de l'enfant), une appréciation attentive des juges s'impose en chaque cas, dans l'idée d'assurer le juste équilibre entre la tolérance naturelle spécifique au DIP et la force des principes impératifs du droit interne.

**21.** Le problème de savoir quelle loi sera appliquée par les autorités roumaines pour l'action en désaveu de paternité lorsque la filiation a été établie à l'étranger, sur la base d'une loi étrangère différente de celle désignée par l'article 2603 al. 1 NCC, est lui aussi assez délicat. Des arguments de texte militent, certes, pour l'application stricte de la loi qui gouverne les effets du mariage des parents. Toutefois, la volonté d'éviter les possibles incohérences imposerait, au contraire, l'intervention de la loi qui a été précisément appliquée pour l'établissement du lien de filiation (avec des difficultés d'identification de la base juridique pour cette solution, la clause d'exception de l'article 2565 NCC étant inutilisable).

**22. La loi applicable à la légitimation.** La légitimation, le processus par lequel un enfant naturel acquiert le statut d'enfant légitime, intervient généralement par le mariage subséquent de ses parents. Bien que la question de la légitimation ne figure plus dans le droit interne, existent encore des systèmes de droit étrangers (tel le droit anglais) qui prévoient qu'avec le mariage des parents, les enfants nés antérieurement seront considérés des enfants légitimes<sup>42</sup>. Pour résoudre les conflits de lois qui peuvent

surgir à cet égard, l'article 2604 NCC prévoit l'application de la loi qui gouverne les effets du mariage des parents<sup>43</sup>, créant au niveau des conflits de lois une parallèle entre la situation des enfants issus du mariage et ceux légitimés. La loi désignée par l'article 2604 NCC sera consultée sur la possibilité même de la légitimation, sur les conditions et les effets de celle-ci ; la même loi sera appliquée aussi pour ce qui est des conditions de contestation de la légitimation ou des effets d'une éventuelle annulation du mariage sur la situation de l'enfant.

**22.** Un problème peut surgir lorsque les parents veulent légitimer un enfant dont la paternité a déjà été reconnue par un tiers. La loi applicable aux effets du mariage des parents se trouve en concours avec la loi nationale de l'enfant (et qui a été suivie pour la reconnaissance, selon l'article 2605 NCC), et leurs domaines spécifiques doivent être délimités : particulièrement, on ne pourra éviter l'application de cette dernière loi ni pour la vérification de la validité de la reconnaissance, ni pour la possibilité de la contestation de celle-ci (comme prévu à l'article 2605 al. 2 phrase finale NCC).

**23.** Appart la légitimation par mariage, dans le droit comparé existent aussi d'autres formes de légitimation: par reconnaissance ou par action en justice. En raison de la formulation de l'article 2604 NCC, qui parle strictement de la „légitimation par mariage”, il est peu probable que ce texte puisse être employé en ces cas; tant pour la légitimation par reconnaissance de paternité, que pour la légitimation par décision de justice, la loi applicable sera déterminée conformément à l'article 2605 NCC, texte qui sera envisagé dans ce qui suit.

## II. La filiation de l'enfant né hors mariage

**24. L'établissement de la filiation de l'enfant né hors mariage.** Pour ce qui est de la filiation de l'enfant né hors mariage, l'article 2605 NCC désigne comme loi applicable « *la loi nationale de l'enfant au moment de sa naissance* », sans distinguer selon qu'il est recherché un établissement de maternité ou de paternité<sup>44</sup>. L'option en faveur de ce rattachement semble justifiée; d'un côté, simple et prévisible, il assure « *l'unité du statut de l'enfant par rapport à ses parents, lorsque ceux ci ont des nationalités différentes* »<sup>45</sup>; d'un autre côté, la nationalité apparaît comme le rattachement naturel pour les questions concernant le statut personnel d'un individu<sup>46</sup>, et la filiation y est incluse. Facilitant la solution des éventuels conflits mobiles et assurant une certaine stabilité dans la détermination du statut de l'enfant, le législateur précise expressément que la loi nationale en cause sera déterminée en tenant compte de la nationalité de l'enfant au moment de la naissance; sont ainsi évités les risques qu'un éventuel changement de nationalité pourrait susciter sur l'établissement et surtout, sur une contestation de la filiation déjà établie.

25. L'application de l'article 2605 NCC suscite aussi une série de difficultés. Une de celles-ci concerne l'identification de la loi nationale de l'enfant lorsque le critère pris en compte pour l'octroi de la nationalité n'est pas *ius soli*, mais *ius sanguinis* et la question en discussion (assez rare, c'est vrai) concerne l'établissement de la maternité<sup>47</sup>. En ce cas, on se retrouve évidemment en présence d'un cercle vicieux : la nationalité de l'enfant dépend de l'existence du rapport de droit en cause, étant établie en fonction de lien de filiation ; en même temps, elle est aussi le critère en fonction duquel est déterminée la loi qui précise si ce rapport de filiation existe ou pas. L'application de l'article 2605 NCC implique un raisonnement circulaire, qui sera rompu en présumant que la mère est établie, pour déterminer la nationalité de l'enfant et ensuite, après l'identification de la loi compétente, pour vérifier si la maternité a été établie correctement. Même si elle est critiquable, la solution n'est pas isolée en droit comparé<sup>48</sup>.

26. De même, il peut se poser la question de savoir comment devraient procéder les autorités roumaines pour établir la filiation d'un enfant dont la mère n'est pas mariée au moment de la naissance de l'enfant, mais qui a été mariée dans le passé. À une première lecture, sont applicables tant l'article 2603 al. 2 NCC, que l'article 2605 al. 1 NCC. Les difficultés ne sont pas simplement théoriques<sup>49</sup>. Une lecture des textes en fonction de l'intérêt de l'enfant – la légitimation – imposerait la consultation, en premier, de l'article 2603 al. 2 NCC relatif à la situation de l'enfant dont la mère a été mariée antérieurement à la naissance de celui-ci<sup>50</sup>; si, conformément à la loi désignée par ce texte, l'enfant n'est pas considéré enfant légitime, la règle prévue à l'article 2605 al. 1 NCC devrait intervenir pour déterminer la loi applicable à la question de savoir si et comment la filiation pourrait être établie envers une autre personne que l'ancien époux de la mère.

27. La loi nationale de l'enfant, déterminée sur la base de l'article 2605 NCC, sera appliquée par exemple pour ce qui est des modalités d'établissement de la filiation: reconnaissance volontaire, voie judiciaire, éventuelles présomptions<sup>51</sup>. Lorsque le droit étranger impose des exigences plus lourdes ou différentes de celles du droit roumain, il peut se poser la question de son possible éviction en raison d'une éventuelle contrariété avec les principes de l'ordre public international roumain. Tant que ce droit étranger n'implique pas une impossibilité absolue d'établissement de la filiation (considérée contraire à l'article 8 de la CEDH), et tant que les conditions prévues par la législation roumaine en la matière sont elles-aussi très strictes, nous croyons que les risques qu'il soit écarté sont assez réduits<sup>52</sup>.

28. **La reconnaissance de la filiation de l'enfant né hors mariage.** Selon l'article 2605 al. 2 NCC, la loi nationale de l'enfant illégitime sera appliquée non seulement pour ce qui est de l'action d'établissement de la filiation (maternité ou

paternité), mais aussi pour ce qui est de la reconnaissance volontaire de filiation. Le législateur a prévu un seul élément de rattachement – la nationalité de l'enfant –, et le moment pris en compte pour son identification est la date de la naissance et pas celle de la reconnaissance. La nationalité qui sera acquise par l'enfant suite à la reconnaissance est (en principe) indifférente.

Si l'enfant a plusieurs nationalités, on devrait choisir celle pertinente pour l'application de la règle de conflit. A cet effet, l'article 2605 al. 1.2 NCC dispose que, lorsque l'enfant est binational et aucune de ses nationalités n'est la nationalité roumaine, la loi nationale qui lui est la plus favorable sera appliquée. Le texte suscite un problème délicat d'appréciation pour les autorités, car l'intérêt de l'enfant peut varier en fonction des circonstances de la cause. Généralement, on pourrait considérer qu'il s'agit de l'établissement de la filiation envers ses parents biologiques ; ainsi, la loi nationale imposant à cet effet les conditions les plus légères devrait être préférée. Toutefois, exceptionnellement, si la mère et l'enfant s'opposent *in concreto* à la reconnaissance de paternité, la loi qui favorise leurs intérêts devrait être appliquée.

**29.** Vu le texte légal, l'idée de faveur pour l'enfant multinational doit inspirer l'option pour l'une des lois nationales en présence seulement lorsqu'aucune d'entre elles n'est la loi roumaine. Ignorant à première vue le fait qu'à la différence de l'ancienne Loi n° 105/1992, la nouvelle réglementation en matière de double nationalité n'accorde plus systématiquement prévalence à la nationalité du for (et corrélativement, à la loi roumaine)<sup>53</sup>, le législateur ne précise pas expressément quel sera le critère de sélection des lois en conflit lorsque la question en discussion est l'établissement de la filiation d'un enfant ayant double nationalité, une étant celle roumaine. Ce silence oblige à faire appel au critère général en la matière (article 2568 al. 2 NCC), qui fait prévaloir la nationalité effective et la loi correspondant à celle-ci, quel que soit son contenu substantiel, qui peut être *in concreto* moins favorable à l'enfant. Renoncer à l'idée de faveur dans une telle hypothèse ne nous semble pas la solution la plus opportune et, en pratique, il n'est pas exclu que les juges cherchent des moyens pour justifier un éventuel retour à la loi du for.

**30. Domaine de la *lex filiationis*.** La loi nationale de l'enfant né hors mariage sera appliquée pour ce qui est des conditions de validité d'une reconnaissance de paternité ou de maternité. La même loi précisera quelle est la valeur de cette reconnaissance, qui peut la faire et en quels délais, quels sont les effets engendrés. Le problème de savoir si pour la validité d'une reconnaissance de paternité est nécessaire le consentement de la mère ou de l'enfant tombe, aussi, dans le champ d'application de la même loi.

Même si à première vue le domaine d'application de la loi nationale de l'enfant est assez vaste, il n'inclut pas toutefois toutes les questions concernant la reconnaissance

de filiation. Ainsi, pour ce qui est de la forme de la reconnaissance, il devrait être consultée la règle particulière en matière de forme des actes prévue à l'article 2639 NCC – qui renvoie à titre de principe à la *lex causae*, mais permet supplémentaires la validation (formelle) de l'acte si une autre loi - parmi celles énumérées par le législateur : la loi du lieu de conclusion de l'acte, la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle de la personne qui l'a acceptée ou la loi applicable selon le droit international privé de l'autorité qui examine la validité de cet acte - a été respectée.

**31.** Lorsque le droit étranger ne permet pas la reconnaissance de la filiation – tel le droit musulman qui prévoit que l'établissement de la paternité de l'enfant né hors mariage n'est pas possible<sup>54</sup> -, il peut se poser la question d'une éventuelle censure de celui-ci par l'intermédiaire de l'exception d'ordre public international. À une première analyse, l'impossibilité d'établir légalement la paternité pourrait être considérée contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, principe fondamental du droit interne, de même qu'à l'article 8 de la CEDH relatif à la protection du droit à une vie privée et familiale; par ailleurs, des décisions en ce sens ont pu être mises en évidence en droit comparé<sup>55</sup>. Les discussions sont encore possibles, vu le fait que dans une affaire concernant la réglementation française relative aux naissances anonymes, la Cour de Strasbourg a décidé que, même si elle fait impossible l'établissement de la maternité, elle ne contrevient pas à l'article 8 de la CEDH<sup>56</sup>. Analysant l'émergence d'un concept possible d'ordre public européen, qui apporte des conditions uniformes de déclenchement et un même niveau de tolérance à l'égard des normes étrangères pour tous les Etats contractants de la CEDH, nous avons montré dans une étude précédente que, face à la prudence de la CEDH en certaines matières sensibles et en raison des différences importantes existant encore entre les systèmes juridiques des Etats européens, les réactions de l'exception d'ordre public international peuvent continuer parfois à être dictées par des considérants nationaux<sup>57</sup>. L'hypothèse ici analysée pourrait être incluse, à notre avis, parmi celles-ci<sup>58</sup>.

**32.** Un autre problème qui peut surgir est celui de savoir si la règle de conflit de l'article 2605 al. 2 NCC sera appliquée aussi lorsque la reconnaissance de paternité concerne un enfant dont la filiation a été déjà établie (sur la base d'une présomption) à l'égard de l'époux de sa mère, selon la loi qui gouverne les effets de ce mariage (différente, par hypothèse, de la loi nationale de l'enfant). Ainsi, par exemple, conformément à l'article art. 1599 par. 2 BGB, la paternité légale de l'époux de la mère peut être écartée par une reconnaissance de paternité réalisée par un tiers („Qualifizierte Drittanerkennung"). Il se pose la question de savoir si dans une affaire roumaine-allemande, la validité et les effets d'une telle reconnaissance seront appréciés selon la loi nationale de l'enfant (désignée par l'article 2605 al. 2 NCC) ou par la loi désignée par l'article 2603 al. 1-3 NCC (la loi applicable aux effets du

mariage). A notre avis, la première solution, qui implique en effet l'appréciation du désaveu de paternité selon une loi et la reconnaissance de la paternité selon une autre, semble inacceptable. D'un part, les deux lois pourraient s'avérer contradictoires, conduisant à une solution absurde – deux personnes déclarées en même temps être le père d'un enfant. D'un autre part, il est logique que si un homme souhaite reconnaître la filiation d'un enfant dont la paternité a été déjà établie envers une autre personne (selon la loi désignée par l'article 2603 NCC), il doit se conformer à cette même loi dans ses démarches; ces dernières aboutiront seulement si cette loi permet que la filiation légitime puisse être écartée ou contestée par une reconnaissance de la part d'une personne différente de l'époux de la mère. Ainsi, même si un texte tel l'article 1599 par. 2 BGB établit les circonstances et les conditions de validité d'une reconnaissance de paternité, du moment où sa mise en œuvre a comme effet l'invalidation d'une filiation déjà établie légalement envers l'époux de la mère, son insertion dans le champ d'application de l'article 2603 NCC nous semble justifiée.

**33. La loi applicable à la contestation de la reconnaissance de filiation – art. 2605 al. 2 final NCC.** Pour la contestation de la reconnaissance de la filiation de l'enfant né hors mariage, l'article 2605 al. 1 final NCC impose l'application de la loi qui gouverne la reconnaissance de la filiation – la loi nationale de l'enfant. Lorsque la loi étrangère ainsi désignée ne permet pas l'annulation de la paternité établie sur la base d'une reconnaissance, une éventuelle intervention de l'exception d'ordre public ne semble pas exclue<sup>59</sup>, afin d'assurer une protection suffisante et adéquate de la vie privée et familiale de la personne (art. 8 CEDH). La même solution pourrait être retenue lorsque la contestation de la filiation, possible selon la loi étrangère, aurait du être faite dans de délais de prescription relativement courts (contrastant avec ceux, très libéraux, imposés par le législateur roumain en la matière<sup>60</sup>).

**34.** Une des questions soulevées par le texte est celle de savoir si, lorsque la reconnaissance de la filiation à été faite à l'étranger, selon une loi étrangère, différente de celle désignée par l'article 2605 NCC, la contestation de la reconnaissance de paternité sera ou non appréciée, devant les autorités roumaines, selon la loi désignée par l'article 2605 NCC. La réponse n'est pas simple. Si la formulation du texte est claire, il est pourtant difficile à expliquer pourquoi la reconnaissance de paternité et sa contestation devraient être régies par des lois différentes; au contraire, des raisons de logique et de cohérence suggéreraient toutefois qu'une même loi soit appliquée pour les deux questions (la reconnaissance et la contestation de la reconnaissance).

**35.** Les choses ne sont pas simples non plus lorsque l'enfant est multinational, ce qui entraîne la possibilité de consulter alternativement plusieurs lois pour ce qui est de la contestation de la reconnaissance de la filiation, multipliant les chances qu'une d'entre elles permette le résultat voulu par le demandeur. Le problème qui

nous intéresse est celui de savoir si dans une telle hypothèse l'option entre ces lois sera dictée par l'intérêt de l'enfant (alignement de la filiation légale sur la vérité biologique) ou sera prise en compte directement la loi appliquée déjà à la reconnaissance. Malgré le fait que le texte légal semble conférer priorité à la première solution, nous croyons que la deuxième alternative devrait prévaloir, spécialement pour des raisons de cohérence. La contestation du statut acquis conformément à la loi matérielle d'un Etat devrait être appréciée selon les rigueurs et les exigences de la même loi.

**36. Conclusion.** L'examen des dispositions du nouveau Code civil roumain en matière de filiation internationale montre que le législateur suit dans sa réglementation la tendance générale du droit international privé de spécialisation des normes de conflit, essayant d'arriver à de solutions adaptées tant aux problèmes spécifiques du droit interne, qu'aux divers intérêts en présence. Même si les textes analysés se veulent inspirés par l'idée de proximité, et non par le principe *favor filiationis* (à l'exception du cas de la double citoyenneté du mineur né hors mariage), les applications de ce dernier ne manqueront pas dans l'interprétation ou l'application des règles instituées.

Si à une première lecture les rattachements semblent faciliter la mise en œuvre des règles retenues, toutefois, dans beaucoup de cas, ils ne sont pas nécessairement adaptés aux nouvelles réalités (concernant par exemple la maternité de substitution ou les enfants nés de parents ayant conclu des mariages homosexuels). De même, la multiplication et la diversification des règles de conflits compliquent leur fonctionnement d'ensemble, soulevant des discussions pour l'articulation des textes dans les cas de frontière.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Chargé de cours, Faculté de Droit de l'UBB Cluj-Napoca; [alinaxoprea@yahoo.fr](mailto:alinaxoprea@yahoo.fr).

<sup>2</sup> Pour une vue d'ensemble comparative des législations nationales en matière de filiation, v. I. Schwenzler, « Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage », *EJCL*, vol. 11.3 (December 2007), [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org).

<sup>3</sup> En droit comparé, v. toutefois la situation du Royaume Uni et de l'Irlande – „Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international”, Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de Droit international privé, mars 2012 (<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>), p. 23.

<sup>4</sup> Articles 1094, 1095 et s. NCPC

<sup>5</sup> Republiée au Moniteur Officiel, I, n° 339 du 18 mai 2012.

<sup>6</sup> Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, la loi applicable était déterminée sur la base des articles 25-28 de la Loi n° 105/1992 sur la réglementation des rapports de droit international privé (M. Of. n° 245 du 1<sup>er</sup> octobre 1992). L'article 207 al. 1 de la Loi 71/2011 de mise en application du Code civil prévoit que les dispositions du Code seront utilisées dans toutes les affaires soumises aux instances judiciaires ou aux autorités administratives compétentes *après la date d'entrée en vigueur du Code, quels que soient la date et le lieu de conclusion des actes ou de réalisation des faits générateurs des rapports juridiques en cause*. Même si l'alinéa 2 du même article permet en général l'éviction des règles du Code (en faveur de celles contenues dans la Loi n° 105/1992) pour les rapports de droit international privé établis avant l'entrée en vigueur du Code civil lorsque leur application conduit à des conséquences manifestement injustes, les textes de la Loi n° 105/1992 et du Code civil relatifs à la filiation internationale étant quasi-identiques, cette disposition ne présente pourtant pas une relevance pratique spéciale dans la matière en discussion.

<sup>7</sup> Art. 2603 NCC, Loi applicable : « (1) *La filiation de l'enfant issu du mariage est établie selon la loi qui, à la date de sa naissance, gouverne les effets généraux du mariage de ses parents.* (2) *Si, avant la naissance de l'enfant, le mariage des parents a cessé ou a été dissout, la loi applicable est celle qui, à la date de la cessation ou du divorce, gouvernait ses effets. La loi indiquée s'applique aussi au désaveu de paternité de l'enfant légitime, ainsi qu'au nom de l'enfant* ».

<sup>8</sup> Si les parties impliquées sont des étrangers ayant leur résidence habituelle en Roumanie, la loi roumaine sera appliquée. S'il s'agit des roumains ayant leur résidence habituelle à l'étranger, la règle de conflit désigne la loi étrangère (ex. la loi espagnole, la loi italienne); l'enfant étant lui aussi ressortissant roumain (car il est né des parents roumains), il est probable que les instances soient peu disposées à appliquer cette loi étrangère, préférant, malgré l'élément d'extranéité, un retour au droit roumain ; le problème serait alors la base juridique pour cela car, si l'article 2565 al. 1 NCC consacre aujourd'hui en droit roumain une clause d'exception permettant en cas exceptionnels l'application de la loi avec laquelle la situation présente les liens les plus étroits, le même texte refuse dans son deuxième alinéa l'emploi de celle-ci en matière de statut personnel, ce qui est précisément le cas pour les questions d'établissement de la filiation. En ce qui concerne la troisième alternative prévue par le texte légal – l'établissement de la filiation selon la loi du pays de célébration du mariage des parents, lorsque ces derniers n'ont ni leur résidence habituelle au même Etat, ni nationalité commune – on ne peut qu'espérer qu'elle soit très peu utilisée en pratique, vu la localisation assez aléatoire des rapports de droit opérée par elles.

<sup>9</sup> V. aussi CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgia*. V. en droit comparé, I.Schwenzer, *op. cit.*, p. 3-4 et les rapports nationaux cités par l'auteur (note 4).

<sup>10</sup> Article 326 C. civ. fr. (ex. art. 341-1 C. civ.) : « *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ».

<sup>11</sup> V. CEDH, 13 février 2003, *Odievre c. France*, aff. 42326/98.

<sup>12</sup> V. Papachristou, *Droit de la famille (ΟικογΔ)*, p. 70, cité par N. Psouni, « Nouveaux développements en droit de succession hellénique », *EJCL*, vol. 14.2 (10.2010), <http://www.ejcl.org> ([www.ejcl.org/142/art142-7.doc](http://www.ejcl.org/142/art142-7.doc)).

<sup>13</sup> La maternité de substitution peut impliquer soit une procréation pour autrui (la mère porteuse fournit son matériel génétique), soit une gestation pour autrui (le matériel génétique n'appartient pas à la mère porteuse) – v. « *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international* », Bureau Permanent de la Conférence de la

Haye de Droit International privé, mars 2012 ([http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012\\_pd10fr.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012_pd10fr.pdf)), p. 30+2, Annexe avec glossaire. Pour une vue d'ensemble des problèmes suscités dans le plan des conflits de lois par cette institution, v. A. Grammaticaki-Alexiou, „Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws : An Initial Approach”, *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 60, p. 1113-1121.

<sup>14</sup> Dans la catégorie des Etats qui déclarent les conventions de maternité de substitution comme contraires aux principes de la dignité humaine et de l'indisponibilité du corps humain, en les interdisant de façon expresse, figurent l'Allemagne, la France, l'Autriche, la Suisse, la Suède, l'Italie. Ces conventions étant déclarées nulles, la mère juridique de l'enfant est la mère porteuse, l'époux de celle-ci étant présumé le père juridique; la contestation de paternité est toutefois possible.

<sup>15</sup> C'est par exemple le cas de la Roumanie (toutefois, un projet de loi autorisant la maternité de substitution a été examiné par les deux Chambres du Parlement en 2012). Pour d'autres exemples, v. « *Rapport préliminaire...* », *op. cit.* (2012), p. 10, n° 13.

<sup>16</sup> Dans la catégorie des Etats qui ont opté pour des réglementations souples, qui encouragent le tourisme médical, figurent l'Ukraine (art. 123 C. Fam., complété par la loi 2358/VI du 1<sup>er</sup> juillet 2010), la Russie, la Moldavie, l'Afrique du Sud, l'Inde, certains Etats américains. En principe, en ces Etats, les conventions de mère porteuse à titre onéreux sont valables, il n'y a pas des exigences de résidence ou de domicile sur le territoire pour les étrangers voulant faire appel à une mère porteuse autochtone, les parents commanditaires sont immédiatement inscrit dans les actes d'état civil de l'enfant comme parents légaux, si quelques conditions sont remplies - v. « *Rapport préliminaire...* », *op. cit.* (2012), p. 16, n° 26.

<sup>17</sup> Parmi les Etats qui admettent la maternité de substitution de façon strictement encadrée figurent la Grèce, l'Israël, la Grande Bretagne. En Grèce et Israël, la procédure est conditionnée légalement, étant exigée une autorisation de la part des instances judiciaires ou des autorités administratives, préalable à la conclusion de la convention et au démarrage du traitement FIV; dans les actes de naissance de l'enfant vont figurer directement les parents commanditaires/intentionnels. Au Royaume Uni, la convention est examinée de façon rétrospective du point de vue de sa conformité avec la loi ; dans l'acte de naissance initial vont figurer comme parents la mère utérine (et éventuellement son époux); pour le transfert de la filiation envers les parents génétiques/commanditaire est nécessaire soit l'obtention d'une ordonnance spécifique (*parental order*) soit la mise en œuvre de la procédure d'adoption. En Grèce et au Royaume Uni, la convention de mère porteuse est essentiellement gratuite, en Israël elle peut avoir un caractère onéreux - v. « *Rapport préliminaire...* », *op. cit.* (2012), p. 12, n° 16.

<sup>18</sup> Les termes sont empruntés au document „Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international”, *Document préliminaire No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, disponible à l'adresse : <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>.

<sup>19</sup> Art. 2558 NCC, Qualification: « *Lorsque la désignation de la loi applicable dépend de la qualification que sera donnée à une institution de droit ou à un rapport juridique, c'est la qualification juridique établie par la loi roumaine qui sera prise en considération* ».

<sup>20</sup> En droit roumain, la mère est la personne ayant donné naissance à l'enfant - v. G. Lupșan, « Certains aspects juridiques concernant la “mère porteuse” », *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, vol. 2, 1/2006 (<http://journals.univ-danubius.ro /index.php/juridica/issue/view/62>). V. aussi l'article 408 NCC: „*La filiation envers la mère résulte du fait de la naissance; elle peut aussi être établie par reconnaissance ou par décision de justice*”. Egalement révélateur peut être aussi l'article 441 al. 1

NCC – « *La reproduction humaine médicalement assistée avec tiers donneur ne crée pas de lien de filiation entre l'enfant et le donneur* ».

- <sup>21</sup> Cette loi serait appliquée pour ce qui est du consentement de la mère porteuse (et de son époux) à la remise de l'enfant, elle préciserait à quoi exactement la mère porteuse a consenti et si cette dernière garde un lien avec l'enfant, quel type de lien, en quelles conditions, pour quelle durée, avec quelles formalités.
- <sup>22</sup> I.P. Filipescu, M. Jacotă, *Drept internațional privat*, EDP, București, 1968, p. 78 et s. Les auteurs précisent expressément que pour la reconnaissance des droits acquis à l'étranger (actuel article 2567 NCC), une des conditions qui doivent être remplies est celle de l'acquisition de ces droits conformément à la loi compétente „selon les principes du droit international privé roumain”.
- <sup>23</sup> B. Dutoit, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle, 2004, p. 233.
- <sup>24</sup> V. aussi l'article 263 al. 1 NCC, qui dispose que « *Toute mesure relative à l'enfant, quel que soit son auteur, doit être prise dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant* ».
- <sup>25</sup> Art. 2588 NCC : « *La loi qui régit les conditions légales pour la conclusion du mariage s'applique à la nullité du mariage et aux effets de cette nullité* ».
- <sup>26</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 1 décembre 1998, *JCP G*, 17 février 1999, p. 377, note H. Muir-Watt.
- <sup>27</sup> H. Muir-Watt, note citée supra, p. 378, n° 4, critiquant l'arrêt commenté.
- <sup>28</sup> V. B. Audit, *Droit international privé*, *Economica*, 2008, n° 199, n° 200, p. 174-175.
- <sup>29</sup> Les articles 259 NCC et 277 NCC définissent le mariage comme „*l'union librement consentie entre un homme et une femme*” et interdisent expressément le mariage entre les personnes de même sexe.
- <sup>30</sup> V. au Royaume Uni, *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008), qui étend la présomption de « paternité » à la partenaire de sexe féminin de la mère, sur la base du consentement que celle-ci a donné pour la fertilisation. Des dispositions similaires existent au Suède, au Norvège et en Espagne – v. V. Todorova, „Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS ? Need for EU action?”, note établie pour *Directorate General For Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2010, n° 3.3 (disponible à l'adresse: <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/394.pdf>).
- <sup>31</sup> B. Audit, *op. cit.*, n°202, p. 177-178 : „...le fait qu'il s'agisse d'une union entre personnes de sexe différent n'interdit pas en principe d'accueillir aujourd'hui dans la catégorie („mariage”, notre ajout) certaines unions auxquelles des lois étrangères [...] confèrent le caractère d'un mariage (cela sans préjudice de l'intervention de l'ordre public)”. V. pour une position similaire, D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 2007, t. II, n° 725. H. Gaudemet-Tallon, „Incertaines familles, incertaines frontières: quel droit international privé ?” in *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois 2007, p. 147-168, sp. p. 154-155.
- <sup>32</sup> Sur les implications d'un tel refus de la perspective de l'article 8 de la CEDH (Protection du droit à la vie privée et familiale), v. notre étude : „Despre recunoașterea statutului matrimonial dobândit în străinătate și protecția europeană a dreptului la viață familială”, *Studia Iurisprudentia*, 4/2012 (<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=522>).
- <sup>33</sup> V. l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, 20.11.1989, ratifiée par la Roumanie par la Loi n° 18/1990 (M. Of. n° 314 du 13 juin 2001); v. aussi l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

- <sup>34</sup> M. Mignot, „Le partenariat enregistré en droit international privé”, *RIDC*, 2001, vol. 53, p. 601-653. B. Audit, *op. cit.*, n° 642, p. 532-533. H. Gaudemet-Tallon, „Incertaines familles, incertaines frontières...”, *op. cit.*, p. 151 et s.
- <sup>35</sup> Cela pourrait avoir une importance particulière dans le contexte de la détermination de la paternité d'un enfant né suite à l'utilisation du matériel génétique donné par un tiers.
- <sup>36</sup> En droit roumain, la paternité juridique est moulée à celle sociale : les donneurs de sperme ne sont pas considérés comme parents et la paternité est attribuée directement à l'époux de la mère (ayant consenti à l'insémination). Celui qui, après avoir consenti à la reproduction médicalement assistée avec tiers donneur, ne reconnaît pas l'enfant né hors mariage répond envers la mère et l'enfant ; en ce cas, la paternité de l'enfant sera établie par voie judiciaire, dans les conditions prévues aux articles 411 et 423 NCC.
- <sup>37</sup> V. l'article 1088 NCPC: „La qualification d'un problème comme étant de droit processuel ou substantiel est faite selon la loi roumaine, sous la réserve des institutions juridiques sans correspondant en droit roumain”. V. aussi l'article 2558 NCC, cité plus haut.
- <sup>38</sup> Par exemple, dans le cas de la reproduction médicalement assistée avec tiers donneur, l'article 443 NCC précise, à titre de principe, que « *personne ne peut contester la filiation de l'enfant pour des raisons qui tiennent à la reproduction assistée médicalement; l'enfant ainsi né ne peut pas non plus contester sa filiation* » (alinéa 1<sup>er</sup>); c'est seulement exceptionnellement qu'une action en désaveu de paternité peut être introduite par l'époux de la mère, lorsque celui-ci n'a pas consenti (alinéa 2). Hors le cas de la reproduction médicalement assistée, l'article 411 al. 2 NCC prévoit en principe que « *personne ne peut contester la filiation maternelle de l'enfant qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance* » et l'article 414 NCC permet la contestation de la paternité seulement lorsqu'il est « *impossible que l'époux de la mère soit le père de l'enfant* ».
- <sup>39</sup> La limite pourrait bien entendu être représentée par la violation manifeste et injustifiée du droit des personnes privées à une vie familiale – v. l'arrêt *Kroon et autres c. Pays Bas*, du 27 octobre 1994 (n° 18535/91), dans lequel la CEDH a décidé que la protection du droit à la vie familiale impose l'éviction des normes qui ne permettent pas l'établissement de la vérité biologique: « *le „respect” de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne* » (n° 40).
- <sup>40</sup> V. I. Schwenzler, *op. cit.*, p. 5, n° 2.2.1.2.
- <sup>41</sup> CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays Bas*.
- <sup>42</sup> Tel est le cas, par exemple, du droit anglais; v. Section 2 of the Legitimacy Act 1976: *Subject to the following provisions of this Act, where the parents of an illegitimate person marry one another, the marriage shall, if the father of the illegitimate person is at the date of marriage domiciled in England and Wales, render that person, if living, legitimate from the date of the marriage.*
- <sup>43</sup> Art. 2604 NCC - „*Lorsque les parents sont en droit de procéder à la légitimation par mariage subséquent de l'enfant né antérieurement, les conditions exigées à cet effet sont celles prévues par la loi qui s'applique aux effets généraux de ce mariage*”. La réglementation antérieure (article 27 de la loi 105/1992) est quasi-identique.
- <sup>44</sup> Lorsque l'enfant est apatride, la loi nationale est considérée être la loi du pays où il a sa résidence habituelle (article 2568 al. 3 NCC).
- <sup>45</sup> Cf. H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, 1983, p. 101, n° 458.

<sup>46</sup> Article 2572 NCC (Loi applicable à l'état civil et à la capacité): „L'état civil et la capacité de la personne physique sont gouvernées par sa loi nationale, si des dispositions spéciales ne prévoient autre chose”.

<sup>47</sup> Lorsque la maternité est établie, l'enfant aura la nationalité de la mère ; la loi nationale ainsi déterminée sera appliquée pour l'établissement de la paternité de l'enfant.

<sup>48</sup> Une solution similaire est retenue dans le droit espagnol, qui impose l'application de la loi qui correspond à la nationalité présumée de l'enfant – la nationalité que l'enfant aurait eu si celui qui prétend être son parent le serait réellement - v. A.-L. Calvo-Caravaca, J. Carrascosa-Gonzalez, *Derecho internacional privado*, vol. II, 8<sup>e</sup> éd., Comares, 2008, p. 165 et s.

<sup>49</sup> Par exemple, dans des différents Etats de l'Afrique noire, parmi les musulmans adeptes des rites hanefite, malekite, chaféite et hanbalite sont consacrés, à travers la croyance de „l'enfant endormi au ventre de sa mère”, des délais de gestation beaucoup plus longs que ceux admis par la science médicale moderne (trois, cinq ou même sept ans) ; v. J. Colin, «Au Maghreb un contre-pouvoir du côté des femmes : l'enfant endormi dans le ventre de sa mère», *L'Année sociologique* 1/2003 (vol. 53), p. 109-122 ([www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2003-1-page-109.htm](http://www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2003-1-page-109.htm)). L'auteur cite un arrêt algérien de 1866, trouvé dans l'œuvre du R. Estoublon (*Jurisprudence algérienne de 1830 à 1876*, Alger, Jourdan, vol. III (1890), p. 41-44), admettant que le père d'un enfant né par une femme est l'ex-époux de celle-ci (décédé depuis trois ans), même si cette femme était remariée depuis un an au moment de la naissance de l'enfant. Est cité également un arrêt de 1935 d'un tribunal coutumier marocain (v. Aspinion, *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain; étude sur les coutumes des Tribus Zayanes, Casablanca-Fès*, A. Moynier, jugement n°13, p. 233-238), admettant que le père de l'enfant né d'une femme mariée (au quatrième mariage), est le premier époux de celle-ci, même si le divorce avait eu lieu sept ans avant la naissance de l'enfant. Les délais admis aujourd'hui sont plus courts - en principe une année, calculée du moment du divorce ou du décès du mari-, mais ils peuvent encore dépasser ceux généralement consacrés par la science médicale, d'où les conflits que peuvent surgir.

<sup>50</sup> La solution n'est pas entièrement convenable en raison du fait que très souvent la loi ainsi désignée pourrait être écartée comme contraire à l'ordre public (voir les exemples cités dans la note précédente).

<sup>51</sup> En droit comparé, il y a des législations qui présument que le partenaire (d'un partenariat enregistré ou d'un couple stable de concubins) est le parent légal de l'enfant né par la partenaire; tel est par exemple le cas du Canada ou des Etats Unis - v. I. Schwenger, *op. cit.*, p. 5, n° 2.2.1.1. Dans le droit roumain aussi, selon l'article 426 NCC (présomption de filiation envers le père prétendu), « la paternité est présumée s'il est prouvé que le prétendu père a cohabité avec la mère de l'enfant pendant la durée légale de la conception ».

<sup>52</sup> Cette position n'est pas uniforme en droit comparé – v. par exemple Cass. Ital., 21 mars 1990, n° 2350, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1991, p. 734, déclarant contraire à l'ordre public de DIP d'Italie la loi argentine qui permettait exclusivement à l'enfant d'introduire l'action en établissement judiciaire de paternité; v. aussi Cass. Ital., 1<sup>er</sup> juillet 1993, n° 7447, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1994, p. 597, déclarant également contraire à l'ordre public de DIP d'Italie la loi anglaise offrant à la mère (seulement) le droit d'introduire une action en justice en vue d'établir la paternité, dans un délai de trois ans à partir de la naissance de l'enfant, et refusant corrélativement à l'enfant majeur le droit de promouvoir une telle action.

<sup>53</sup> L'article 12 al. 2 de la Loi 105/1992 n'a pas été repris par le législateur roumain dans le nouveau Code civil, l'article 2568 al. 2 NCC imposant aujourd'hui comme principe la priorité de la nationalité effective, sans distinguer plus si la nationalité roumaine est ou non en cause: „Si une personne ait plusieurs nationalités, sera appliquée la loi de celui des Etats dont la personne possède la nationalité et avec lequel elle est plus étroitement liée, spécialement par sa résidence habituelle”.

- <sup>54</sup> C'est, plus précisément le cas du Maroc et de l'Algérie. Depuis 1998, la Tunisie reconnaît la filiation illégitime - v. E. Barraud, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», *Droit et cultures*, 59, 2010-1, <http://droitcultures.revues.org/2118>, n° 6 et s.
- <sup>55</sup> Ex. C. Ap. Lyon, 12 décembre 2000, *JDI* 2002, p. 475. L'affaire concernait l'établissement de la filiation d'un enfant né en France, de mère marocaine et père algérien. La Cour d'appel décide que le droit étranger applicable (la loi nationale de la mère), qui ne permet pas l'établissement de la paternité, est contraire à l'ordre public international français ; en même temps, le texte du droit interne français sur les effets de la possession d'état est reconnu d'application immédiate. La Cour de cassation nuance cette position. Dans un arrêt du 25 avril 2007 (Civ. 1<sup>ère</sup>, *RCDIP*, 2008, p. 81), la haute juridiction précise que le droit algérien qui ne permet pas l'établissement de la paternité de l'enfant né hors mariage n'est pas contraire à l'ordre public international français ; ce n'est qu'exceptionnellement, lorsque l'enfant est citoyen français ou sa résidence habituelle se trouve en France, que ce mécanisme peut être utilisé pour écarter l'application de la loi étrangère – Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1993, *RCDIP* 1993, p. 620.
- <sup>56</sup> CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, *JCP*, 2003.II.10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.
- <sup>57</sup> A. Oprea, « Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères en droit international privé », *Revista română de drept internațional privat și drept privat comparat*, 1/2006, p. 307-340.
- <sup>58</sup> V. I.P. Filipescu, M. Jacotă, *op. cit.*, p. 219, pour une position en même sens. Pour un exemple du droit comparé, v. Cass. Ital., 8 mars 1999, n° 1951, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, p. 130.
- <sup>59</sup> Pour un exemple en droit comparé, v. C. Ap. Paris, 5 décembre 1991, *Dalloz* 1992, p. 290, déclarant contraire à l'ordre public international français une loi yougoslave qui ne permettait pas l'annulation d'une filiation établie par reconnaissance.
- <sup>60</sup> V. par exemple l'article 420 al. 1 NCC, qui prévoit que : « *la reconnaissance qui ne correspond pas à la vérité peut être contesté à tout moment et par toute personne intéressée* » ; v. aussi l'article 423 NCC – « *Le droit à l'action (en établissement de maternité, notre ajout) est imprescriptible* » - et l'article 427 NCC : « *Le droit à l'action en établissement de paternité ne se prescrit pas pendant la vie de l'enfant* ».

**FAMILLE ET RESERVE SUCCESSORALE DANS LE CODE CIVIL MOLDAVE,  
DIX ANS APRES SON ENTREE EN VIGUEUR<sup>1</sup>**

**Veaceslav PÎNZARI\***

**Résumé :** *Le Code civil de la République de Moldavie établit la réserve successorale dans un chapitre distinct et ayant le même nom, dans l'art.1505-1514. Selon l'art. 1505 : « Les successeurs du premier ordre, inaptes de travailler, ont le droit d'hériter, indépendamment du contenu du testament, au moins une moitié du quota qui serait dû à chacun en cas de succession légale (réserve de succession). À notre avis, aucune obligation légale de cette nature pour ne pas glisser sans des erreurs dans son contenu. Ainsi, la législation moldave dit que ce sont les successeurs du premier ordre qui ont le droit à la réserve, à savoir, les descendants, l'époux survivant et les ascendants privilégiés. Le problème est que ces personnes, pour bénéficier de ce droit, doivent être inaptes de travailler. À notre avis, c'est une condition non justifiée, parce que la réserve est établie en faveur des personnes qui ont un lien spécial avec le défunt, soit des degrés de parenté très proches, soit le statut d'époux. Ces personnes ont contribué directement, par divers moyens, à la formation de son patrimoine successoral de cujus, ainsi, nous pensons qu'ils doivent bénéficier de ce droit sans certaines conditions supplémentaires, autres que le degré de parenté et la qualité d'époux.*

**Mots clés :** *succession légale, code civil moldave, conjoint survivant, réserve successorale*

Après plus d'une décennie depuis l'acquisition de l'Indépendance de la République de Moldavie, ayant en vue le fait que les relations sociales ont complètement changé et l'ancienne loi ne répondait pas aux nouvelles réalités, en parcourant un difficile procès d' „accomplissement”, le Parlement a adopté un nouveau Code civil qui a entré en vigueur le 12 juin 2003. Celui-ci est composé de cinq parties „Le droit successoral” étant réglementé dans le quatrième livre dans l'art. 1432-1575. Le troisième titre du quatrième livre l'art. 1499-1514 réglemente „L'héritage légal”, l'institution de la réserve successorale étant réglementée dans un chapitre différente avec la même dénomination, l'art .1505-1514 C.civ.<sup>2</sup>

Avant de faire une analyse de l'institution de la réserve héréditaire, nous allons faire référence à quelques aspects qui visent la réglementation de la succession, comme institution, en général. Ainsi, le législateur à l'art. 1432 alinéa. 1 et 2 du C civ. intitulé „L'héritage” prévoit:

„(1) L'héritage est la transmission du patrimoine d'une personne physique décédée (celui qui a laissé l'héritage) vers ses successeurs.

(2) L'héritage représente le transfert des droits pour cause de décès, universelle, unitaire et indivisible”.

On constate que le législateur essaie de définir, quoique assez maladroit, la notion „d'héritage” dans le premier alinéa, en expliquant au lecteur entre parenthèses qui est „la personne physique décédée”, ce qui n'était pas du tout nécessaire, à notre avis, et au deuxième alinéa, le législateur compte les caractères juridiques de l'héritage. Dans cette disposition légale a intervenu une erreur, à notre avis, ou, connu est le fait que par héritage on transfère l'entier patrimoine successoral, qui comprend à la fois le quota actif et le passif. Ainsi, par succession ou héritage on ne transfère que des droits, comme erroné mentionne le législateur moldave, mais le patrimoine successoral, comme universalité juridique, mais cette universalité suppose tant le quota actif que le passif, qui évidemment est composé par les obligations du défunt et qui passent aux successeurs après l'ouverture de la succession. D'ailleurs, le législateur statue à l'alinéa 1 l'art. 1444 intitulé „Le patrimoine successoral” le fait que: „Le patrimoine successoral contient tant les droits patrimoniaux (l'actif successoral), que les obligations patrimoniaux (le passif successoral), dont celui qui a laissé l'héritage disposait au moment du décès”. Aussi, l'option successorale ne peut-elle pas être affectée par des modalités et le législateur interdit l'acceptation ou la renonciation partielle à la succession par les dispositions de l'art. 1527 C.civ intitulé „L'inadmissibilité de la renonciation partielle à l'héritage” qui prévoit, comme il était logique, d'ailleurs, le fait que: „On ne permet pas la renonciation partielle à la succession ou l'acceptation partielle de la succession, sous condition ou sous un certain délai.

(2) Si l'héritier renonce à une certaine partie de l'héritage ou formule une certaine condition, on considère qu'il renonce à l'héritage”.

Aussi, si le législateur établit-il que le patrimoine d'une personne physique, comme universalité juridique, peut être transmis seulement au décès de celle-ci, qu'est-ce qu'il a pour but quand il mentionne à l'art. 673 C civ les suivants: „Le contrat parmi lequel une partie s'oblige à transmettre entièrement ou partiellement son patrimoine présent ou à le grever d'usufruit a besoin d'authentification notariale”? Est-il possible l'aliénation du patrimoine comme universalité juridique et par des actes *inter vivos* ?

L'art. 1433 du C civ. intitulée „Les successeurs” dans l'alinéa 1 prévoit: „Peut-être des héritiers, dans le cas de la succession:

a) Testamentaire, les personnes qui étaient vivants au moment du décès de celui qui a laissé l'héritage et celles qui ont été conçues pendant la vie de celui qui a laissé l'héritage et qu'ils sont nés vivants après le décès de celui-ci, même s'ils sont ou pas ses enfants, ainsi que les personnes morales qui ont capacité juridique civile au moment du décès de celui qui a laissé l'héritage;

b) légale, les personnes qui étaient vivants au moment du décès de celui qui a laissé l'héritage, ainsi que les enfants de celui qui a laissé l'héritage conçus pendant sa vie et nés vivants après le décès de celui-ci”.

Comme on peut le voir, peuvent hériter les personnes qui existent au moment de l'ouverture de la succession, auxquelles la loi le permet. En ce qui concerne le droit de disposer, alinéa 2, art. 1449 du C. Civ. prévoit: „Testateur ne peut être que la personne avec de la capacité d'exercice”. D'ici on voit qu'on peut tester les personnes qui ont accompli l'âge de 18 ans, ou celle qui ont acquiert pleine capacité d'exercice anticipé, dans les conditions de l'art. 20 C civ.

Dans les travaux de spécialité on remet en cause le fondement de la succession légale. Moi, je ne pense pas que, du Code civile de la République de Moldavie, on puisse tirer une conclusion sûre sur le fait si „la *liaison de sang*” ou „l'*affection*” du défunt sous-tend la succession légale. Ainsi, l'art. 1500 C civ. premier alinéa prévoit que, dans le cas de la succession légale, les héritiers qui ont droit à une part égale sont: du premier ordre – les descendants, l'époux survivant et les ascendants privilégiés; du deuxième ordre – les collatéraux privilégiés et les ascendants ordinaires; du troisième ordre – les collatéraux ordinaires. On voit, que dans le premier ordre des héritiers entrent, à côté des descendants et ascendants privilégiés, l'époux survivant. D'ici on peut déduire que, tant la *liaison de sang* que l'*affection* que le défunt suppose eu envers l'époux survivant ou envers les parents proches représente le fondement de la succession légale.

La législation actuelle de la République de Moldavie, ne reconnaît pas et ne donne aucune valence juridique aux unions des personnes, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents, celles-ci ne produisent pas des effets juridiques ni dans le domaine du droit de la famille ni dans celui des successions. Pour produire des effets juridiques, une union, doit être entre deux personnes de sexe différent et qu'il soit inscrit obligatoirement dans les Bureaux d'Etat Civil.

Selon l'art. 1505 du C civ. Intitulée „La réserve successorale”: Les successeurs du premier ordre inaptes à travailler ont le droit d'hériter, quel que soit le contenu du testament, au moins une moitié quote-part du quota qui reviendrait à chacun en cas de succession légale (réserve successorale)”.

Ainsi, dans la législation de Moldavie bénéficient du droit à la réserve les successeurs du premier ordre, c'est-à-dire, les descendants, l'époux survivant et les ascendants privilégiés. Le problème consiste dans le fait que les personnes désignées, pour bénéficier de ce droit, doivent être incapable de travailler.<sup>3</sup>

Il s'agit d'une condition injustifiée, à notre avis, parce que, la réserve est créée pour les personnes qui ont une liaison particulière avec le défunt, soit des degrés de parenté très proches ou la qualité d'époux. Ces personnes ont contribué, le plus souvent directement, par des différents manières, à la constitution du patrimoine successoral de *de cuius*, ainsi, par des raisons pratiques, nous pensons qu'elles doivent jouir de ce droit sans les établir des certaines conditions supplémentaires, en dehors du degré proche de parenté ou de la qualité d'époux survivant.

À la suite, nous essayons d'analyser la situation des héritiers réservataires, réglementée par la législation civile actuelle.

Conformément aux dispositions de l'art. 1500 du C civ., les descendants sont des héritiers du premier ordre, indépendamment du sexe, même s'il sont nés pendant la vie de *de cuius* ou après son décès, qu'ils sont du mariage ou en dehors du mariage, qu'ils sont ses enfants naturels ou adoptés, qu'ils vivent ensemble ou séparés etc. Selon l'art 50 du C.fam. „L'enfant né des parents mariés ou dans un délai de 300 jours de la dissolution du mariage, de la déclaration du mariage nul ou du décès de l'époux de la mère de l'enfant a comme père à l'époux (l'ex-époux) de la mère, si le contraire n'a pas été établi". D'ici résulte que le père de l'enfant né pendant le mariage est l'époux de sa mère. La présomption de paternité se base sur la conception ou la naissance de l'enfant pendant le mariage et, pour prouver la filiation envers le père de l'enfant du mariage il suffit d'établir la filiation, ou la liaison de sang entre l'enfant et sa mère et que celle-ci était mariée au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant avec son père. La base de la présomption de paternité réside dans le fait que les époux ont eu des relations desquelles peuvent apparaître des enfants et qu'ils, tout particulièrement l'épouse, ont respecté l'obligation de fidélité conjugale. La présomption de paternité reflète la réalisation du principe de la monogamie du mariage.

Des dispositions de l'art. 47 et 48 du C fam, on voit que la filiation envers le père de l'enfant hors mariage peut être établie par la reconnaissance de la paternité volontaire ou par l'action en justice pour l'établissement de la paternité.

Aussi, dans la catégorie des descendants inclut-on les enfants adoptés du défunt qui, en conformité avec les prévisions de l'art. 40 de la Loi sur le régime juridique de l'adoption<sup>4</sup> acquièrent les droits et les obligations des enfants naturels. Ainsi, l'alinéa 2, art. 40 de la Loi prévoit: „Depuis le consentement de l'adoption on établit la filiation entre l'enfant adopté et l'adoptant, ainsi que les liaisons de parenté entre l'enfant et les parents de l'adoptant.”

La suivante personne qui a la qualité d'héritier réservataire c'est l'époux survivant.

Celui-ci ne bénéficie pas d'un statut spécial en matière de successions, il est, comme nous l'avons mentionné, héritier réservataire du premier ordre et il pourra jouir effectivement de ce droit, comme les autres héritiers réservataires, s'il est incapable de travailler. L'acte juridique du mariage donne naissance à la vocation successorale en faveur de l'époux survivant parce que, le plus souvent, parmi ces personnes il y avait une affection particulière et, aussi, le patrimoine commun a été créé par les efforts des deux époux, ainsi qu'au décès de l'un, il est juste que l'autre jouit d'une certaine quote-part de la fortune successorale de son défunt époux, sans tenir compte du contenu du testament que *de cujus* laisse.

Concernant les droits successoraux de l'époux survivant, des importantes questions, à notre avis, soulèvent les prévisions de l'art. 1502 et 1503 du C civ. Sur les droits successoraux de l'époux survivant nous nous avons exprimé en d'autres occasions<sup>5</sup>, mais, on pense qu'il est nécessaire de revenir sur ces dispositions légales parce que, la législation n'a pas été modifiée concernant ce chapitre. Ainsi, l'art. 1502 du C civ. intitulé „La privation du droit à la succession dans la dissolution du mariage” prévoit que : „Par l'arrêt, un époux peut être privé du droit à la succession légale si on confirme que de facto le mariage avec celui qui a laissé l'héritage a cessé 3 ans avant que la succession soit ouverte et que les époux ont vécu séparément”.

Nous pourrions deviner quelle était l'intention du législateur moldave par l'institution de cette disposition légale, mais aussi la manière par laquelle elle est faite laisse à désirer et soulève nombreuse questions, c'est la raison pour lequel nous soumettons la réglementation prévue à l'art. 1502 du C.civ., des considérants suivantes:

- nous constatons qu'il existe une divergence entre la dénomination de l'article et son contenu. Ainsi, le titre de l'article 1502 du C.civ. est: „L'exclusion du droit de succession dans le cas de la dissolution du mariage”. Comme préconisé dans la littérature de spécialité, la dissolution du mariage ou le divorce représente „un moyen de faire la dissolution du mariage par voie judiciaire quand, grâce aux quelques raisons profonds les rapports entre les conjoints sont sérieusement blessés et la continuation du mariage n'est pas encore possible”<sup>6</sup>. Donc, pour parler du divorce il faut exister un jugement définitif et irrévocable par lequel l'acte juridique du mariage soit dissolu. Comme nous avons pu constater, dans le contenu de l'article soumis à l'analyse on ne parle pas de la dissolution du mariage, mais de l'interruption en fait des relations de mariage, qui ne représentent pas l'équivalent du divorce. Dans cette situation, pour être le moins cohérent entre le titre de l'article et son contenu, à notre avis, la dénomination devrait être la suivante: „L'exclusion du droit de succession légale dans le cas de l'interruption en fait des relations de mariage”;

- le syntagme „un conjoint peut être privé du droit de succession...” soulève des doutes sérieux. Ce que le législateur avait en tête quand il a spécifié notamment que „un conjoint” peut être privé du droit de succession et pas le „conjoint survivant”? Ce syntagme nous rappelle des mariages polygames, ou, dans la législation de la République de Moldavie le mariage a un caractère monogame.

- comme il a été mentionné dans les travaux de spécialité, „comme chaque successeur, le conjoint survivant doit remplir les conditions générales prévues par la loi pour pouvoir succéder et il doit avoir la qualité légale du conjoint du défunt à la date de l’ouverture de la succession. Du point de vue du droit successoral, il n’importe combien le mariage avec le défunt a duré, quel était l’état matériel ou le sexe du conjoint survivant, si les conjoint avait ou non des enfants ou si les conjoints vivaient ensemble ou séparés en fait au moment du décès”<sup>7</sup>.

- selon les dispositions du Code de la famille de la République de Moldavie, une personne se considère elle-même mariée du „jour de l’enregistrement du mariage aux organes d’état civil” (art.9 alinéa 2 du C.fam.) et jusqu’„au jour de l’enregistrement du divorce, quand le mariage a été dissolue au bureau d’état civil, ou le jour quand la décision du tribunal concernant la dissolution du mariage a restée définitive” (art.39 alin.1 C.fam.). Ainsi, dans le cas de séparation seulement en fait des conjoints et de la manque d’un arrêt définitif de divorce, ces personnes ont la qualité des conjoints, donc, ils ont de la vocation successorale;

- la législation familiale ne prévoit nulle part l’obligation de vivre ensemble ou de cohabiter des conjoints, ainsi, ils peuvent vivre ensemble ou séparés, comme il est prévu aussi par l’art.16 alinéa 3 du C.fam., le logement séparé n’étant pas un raison d’exclusion au droit de succession, étant, éventuellement, un raison de divorce;

- le mariage „cesse” après le décès ou la déclaration du décès d’un des conjoints (art.33 alinéa 1 C.fam.), de manière qu’il ne pouvait pas „cesser” trois ans avant l’ouverture de la succession;

- comme il est justifié par l’établissement de la durée de „trois ans” quand les relations de mariage doivent être interrompues pour que le conjoint soit privé du droit à la succession légale?

- Nous sommes catégoriquement contre l’usage du Code civil, ou d’autres actes normatifs, des expressions ambiguës comme „peut être privé” prévue dans l’article 1502 du C.civ., et nous considérons qu’il ne faut pas être laissé au juge de permettre au conjoint survivant de succéder ou non, ou, à notre avis, le législateur devrait indiquer précisément dans cette situation s’il permet au conjoint de venir à la succession ou il le prive de ce droit.

**En conclusion**, nous considérons que l'article 1502 doit être exclu en général du Code civil, car, il permet d'échapper à la loi. Si elle est gardée, cette disposition légale doit être révisée et corrigée, pour être en concordance avec la législation familiale, ou vice-versa, le Code de la famille doit être corrigé pour correspondre à la législation civile. Dans le cas de la maintenance de l'article donné dans le Code Civil, nous proposons que celui-ci ait la dénomination „L'exclusion du droit à la succession légale dans le cas de l'interruption en fait des relations de mariage” et le contenu suivant: „Dans le cas où les relations de mariage entre les conjoints ont été interrompu en fait au moins pendant trois ans et il n'existe pas un arrêt de divorce, le conjoint survivant sera privé du droit à la succession légale”.

Toujours en se référant aux droits de succession du conjoint survivant est aussi l'art.1503 C.civ., intitulé: „La perte du droit de succession dans le cas de la déclaration de la nullité de mariage”, qui prévoit que: „Le conjoint survivant perte son droit à la succession s'ils existaient des raisons pour la déclaration de la nullité et le testateur avait déposé, à ce but, une action en justice”.

En ce qui nous concerne, nous soumettons aux critiques les dispositions de l'art.1503 du C.civ. pour les raisons suivantes:

- nous considérons qu'il existe une incohérence entre le nom de l'article 1503 du C.civ. et son contenu. Ainsi, le titre de l'article est: „La perte du droit à la succession dans le cas de la déclaration de la nullité du mariage” et dans son contenu le législateur fait référence à la perte par le conjoint survivant du droit de succéder en vertu d'un testament. Cette conclusion est faite dans la part finale de l'article 1503 du C.civ. qui prévoit que la sanction donnée interviendra si „le testateur dépose, à ce but, une action en justice”. En effet, la notion de succession est susceptible des plusieurs acceptions, mais essentiellement, celle-ci désigne la transmission d'un patrimoine, une partie du patrimoine des biens singuliers d'une personne naturelle ou morale en être<sup>8</sup>. Ainsi, quand on dit la succession, dans ce contexte, nous aurons en vue une transmission *mortis causa* par laquelle on transmet des droits et des obligations sans spécifier que celle-ci est légale ou testamentaire. Par conséquent, nous considérons que, par les dispositions de l'art.1503 du C.civ. on a voulu la privation du conjoint survivant du droit à la succession testamentaire, la dénomination devait nous indiquer ce fait et que l'article soit intitulé „La perte du droit à la succession testamentaire dans le cas de la déclaration de la nullité du mariage”. Si, on envisageait que par cette disposition légale le conjoint survivant perde le droit à la succession légale et testamentaire, pourquoi le législateur établi que le „testateur” et pas le „défunt” devait déposer l'action de la déclaration de la nullité du mariage?

- le législateur nous propose, par la manière de rédaction du titre de l'article 1503 du C.civ., l'idée que la nullité du mariage était déjà constatée et qu'il existe aussi

un jugement au sens donné, même si du contenu de la disposition légale examinée résulte que le conjoint décédé vient de déposer une action concernant la nullité du mariage. Celle-ci, à notre avis, représente aussi une incohérence entre la dénomination et le contenu de l'article soumis à l'analyse;

- ce que nous devons comprendre par le syntagme „ils ont existé des raisons pour déclarer la nullité du mariage” ? Ces raisons ont existé dans l'opinion ou l'imagination duquel, du défunt, du conjoint survivant, de la cour qui a été saisie etc.?

- nous devons comprendre que la soumission de la demande concernant la déclaration de la nullité ou l'annulation du mariage est équivalente à un jugement définitif et irrévocable dans le cas où le requérant décède? Nous considérons que, dans cette situation, on doit appliquer les prévoyances de l'art.265 lettre f) C.p.c.: „Le tribunal dispose la cessation du procès dans le cas où: f) la part du procès personne naturelle décède et le rapport juridique litigieux n'admet pas la succession en droits”. Ces dispositions légales doivent être liées aussi avec les prévoyances de l'art.33 alinéa 1 du C.fam. en conformité avec lesquelles: „Le mariage cesse après le décès ou la déclaration par voie judiciaire du décès d'un des conjoints”.

- pourquoi le législateur n'apporte aucune solution concernant le conjoint survivant qui est de bonne foi<sup>9</sup>? Il perd aussi le droit à la succession de son conjoint défunt qui était de mauvaise foi? Qu'est-ce que se passe dans la situation où le conjoint décédé était de bonne foi et le conjoint survivant est de mauvaise foi? Qu'est-ce que se passe dans la situation où les deux conjoints et le conjoint en vie, mais aussi le conjoint décédé était de bonne ou de mauvaise foi ? Quelle solution est nécessaire quand „ils ont existé des raisons pour la déclaration de la nullité du mariage”, mais ceux-ci sont soumis à l'article 43 du C.fam. qui réglemente les circonstances qui suppriment la nullité du mariage et le conjoint décédé a déposé une action en justice?

- qu'est-ce que se passe si le conjoint survivant a déposé une demande de déclaration de la nullité du mariage et l'autre conjoint a décédé?

- on peut remarquer de l'art.1503 du C.civ. que le législateur ne prévoit rien concernant la façon par lequel le conjoint survivant sera privé du droit à la succession testamentaire. Comment va opérer cette sanction, directement, par l'effet de la loi, elle doit être requise par les co-successeurs du conjoint survivant ou par les personnes pour lesquelles son élimination de la succession va produire des effets patrimoniales? Il faut qu'un arrêt soit prononcé à ce sujet ou non? Le Code civil dans l'art. 23 alinéa 3 prévoit: „Personne ne peut être limitée dans la capacité d'usage et d'exercice sauf le cas et la façon prévues par la loi”. Nous comprenons que ce qu'il est prévu par le Code civil sous l'art.1503 est un cas de limitation de la capacité d'usage des personnes qui se trouvent dans une telle situation et il devrait exister un arrêt en ce sens.

- il faut et on peut appliquer par analogie les dispositions de l'art.1435 du C.civ. intitulé: „La déchéance du droit de succession” qui prévoit que: „La circonstance qui représente la base pour la déchéance du droit à la succession doit être constaté par la cour. L'action peut être déposée par la personne pour laquelle le successeur indigne du droit de succession a des conséquences patrimoniales”. Qu'est-ce que se passe dans la situation où les cohéritiers ou les personnes intéressées ne désirent pas l'exclusion du conjoint survivant de la succession de son conjoint défunt?

- Qu'est-ce que se passe dans le cas où le conjoint survivant est l'unique successeur, et le procureur demande sa privation du droit à la succession testamentaire? Qui va gagner dans une telle situation?

En conclusion, ayant en vue les arguments apportés antérieurement, nous considérons que l'art.1503 doit être exclu du Code civil car, dans le texte dont nous disposons aujourd'hui, il est extrêmement échoué et peut soulever nombreuse problèmes d'application en pratique. Dans le cas où il existe une raison pour sa maintenance, il doit être essentiellement examiné, pour ne pas soulever des problèmes d'interprétation, mais ni d'application en pratique.

Les ascendants privilégiés sont, en conformité avec les dispositions de l'art.1505 du C.civ., aussi les successeurs réservataires. Dans cette catégorie on inclut les parents biologiques du défunt ou ses adoptants. Selon les dispositions de l'alinéa 2 article 1434 C.civ. „Ils ne peuvent pas être des successeurs légaux des enfants les parents privées des droits parentaux qui, au moment de l'ouverture de la succession, ne sont pas rétablis dans ces droits et pas les parents (les adoptants) et les enfants matures (y compris les enfants adoptés) qui ont refusé de mauvaise foi d'exécuter l'obligation de maintenance de celui qui a laissé la succession si cette circonstance est constaté par la cour de jugement”.

En vertu de l'art.1506 C.civ. „Le droit de prétendre une part de la réserve successorale se produit lorsqu'on ouvre la succession. Ce droit se transmet par succession”. De la première partie de cet article on voit que le droit à la réserve successorale est un droit propre aux successeurs réservataires nés au moment de l'ouverture de la succession dans la personne des successeurs réservataires et pas un droit acquis par voie successorale de *de cuius*. La deuxième phrase stipule que ce droit se transmet par succession. En même temps, l'art.1523 alinéa 3 du C.civ. prévoit que: „Le droit du successeur de recevoir une part de la succession en qualité de quota de la réserve successorale n'est pas transmis à ses héritiers”. Comment comprendre ces dispositions légales?

La taille de la réserve successorale, en conformité avec les dispositions de l'art.1507 du C.civ., est déterminée selon le patrimoine successoral complet, y compris la fortune attribuée pour l'accomplissement du légat.

À la détermination du quota de la réserve successorale pour chaque successeur réservataire, on dénombre tous les successeurs légaux appelés à la succession si le testament n'aurait pas existé. Les successeurs testamentaires ne sont pas pris en compte s'ils ne sont pas des successeurs légaux, art.1508 du C.civ.

Le successeur réservataire qui est, en même temps, aussi légataire, pourra prétendre à la réserve seulement s'il ne renonce pas au légat, autrement, il perd le droit au quota de la réserve successorale dans la taille du légat, selon l'art.1509 du C.civ. Si au successeur réservataire on teste une fortune en une quantité inférieure que la moitié du quota qu'il aurait reçu dans le cas d'une succession légale, il peut solliciter la part avec laquelle le quota est inférieure avec une moitié du quota qu'il aurait reçu en vertu de son succession légale, art.1511 du C.civ.

La réserve successorale va être séparée, premièrement, de la fortune non-testée, et dans le cas de son insuffisance, la réserve est complétée de la fortune testée.

Les successeurs réservataires, comme les autres successeurs, ont le droit d'option successorale, et dans le cas où ils renoncent sans indiquer une personne au bénéfice de laquelle ils font la même chose, les quotes-parts des autres successeurs réservataires ne grandiront pas, le quota revenant aux successeurs testamentaires, proportionnellement aux quotas testés aux eux.

S'ils existent des faits constatés au tribunal qui détermineraient la déchéance du droit à la succession d'un réservataire, son quota reviendrait aux successeurs testamentaires.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonnateur Mircea Dan Bob.

\* Maître de conférences, Faculté de Droit, Université d'État „Alecu Russo” de Bălți, Moldavie ; [vpinzari@gmail.com](mailto:vpinzari@gmail.com).

<sup>2</sup> Le titre VII de l'ancien Code civil de RSS de Moldavie visait les rapports successoraux et établissait que la succession pouvait être légale et testamentaire. L'ancien Code civil prévoyait trois ordres d'héritiers légaux: le premier ordre contenait les enfants y compris les adoptés, l'époux survivant et les parents (les parents adoptifs du défunt; le deuxième ordre comprenait les frères et les sœurs du défunt, ainsi que ses grands-parents tant du père que de la mère; le troisième ordre intégrait les neveux et les nièces de frère et de sœur, incapables de travailler, du défunt. Les héritiers du premier ordre incapables de travailler, ainsi que les personnes maintenues par le défunt jusqu'à la mort bénéficiaient du „*droit à un quota obligatoire de la succession*”, c'est-à-dire indépendamment du contenu du testament, ces personnes pouvaient hériter „*le moins deux tiers du quota qui serait dû à chacun d'eux en cas de succession légale*”. À l'établissement du „*quota obligatoire*” on devait tenir en compte la valeur des biens successoraux, composés par les meubles ordinaires de la maison et les articles ménagers.

- <sup>3</sup> La théorie selon laquelle la réserve peut justifier la réglementation seulement par des considérations alimentaires, en proposant la limitation de la réserve à un cercle plus restreint de personnes, en reconnaissant la qualité de réservataires seulement à ceux qui, à l'ouverture de l'héritage „*seront incapables de travailler, soit pour cause de maladie ou de toute infirmité*”, a été soutenue dans la doctrine une certaine période de temps, M. Elinescu, SON HERITAGE ET SA DEVOLUTION DANS LE DROIT RSR, Ed. Academiei RSR, Bucarest, 1966, p. 323-324.
- <sup>4</sup> La loi sur le régime juridique de l'adoption. N° 99 de 28.05.2010 Dans: Le journal Officiel de la République de Moldavie N° 131-134 de 30.07.2010. La date de l'entrée en vigueur: 30.01.2011.
- <sup>5</sup> V. Pînzari, Des certaines réflexions sur les droits successoraux de l'époux survivant dans la réglementation du Code civil de la République de Moldavie (actualisé), Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Cluj-Napoca, Roumanie, N°2/2006, année LI, p.156 – 166.
- <sup>6</sup> M. N. Costin, I. Leş, M. St. Minea, D. Radu, DICTIONNAIRE DE DROIT PROCÉDURAL CIVIL, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucarest, 1983, p. 345.
- <sup>7</sup> D. Chirică, DROIT CIVIL. SUCCESSIONS, Ed. Lumina Lex, Bucarest, 1996, p.56; D.Chirică, DROIT CIVIL. SUCCESSIONS ET TESTAMENTS, Ed. Rosetti, 2003, p.94-95.
- <sup>8</sup> Voir, à ce sujet, D.Chirică, 1996, op.cit., p.3.
- <sup>9</sup> Le Code civil du Québec, par les dispositions de l'art. 624 à ce sujet prévoit: „L'époux ou le conjoint uni civilement de bonne foi succède à son conjoint si la nullité du mariage ou de l'union civile est prononcée après le décès”.

**LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DE LA FAMILLE ET LES PRATIQUES  
CONTRACTUELLES D'AFFAIRES ENTRE EPOUX  
DANS L'ESPACE OHADA<sup>1</sup>**

**Clautaire AGOSSOU\***

**Résumé :** *Les différentes transformations de la famille impliquent-elles déjà qu'on harmonise son Droit ? En clair, le droit de la famille est-il harmonisable ? Cette question n'est pas encore à l'ordre du jour dans l'espace OHADA. Mais pour le moment, certaines pratiques font penser que son glas sonnera. En effet, certaines pratiques « contractuelles » d'affaires dans les relations familiales imposent l'intervention du législateur OHADA. Par exemple, la situation dans laquelle se trouve l'époux qui travaille dans l'entreprise de son conjoint est encore précaire. Ainsi, dans la logique d'une protection de cette « partie faible » et en attendant l'intervention du législateur, il est nécessaire que les praticiens trouvent une méthode afin de lui déterminer un statut, lorsqu'un époux est inséré dans les affaires de son conjoint. Ceci y va de sa protection et de celle de la famille tout entière et inaugure davantage les changements familiaux observés ces dernières années.*

*Les praticiens du droit (juge et notaire) partiront d'une part, des règles dont disposent déjà l'espace OHADA, qu'elles soient internes ou communautaires, et d'autre part, ils feront preuve d'une interprétation évolutive afin de mettre en œuvre l'égalité et la liberté chèrement acquises par les époux. L'utilisation de la théorie de la faiblesse en droit des contrats doit être au centre de cette interprétation et la justifie fortement.*

**Mots clés :** *pratiques contractuelles, harmonisation, droit, famille, transformations, affaires, conjoint, entreprenant, OHADA.*

**INTRODUCTION GENERALE**

1. L'écrivain brésilien Paulo Coelho disait : « *Lorsqu'une chose évolue, tout ce qui est autour, évolue de même* »<sup>2</sup>. Cette citation permet de faire remarquer que les transformations du droit de la famille, ces dernières années, devraient influencer également les relations qu'il entretient avec d'autres domaines du droit. En effet, il n'était pas facile de faire un bon ménage entre le droit des affaires<sup>3</sup> et le droit de la

famille. Quoi que dorénavant, l'altérité qui s'invite en droit de la famille permet d'établir ce ménage. C'est dire que les changements du droit de la famille lui font perdre pratiquement les spécificités qui faisaient de lui un droit dérogoire des autres branches du droit civil et du droit des affaires. Elles doivent être alors prises en compte pour toute analyse contemporaine des relations entre époux.

2. Parlant du droit des affaires, le droit commercial et le droit de travail font déjà l'objet d'une certaine harmonisation en droit OHADA<sup>4</sup> alors que le droit de la famille est encore loin de subir une quelconque influence d'harmonisation. Si, l'objectif de toute harmonisation est la protection juridique de la personne dans un espace communautaire donné, celui de l'OHADA est également de corriger les lacunes juridiques internes. Il a d'ailleurs eu le mérite de mettre en lumière un des particularismes des commerces spéciaux<sup>5</sup> : celui des époux à être associés d'une société<sup>6</sup> ou la participation d'un époux à l'activité économique de son conjoint<sup>7</sup>. Cette dernière situation amène des pratiques contractuelles qui sont méconnues des législations de cet espace. En effet, dans cette situation, le conjoint a une activité sans toutefois avoir une profession. Cela implique pour lui un moins ou rien de revenu. C'est la description des situations dans lesquelles vivent beaucoup de conjoints qui interviennent dans les affaires de leurs époux. Ceux-ci qui s'insèrent dans l'entreprise de leur conjoint sont encore sans un statut clair qui permettrait de les protéger juridiquement. On a là une situation quasi générale. Elle est aggravée par la mal interprétation des éparses règles existantes. Alors qu'*a priori*, on aurait pensé qu'il s'agit d'une lutte mineure parce que nul ne conteste la contribution que peut apporter un époux aux affaires de son conjoint, il y a des difficultés d'une véritable reconnaissance juridique. C'est sûrement parce qu'une telle reconnaissance ferait jaillir sur le couple les risques des activités d'un seul. On constate que le mariage, loin d'augmenter la protection de l'époux qui participe aux affaires de son conjoint, constitue un sérieux élément de perturbation. *A posteriori*, l'évidence permet d'affirmer que la liberté d'entreprendre puisse être analysée comme le pouvoir reconnu à chacun de créer sa propre entreprise. C'est dans ce sens que le nouvel acte uniforme portant droit commercial général a introduit, en marge de la notion de commerçant, celui de l'entrepreneur. Il est un « *entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole* »<sup>8</sup>. L'entrepreneur est différent du commerçant. Le premier peut englober le second. Dans tous les cas, il peut être une personne physique qui mène ainsi une « double vie » : une vie entrepreneuriale et une vie privée. Normalement, vie privée et vie entrepreneuriale sont distinctes et ne devraient pas influencer l'une sur l'autre, et ceci, à plus forte raison, lorsqu'on est un entrepreneur. Mais lorsque l'entrepreneur est marié, il y a une interférence principale entre les deux statuts sur le plan personnel comme matrimonial<sup>9</sup>.

3. Tout mariage exige un régime matrimonial. Si quelque soit le régime matrimonial choisi, les règles impératives ne peuvent être atteintes, les époux ont plus de liberté lorsqu'il s'agit d'un régime de séparation des biens que d'un régime de communauté.

*Primo*, dans le régime primaire, la plupart des droits africains francophones de la famille<sup>10</sup> donnent, à chaque conjoint, une autonomie professionnelle. De même, la loi<sup>11</sup> accorde des pouvoirs de gestion à l'époux-entrepreneur. Aux termes de ces dispositions, chaque époux exerce librement une activité et peut en faire une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. Dans ce cadre, la loi doit protéger et assister à chaque époux qui se trouve dans une situation d'activité à l'égard de son conjoint ou non pour lui éviter de se retrouver démuné comme s'il n'avait jamais travaillé à la mort de l'époux-entrepreneur. Cette liberté est modérée dans la mesure de ce que permet le régime primaire. L'époux-entrepreneur a l'obligation de porter sa situation matrimoniale à la connaissance des tiers et sa situation professionnelle à la connaissance de son conjoint<sup>12</sup>. L'existence du mariage figure parmi les mentions devant être portées au registre du commerce soit lors de l'immatriculation lorsque le mariage était antérieur à celle-ci, soit au titre des mentions modificatives s'il était postérieur.

*Secundo*, dans le régime de la séparation des biens, la liberté professionnelle des époux a toute sa plénitude. Dans ce cas, chacun gère ses biens personnels et en fait ce que bon lui semble, même s'il se trouve heurté par la contribution aux charges du ménage, le logement familial et parfois même l'intérêt de la famille.

*Tertio*, dans un régime de communauté, il en va différemment. Dans ce régime, le principe est que chaque époux a le pouvoir de passer seul tous les actes d'administration et de disposition des biens communs : c'est le système de la gestion concurrente. C'est dire chacun peut engager la communauté. Par exemple, lorsque les époux sont sous un régime de communauté de biens, l'entrepreneur doit justifier, lors de la demande d'immatriculation ou de déclaration, avoir informé son conjoint des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession. Mais, l'époux qui exerce une profession séparée a, le pouvoir d'accomplir seul, les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. C'est le prolongement de l'autonomie professionnelle. Ce qui lui est particulièrement utile pour le développement de ses affaires. Ainsi, ceux qui ne sont pas nécessaires à l'exercice de la profession tels que louer un appartement ou utiliser des économies communes pour faire un placement financier, peuvent être faits par les époux. Aussi la loi permet-elle de distinguer selon qu'il s'agit d'actes de disposition et les actes d'administration. Mais les choses sont souvent plus complexes dans la pratique.

4. Le conjoint de l'entrepreneur qui est inséré dans les activités de l'autre se comporte très souvent comme le véritable entrepreneur individuel revendiquant les droits et ignorant les obligations qui sont attachées à ce comportement alors que les articles 9 de l'AUSCGIE et 7 al 2 de l'AUDCG contribuent à la négation de cette réalité juridique. Dans une telle situation, des préoccupations peuvent naître sur le sort de l'époux qui intervient dans l'entreprise de son conjoint surtout dans un espace harmonisé des affaires. De ces occupations la plus importante est la suivante : Avec les changements de la notion de famille auxquels on assiste ces dernières décennies, et dans un processus d'harmonisation du droit des affaires, comme en droit OHADA, quel statut peut-on attribuer à l'époux qui intervient dans les affaires de son conjoint afin de mieux le protéger juridiquement ? Doit-on procéder comme l'a fait la France avec la loi de 10 juillet 82 modifiée par celle de 02 Août 2005, en lui préconisant trois sortes de statuts : salarié, collaborateur ou associé ?

On rappelle que le droit français, pour protéger le conjoint du commerçant qui se trouve être souvent la femme, a dû adopter la loi du 10 juillet 1982 qui offrait à celui-ci trois statuts : conjoint collaborateur, conjoint salarié et conjoint associé. Le statut du conjoint collaborateur permet de cotiser en vue d'une retraite et un décès de l'autre plus paisibles comme un travailleur indépendant même en l'absence de rémunération. La couverture sociale est plus importante pour le conjoint salarié mais les cotisations sont moins élevées et il n'y a pas d'indemnités de chômage. Il n'était nécessaire de constituer une société pour le conjoint d'associé pour avoir ce statut. Mais ces possibilités ont été peu suivies d'effet et la situation du conjoint évoluait peu. C'est pourquoi la loi du 2 Août 2005 a rendu obligatoire le choix de l'un de ces statuts pour le conjoint qui intervient dans les activités professionnelles de l'entreprise de l'autre<sup>13</sup>. Ces trois statuts qu'on peut prêter au conjoint de l'entrepreneur et qui mettent en exergue l'existence d'un véritable lien de subordination, de complémentarité ou même d'égalité, sont encore véritablement discutés sur le continent et continuent de crispier les tensions. Ceci rend un peu plus difficile le choix du législateur. Et dans tous les cas de figure, les difficultés sont identiques lorsqu'il s'est agi de concilier les règles de la vie familiale et celles applicables aux réalités des affaires. Distinguer ce qui n'est qu'une simple entraide normale entre époux de la véritable activité économique, reconnaître le particularisme de l'apport d'un époux à l'activité entrepreneuriale de l'autre représenterait, aujourd'hui, une des force du droit OHADA. La solution ne serait pas alors, dans le contexte africain d'harmonisation le où le droit de la famille reste encore délicat car reconnu être encore accroché à ses réalités<sup>14</sup>, de proposer ces trois types de statut qui, avouons-le peuvent participer à cette protection. Mais la question est leur efficacité.

5. En considérant que dans de pareilles situations, les époux sont dans des pratiques "contractuelles" le juge, national ou communautaire, a déjà les armes juridiques nécessaires, de protection de cette "partie" qui semble être faible. Partons de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG. Il a le mérite d'ébaucher la situation particulière dans laquelle se trouve l'époux qui apporte son concours à l'entreprise de son conjoint. Déclarant que l'époux n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit ses actes de commerce habituellement et séparément, il lui dénie un statut de commerçant alors qu'il collabore à l'activité professionnelle de son conjoint sans toute fois lui préconiser un autre. On sait que la théorie générale des contrats, telle qu'elle est présentée dans le Code civil de 1804, est régie par le principe de liberté contractuelle. Les parties au contrat exprimant librement leur volonté, le législateur n'avait pas envisagé la protection d'une partie plus que celle d'une autre. Il y a partie faible lorsqu'une relation contractuelle est déséquilibrée dans sa formation comme dans son exécution. Cependant, l'application de cette liberté a montré que dans certaines pratiques contractuelles, une partie peut se trouver en situation de force par rapport à l'autre. Cette situation de force exige moralement une protection de la partie faible de la part de l'État, qui doit assurer l'égalité entre ses citoyens. Dans le domaine de la formation ou de l'exécution des contrats, cette protection est juridique et le plus souvent de type civile. La responsabilité engagée par les parties est la responsabilité contractuelle. Il faudra cependant s'en tenir à la protection de la partie faible dans l'exécution d'un contrat de mariage.

A bien des égards, une telle interprétation autour de la situation pourrait être intéressante lorsqu'on se mettra à des degrés différents d'acceptation de la cause de protection du conjoint. Sous l'impulsion d'une meilleure protection de cette "partie faible", on devra adopter une démarche plus ambitieuse, celle de rectifier les lacunes et imperfections du droit OHADA<sup>15</sup>. Le schéma classique de salarié, de collaborateur ou d'associé proposé par le droit français, n'est pas mal en soit, mais ne prend pas en compte toutes les spécificités de l'aide apportée par le conjoint. Car, consacrant une grande partie de son activité à l'exploitation, bien que le plus souvent sa présence fût nécessaire à la réussite de l'activité économique, il ne serait pas, au plan juridique, bien intégré à l'entreprise. Il ne dispose alors d'aucune prérogative de gestion dans une situation de crise avec l'autre. Il ne bénéficierait d'aucune garantie particulière. Mieux, considéré comme un travailleur, par les échecs économiques, il serait frappé par les difficultés familiales. Que survienne un décès et il pourrait rencontrer les plus grandes difficultés à garder l'entreprise étant, pour l'attribution préférentielle, en concours avec d'autres héritiers. Ces règles spéciales des contrats ne répondant pas correctement à la protection du conjoint, il utile de revenir au droit commun des contrats. En cela, il faudra classiquement considérer cette intervention de l'époux

dans les activités de son conjoint comme une pratique contractuelle et la protéger comme telle. Ces pratiques "contractuelles" à l'égard de cette "partie faible" ne concourent guère à lui donner une protection sociale satisfaisante. Dans l'immense majorité des hypothèses, il bénéficie uniquement de droits dérivés et au décès du chef d'entreprise, ne peut prétendre qu'à une pension. En réalité, sa situation est celle d'une personne n'ayant eu aucune activité professionnelle.

6. En revanche, cette technique n'est pas sans inconvénients. D'abord, elle risque de priver de toute portée réelle les dispositions légales. Elle peut être source d'insécurité juridique. On peut, en effet, écarter *a priori* la possibilité de distorsion entre le choix effectué et la réalité. Ensuite, le conjoint ne réclame un statut que lorsqu'il y aura un problème, une crise. En outre, rien n'est connu d'avance et c'est le juge qui établira au cas par cas chaque situation. Cette souplesse est souhaitable dans un objectif d'harmonisation du droit de la famille. Les situations sont, tellement, différentes dans chaque Etat de l'espace OHADA qu'il ne peut être question d'imposer un cadre rigide. La règle de droit doit traduire le caractère protéiforme de l'activité. Elle doit permettre aux agents économiques d'opter pour telle ou telle qualité en fonction des possibilités et des besoins de l'entreprise, de la psychologie, du rôle réel de l'intéressé<sup>16</sup>.

Au-delà de ce statut de partie faible insinuée (I) par ces pratiques contractuelles entre les époux, se cachent en réalité l'individualisation, la contractualisation et la privatisation des liens familiaux. Deux lignes directrices classiques pourraient être retenues pour une telle analyse : l'insertion du conjoint dans l'entreprise de l'autre et la prise en compte de son apport dans la logique de la loi. Par conséquent, elle mérite une protection juridique minimale (II).

### **I. Le conjoint de l'entrepreneur, « une partie faible » insinuée**

7. On ne peut contester la place particulière de l'époux qui intervient dans l'entreprise de son conjoint. Il est, plus que tout autre agent économique, concerné par la vie de l'entreprise. Il peut supporter toutes les conséquences de l'échec de l'entreprise, alors qu'il demeure, jusqu'à présent, sans un statut de protection résultant de sa conduite à l'égard des affaires de son conjoint. La reconnaissance de son activité professionnelle passe par l'attribution de statut dans l'entreprise. Nul ne peut s'étonner de l'importance de l'apport en industrie de l'époux tant dans la constitution (A) que la gestion de l'entreprise (B). Dès lors, le recours à une interprétation évolutive doit être considéré comme le seul véritable moyen d'insertion pour lui trouver une protection avérée.

### **A. L'importance de l'apport en industrie du conjoint dans la constitution**

8. L'article 40 de l'Acte Uniforme portant sur les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêts Economiques prévoit trois types d'apports : les apports en numéraire, les apports en nature et les apports en industrie. L'apport en industrie est le travail, les connaissances professionnelles, ou services qu'une personne s'engage à faire au profit de la société sans être un salarié qui a un contrat de travail<sup>17</sup>. En permettant la constitution de société unipersonnelle, les articles 5, 309 et 385 du même ne font que confirmer davantage la consécration du principe de la validité dans ces sociétés de l'apport en industrie dans un régime de communauté de biens (1). Si une telle question ne peut plus être posée, il est quand même nécessaire d'analyser les critères de l'apport en industrie d'un époux dans la constitution de la société de son conjoint dans l'hypothèse où la qualité d'associé ne peut lui être reconnue (2).

#### **I. L'acceptation de l'apport en industrie dans la société unipersonnelle époux en communauté**

9. L'apport en industrie exprime véritablement qu'il y ait travail pour le compte de la société créée ou en attente. Il exclut toutes les formes d'apport en industrie constituées simplement par le savoir-faire ou la notoriété. L'article 9 de l'AUSCGIE, en acceptant, la validité des sociétés à responsabilité limitée, facilite, incontestablement, un apport en industrie pour la constitution de société entre époux.

Les articles 5, 9, 309 et 385 de l'AUSCGIE, en plus de l'article 183 al 2 et 3 du code des personnes et de la famille du Bénin, ont le mérite de lever les incertitudes entretenues par une certaine doctrine. En effet, en droit français, malgré l'affirmation renouvelée de la validité des sociétés entre époux en 1958, 1966 et 1978, le doute pouvait subsister lorsque les deux époux faisaient apport uniquement de biens communs. Ceci pouvait être compris lorsqu'on sait que le droit français, en ces moments, ne connaissait pas encore la théorie de la société unipersonnelle. On pouvait alors interdire la société entre époux aux apports communs des époux qui ne faisait intervenir que les apports en industrie au risque de tomber dans une société unipersonnelle. C'est vrai, pour certains, la solution était évidente : les époux ne pouvaient pas constituer seuls une société avec apports de biens de communauté seulement car, il y aurait eu un seul apporteur et un seul associé<sup>18</sup>. De bons auteurs étaient pourtant plus nuancés. Ils distinguaient les droits sociaux en tant que titre d'associé et en tant que bien patrimonial. Ils enseignaient que la qualité d'associé, prérogative attachée à une personne ne pouvait être en communauté, mais devrait être attribuée à chacun des époux<sup>19</sup>. Bien qu'on ait pu douter de l'intérêt pratique de la controverse, sa seule existence constituait un frein à la constitution des sociétés entre époux.

**10.** Il faut féliciter les législateurs sénégalais et béninois, autant que le législateur OHADA d'avoir mis fin à toute équivoque. Désormais deux époux seuls peuvent constituer une société en employant que les biens de communauté. Il est fait, bien sûr, réserve des interdictions particulières. Ainsi, les époux ne doivent pas être indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales<sup>20</sup>. Bien évidemment, cela implique que les deux intéressés prennent dans l'acte, la qualité d'associé et si l'on s'en tient à l'article 183 du code béninois des personnes et de la famille, celle-ci leur sera reconnue et ne pourra pas être regardés comme des donations déguisées. Il suffit que les conditions en aient été réglées par acte authentique. Mais chacun aura la qualité d'associé à quelle hauteur ? Pour une communauté, on pourrait, à première vue, opter pour la moitié des parts souscrites pour chacun. Il faut dire que cette interprétation peut susciter beaucoup d'appréciations. Certains peuvent y voir une atteinte, de plus, au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, d'autres mettront l'accent sur les risques de fraude et que l'intervention volontaire du l'officier ministériel souhaitable ne saurait suffire à l'écarter. Il faut se contenter d'observer que les règles combinées du droit OHADA et des codes des personnes et de la famille confirment une certaine conception de la société. A l'origine, technique permettant de regrouper les moyens humains ou financiers, elle se transforme, de plus en plus, en un simple mode d'organisation d'une entreprise préexistante.

**11.** En ce qu'elles consacrent, également, l'apport en industrie dans une société entre époux, toutes ces dispositions sont plus novatrices. La prohibition qui était classique se dégageait surtout de la jurisprudence<sup>21</sup>. Son bien fondé n'était guère discuté. Tour à tour on invoquait le caractère successif de l'apport incompatible avec l'exigence d'une libération immédiate des parts, et l'absence pour les créanciers de toute garantie dans une société où l'obligation aux dettes sociales reste limitée au montant de l'apport. Elle n'en était pas moins gênante sur un plan pratique, interdisant l'accès de la société à celui qui ne disposait pas d'apport financier initial. Faciliter l'exercice des activités professionnelles dans un cadre social impliquait donc qu'un associé puisse s'engager uniquement à consacrer son activité aux affaires sociales, mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, son expérience, son crédit commercial. Encore, faut-il, ne pas se tromper. La reconnaissance n'a pas été décidée dans l'enthousiasme, le principe demeure celui de l'interdiction, la dérogation n'est acceptée que dans un cadre très strict. Mais avec l'entrée en vigueur de l'acte uniforme sur les sociétés coopératives, la question ne pourra plus être un débat. En son article 43, cet acte uniforme dispose : « Le régime de l'apport en industrie est déterminé par les statuts. A défaut de détermination par les statuts, la part du ... qui a apporté son industrie est égale à celle du ... qui a le moins apporté. Le ... qui s'est obligé à apporter son industrie à la société coopérative lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport ».

## II. Les critères de l'acceptation

**12.** Quatre grands critères permettent d'accepter l'apport en industrie des époux communs dans une société.

Premièrement, l'activité principale de l'apporteur doit être liée à la réalisation de l'objet social. *A priori*, l'exigence ne semble pas exorbitante du droit commun puisque celui qui apporte son industrie à la société, lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport. D'ailleurs, certains codes des personnes et de la famille, à l'image du code béninois en son article 183 al 3, renvoie aux règles applicables aux obligations civiles et commerciales. Dans le même temps, l'article 37 de l'AUSCGIE dispose que : « chaque associé doit faire un apport à la société. Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter... ». Mais, alors que dans les sociétés de personnes, l'apporteur peut parfaitement réaliser des affaires différentes, soit à titre individuel soit au sein d'une autre personne morale, et ce, sans qu'il soit besoin de comparer ces diverses occupations, il doit nécessairement consacrer l'essentiel de son temps à la société. En bref, la pluriactivité ne lui est pas interdite, mais ses fonctions hors de la personne morale doivent rester secondaires.

Deuxièmement, l'apport en industrie doit être effectué par l'apporteur lui-même à son conjoint et non par un associé quelconque. D'ailleurs rien n'interdit à, également, au conjoint d'apporter outre son industrie une somme d'argent plus ou moins importante. Ceci peut alors restreindre considérablement l'intérêt de l'apport en industrie conçu comme la traduction juridique et financière de la participation à l'entreprise familiale. Par contre, en simplifiant, il ne bénéficiera qu'à la première génération et plus précisément aux créateurs de la société. Qu'à la seconde génération l'entreprise demeure familiale, que l'épouse d'un enfant ayant hérité de titres sociaux désire contribuer au développement de l'affaire, et il sera impossible de lui attribuer des parts sociales en contrepartie de son activité.

Troisièmement, on ne saurait accepter que si l'objet de la société porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce. En d'autres termes, à s'en tenir à notre interprétation, l'apport n'est licite qu'au bénéfice d'une société dont l'activité singulièrement est limitée. Il nous semble en cause uniquement l'objet réel. Le simple fait de préciser que la personne morale peut faire prendre une participation dans toutes les sociétés ou groupements ayant un objet similaire et généralement faire toutes opérations commerciales, industrielles ou financières, mobilières ou immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'objet social ne s'oppose pas à la réalisation d'un apport en industrie. Par contre, les difficultés sont plus grandes

lorsque la société connaissant un certain développement, prend en location-gérance, voire, acquiert un fonds de même nature que celui qu'elle a créé ou qui lui a été apporté. Doit-on alors conclure à l'irrégularité de l'apport en industrie ?

Quatrièmement, le fonds exploité par la personne doit avoir fait l'objet d'un apport ou avoir été créé par la personne morale à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui ont été apportés en nature. Certes, il n'existe aucune difficulté lorsque le fonds préexiste à la société et qu'il fait l'objet d'un apport. La validité de l'apport en industrie ne fait pas de doute dans ce cas. Il faut observer simplement que sur un plan plus pratique les époux hésiteront probablement devant une solution dont le coût fiscal est extrêmement dissuasif. Ils préféreront souvent constituer une société d'exploitation quitte à ne pouvoir bénéficier de certains avantages. Reste qu'une option pour la fiscalité des sociétés de personnes et donc une taxation réduite aux apports, peut modifier un comportement classique, qu'en outre, on ne peut faire de reproche, à ce stade à la loi de ne pas encourager un procédé dangereux pour les tiers et la famille et dont le caractère artificiel est indéniable.

**13.** La volonté affirmée de permettre l'apport en industrie ne peut accepter, lorsque la société crée le fonds, que l'industrie ne donne lieu à l'attribution de parts si les associés apportent uniquement de l'argent. Est-il logique de distinguer selon, par exemple, que le droit au bail a été acquis avant ou après la constitution de la personne morale, selon que le matériel a été apporté ou acheté ? N'est-ce pas donner une grande importance à un ordre chronologique qui ne modifie en rien les données essentielles, existence d'une entreprise familiale, participation des époux à l'exploitation ? Bien que la consécration de l'apport en industrie au bénéfice d'une société à responsabilité limitée ne soit que partielle, force est de constater, sur le plan plus théorique qu'elle peut aller à l'encontre d'un certain nombre d'idées reçues. Tout d'abord, elle remet en cause le rapprochement souvent souligné entre la société à responsabilité limitée et les sociétés de capitaux. Elle montre ensuite que l'influence ohada reste limitée. Mais qu'importe, diront certains, la fin ne justifie-t-elle pas les moyens ?<sup>22</sup>

### ***B. L'intervention dans la gestion de l'entreprise***

**14.** Elle est consacrée par les articles 5, 309 et 385 de l'AUSCGIE. On doit alors penser relâcher le lien très fort qui unit l'individu marié à l'entreprise. Pour cela, le droit OHADA, à travers, les actes uniformes relatifs au droit commercial général et des sociétés commerciales dans leur article respectivement 7 al 2 et 9, permet au conjoint d'intervenir dans la gestion. Encore faut-il reconnaître que ces droits restent limités et que, pour l'essentiel, le pouvoir de direction, demeure entre les mains de l'artisan ou du commerçant. Celui-ci reçoit ainsi un mandat (1) qui doit tenir compte de certaines réalités matrimoniales (2).

## **I. Un pouvoir de mandat**

**15.** Dans la pratique, le plus souvent, l'intervenant ne peut pas contrôler certains actes. L'intervenant est parfois associé plus étroitement à l'exploitation, bénéficiant pour la gestion courante des mêmes pouvoirs que ceux détenus par le chef de l'entreprise. Mais à tout moment, il peut être mis fin au mandat. Il ne bénéficie donc que de « droits dérivés ». Il est décidément bien difficile d'échapper, au moins dans le cadre d'une entreprise individuelle, à la relation « propriété-pouvoir ». Aussi, ne faut-il pas s'étonner que la prise en compte de l'activité passée se traduise par une collaboration intense. Seul un collaborateur peut intervenir avec l'accord du commerçant ou de l'artisan dans la gestion courante, tout conjoint intervenant dans l'entreprise familiale, marié sous un régime communautaire, se voit reconnaître un droit de contrôle sur les actes les plus importants relatifs à l'unité économique. Il est, appelé, collaborateur, celui qui a reçu mandat du chef d'entreprise d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise.

**16.** La présomption peut s'appuyer sur un fait matériel et sur un formalisme. Bien que cette présomption peut fonder de grands espoirs en accordant, au conjoint d'un chef d'entreprise, la maîtrise sur la gestion courante, et, ce, quel que soit le régime matrimonial, des pouvoirs d'administration sur les biens affectés à l'entreprise, en pratique, on constate, que les prérogatives accordées demeurent limitées et fragiles. Tout laisse penser que les tiers en tireront les conséquences.

Tout d'abord, ce mandat ne concernera que les actes d'administration. Encore faut-il ne pas adopter une conception trop restrictive de tels actes mais prendre en compte, selon une orientation désormais classique, une perspective plus économique que juridique. Par exemple, pour acheter les marchandises nécessaires à la fabrication d'objets à la revente, vendre non seulement les choses sujettes à déperissement mais encore celles qui font l'objet du commerce exploité, emprunter pour acquérir le matériel nécessaire à l'exploitation. Dans ce sens, le conjoint qui collabore participe à la vie de l'entreprise sans être dans l'obligation d'exhiber à chaque occasion un mandat spécial.

Ensuite, le mandat, en effet, ne porte que sur les actes concernant les besoins de l'exploitation. Ceci peut représenter une source d'insécurité pour les créanciers. Mais, le risque n'est pas bien grand si l'on estime qu'il est ainsi fait référence au lien objectif qui doit exister entre l'acte et l'exploitation. Le commerçant n'étant engagé que si le conjoint agit dans le cadre de l'objet de l'entreprise. Delà même, les tiers peuvent avec une relative facilité vérifier qu'une telle condition est remplie. Par contre, l'insécurité est réelle si l'acte doit nécessairement être accompli « dans l'intérêt de l'entreprise ». Il est pratiquement impossible aux agents économiques de procéder à une quelconque vérification. On peut déjà fonder ces pouvoirs sur le droit commun même s'ils sont donnés dans des conditions différentes.

**17.** En droit commun, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et sans respecter de formalités particulières. Mais, dans une condition protectrice, on aurait accepté une certaine formalité dans le cadre d'un conjoint qui intervient dans l'entreprise de son époux. Cette formalité, loin de faire intervenir l'officier ministériel (notaire, huissier...), doit quand même être menée dans une logique de respect des liens entre les époux. L'objectif dans ce sens est clair. Il faut faire, en sorte, que la révocation ne soit pas la conséquence d'une simple saute d'humeur. Pour cela, il faut protéger le bénéficiaire. Dans le même temps, il faut dire que le chef d'entreprise est aussi entièrement libre d'apprécier les raisons qui le conduisent à mettre fin au mandat dont bénéficiait son conjoint. Il peut prendre en compte des motifs professionnels mais aussi des considérations familiales. Ce ne seraient que des règles de forme qui doivent tempérer « l'ardeur » de l'entrepreneur. Toute décision doit alors être jugée à la conformité de l'intérêt de l'entreprise sans oublier celui de la famille.

Lorsqu'il s'agit des tiers, leur protection doit résulter pour l'essentiel d'un délai qu'on pourrait aménager. Pendant ce délai, ils n'auront pas à subir les effets de cette décision. Seuls, peut-être, ceux qui seraient de mauvaise foi pourront être vus opposer cette décision. Ils ne devront pas, dès lors, se prévaloir du mandat. La présomption de mandat peut cesser de plein droit lorsqu'il y a problème dans le couple pouvant amener une séparation même de faite. D'ailleurs dans cette hypothèse, la protection des tiers est moindre. Il faut chercher plus pour avoir moins. Aucun tiers n'a intérêt à ce que les époux soient mal portant dans leurs relations conjugales. Il est à dire aussi que lorsque les époux eux-mêmes maintiennent le silence sur leur situation conjugale, c'est dire qu'il cherche à la régler donc se faisant encore confiance mutuellement. Les créanciers pourront utiliser alors la théorie du mandat apparent qui est susceptible de les protéger de leur ignorance.

**18.** La présomption cesse légalement lorsque la condition de collaboration n'est plus remplie. Cette solution peut être dictée par une interprétation littérale de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG conforme à la volonté du législateur OHADA. Cela peut, quand même, susciter d'inquiétude car, en seront victimes les tiers qui, souvent, resteront dans l'ignorance, s'en tenant à l'apparence créée par les premiers actes posés par le conjoint. N'aurait-il pas été bien alors, de dire que tout acte posé dans ce cadre ne pourra pas être inopposable aux tiers de bonne foi. On peut adopter la même position en ce qui concerne la séparation de corps, la séparation de fait et même en cas de séparation judiciaire des biens.

Tout aussi limité, mais moins précaire, se présente le droit de contrôle de celui qui s'insère dans l'entreprise familiale. *A priori*, la nouveauté est grande. A partir du moment où les époux communs en biens se sont vu reconnaître un droit de regard

sur les décisions les plus importantes prises pour l'administration de la communauté, il va s'en dire que le conjoint, même s'il n'intervient pas dans la gestion, doit pouvoir dire son mot en ce qui concerne certains actes graves. Tous savent, c'est le cas au Bénin, pour s'en tenir à des actes intéressant directement l'entreprise commerciale qu'un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, qu'il ne peut sans son consentement percevoir les capitaux provenant de telles opérations, qu'il ne peut donner à bail un immeuble à usage commercial...<sup>23</sup>. Cette disposition protège donc le conjoint contre l'entrepreneur. Ce dernier ne peut seul accomplir des actes graves qui impliquent la disparition de l'entreprise ou qui ont une incidence importante sur le potentiel de l'unité économique (aliénation d'un immeuble par exemple).

**19.** Il faut dire que certains auteurs français avaient pensé en son temps, en raison notamment des incertitudes qu'une telle disposition engendrait, qu'on pouvait relever des insuffisances. Par exemple, concernant les actes ne portant que sur certains éléments du fonds de commerce, il convenait d'obtenir l'autorisation du conjoint ou reconnaître au seul époux, chef de l'entreprise, le pouvoir de passer l'acte. A s'en tenir à une conception classique du fonds, la réponse à cette remarque semble évidente. Est soumise à l'autorisation l'aliénation d'un élément de fonds, dès lors que celui-ci constitue le support de la clientèle. Peut-être, décidée par celui qui administre la communauté, la vente d'un ou plusieurs éléments de l'entreprise, lorsque la clientèle reste attachée aux autres composants<sup>24</sup>.

En apparence, l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG est, sur ce point, dans le droit fil d'une ancienne réforme des régimes matrimoniaux qui dispose que l'administration des biens est réservée au seul mari. Les nouvelles réformes laissent à chaque époux la gestion de ses réserves. On ne peut alors que comprendre cette disposition de l'acte uniforme relatif au droit commercial général dans la logique de faire augmenter les exigences de la cogestion. Il ne faut alors pas sous-estimer l'apport d'un époux dans la gestion de l'entreprise de son conjoint, en ce qui concerne les droits internes qui l'auraient déjà réformé. En délimitant de manière très opportune son objet, elle donne à ce droit de contrôle une finalité particulière. A celui qui n'a pas encore entamé cette réforme, il l'y oblige et quant à celui qui l'a déjà fait, un la protection doit être au maximale.

## **II. Les actes du mandat**

**20.** Le consentement doit être donné par celui qui participe à l'activité professionnelle du l'entrepreneur en qualité de conjoint dans l'entreprise. Les modalités de participation sont indifférentes. L'accord est requis lorsque l'acte porte

sur des éléments du fonds de l'entreprise qui, par leur importance ou leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Ce faisant, il faut opter pour la doctrine selon laquelle le consentement des deux est exigé lorsque l'aliénation porte sur un élément du fonds tellement important que la cession équivaut à la vente du fonds lui-même. Limiter, ainsi, la portée de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG est, en fait, inutile et dangereux. Inutile, car, l'article 202 du code béninois de la famille, par exemple, implique déjà le consentement du conjoint lorsque la cession d'un élément du fonds s'accompagne de la transmission de la clientèle. Dangereux, puisque certains pourraient songer tirer argument de cette disposition de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG pour combattre une interprétation commandée par les analyses les plus consacrées du fonds de commerce et de refuser à l'époux qui ne travaille pas dans l'entreprise le pouvoir de gestion justifié par l'importance patrimoniale de l'acte.

Aux termes de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG, celui-ci concerne tous les actes portant sur les éléments nécessaires à l'exploitation. Or, si le support de la clientèle est de ceux-là, nul ne doute que d'autres méritent cette qualification. Ainsi, dans de nombreuses petites entreprises, certains matériels sont indispensables à la poursuite de l'activité. Leur cession n'entraîne nullement transfert de la clientèle et ne tombe donc pas sous le coup, par exemple de l'article 202 du code béninois de la famille, mais constitue une menace pour la firme. Elle entre dans ce que nous mettons dans les prévisions de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG.

**21.** Le lien entre le bien et l'unité économique est donc au centre du droit de contrôle. Il le justifie. Seule une interprétation extensive qui, nous en sommes conscient, ce n'est pas ce que dirait tout le monde, mais qui, pour autant, n'est pas contraire à la lettre de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG, peut donner à la cogestion une portée réelle afin de faire sortir la famille de la situation d'inégalité dans laquelle est encore plongée dans certains droits de l'espace OHADA.

L'élément peut être nécessaire à l'exploitation en raison de sa nature. Son importance doit également être prise en considération. Elle peut s'apprécier en fonction du genre d'activité, d'après la composition particulière de l'actif au moment de l'opération. Il faut en outre prendre en compte les possibilités de remplacement du bien aliéné. En bref, dès que la cession du bien présente une incidence réelle sur les conditions d'exploitation, l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG a vocation à s'appliquer. Précisons d'ailleurs que ce texte ne pourrait prendre nullement en compte les suites de l'opération. Peu importe, pour s'en tenir à l'hypothèse de l'aliénation, l'utilisation des capitaux provenant de l'opération. Ainsi, le consentement est requis pour une opération de cession qui précède la liquidation totale de l'entreprise. Il l'est également lorsque la vente de certains éléments nécessaires à l'exploitation est destinée à financer un nouvel investissement.

**22.** La référence faite à « l'exploitation dépendante de la communauté » (article 202 du code de la famille du Bénin) a d'ailleurs valeur explicative. Parfois l'acte envisagé par l'entreprise s'inscrit dans un processus de disparition de la firme. Il peut s'agir de la vente d'un élément de support de la clientèle, de l'aliénation d'un élément d'actif indispensable à la poursuite de l'activité. Souvent, il modifie profondément les conditions de l'exploitation comme le remplacement d'un matériel important. Il est toujours lourd de conséquences. L'intervention de celui qui travaille dans l'entreprise se comprend alors parfaitement. Il doit être associé à une décision qui intéresse le devenir de l'unité économique. La même préoccupation conduit, tout naturellement, à exiger le consentement exprès du conjoint au bail du fonds de commerce.

Novateur quant au domaine de la cogestion, cette interprétation de l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG reste volontairement très classique car, on pourrait sanctionner à tout moment en se basant sur les droits internes de la famille, par exemple, l'article 202 du code béninois des personnes et de la famille. Celui qui n'a pas donné son consentement exprès à l'acte peut en demander l'annulation dans un délai donné qui suit la connaissance de l'acte. En toute hypothèse, l'action ne peut être intentée qu'après ce délai après une dissolution de la communauté.

**23.** Ainsi, l'appel aux règles classiques des régimes matrimoniaux est susceptible de présenter plus d'originalité. S'il ne fait pas de doute qu'un époux peut être autorisé, en application, par exemple, de l'article 204 du code des personnes et de la famille du Bénin, par la justice, à passer seul des actes visés par l'article 202 du même code, lorsque l'autre se trouve hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est justifié par l'intérêt de la famille (article 181 du même code), il faut accorder aux juges la même faculté dès que le refus n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise.

Encourager les époux dans la création de leur propre société présente, en effet, de multiples avantages. Outre, qu'elle est source de droits sociaux professionnels et d'administration égaux à ceux du chef d'entreprise, outre, qu'elle assure donc une insertion satisfaisante du travailleur, elle permet de doter l'entreprise d'un statut adapté qui permet aux époux de protéger le patrimoine familial et constitue le cadre harmonieux nécessaire à son développement.

Il convenait donc d'aménager un temps, soit peu, voire, de supprimer les obstacles<sup>25</sup> juridiques qui s'opposaient encore à la constitution des sociétés familiales tout en facilitant l'accès du conjoint à la qualité d'associé.

## **II. Le conjoint de l'entrepreneur, une « partie faible » à protéger**

**24.** Comme tout agent économique, le conjoint de l'entrepreneur qui intervient dans l'entreprise familiale aspire à une certaine protection de son vivant (A).

La reconnaissance de son activité doit très logiquement lui permettre d'obtenir des droits propres et ne plus le cantonner dans la situation d'ayant droit. Par contre, cette même reconnaissance rend aléatoire sa protection si à sa mort, une certaine sécurité juridique ne pourrait lui être affectée (B), alors qu'il est tentant, le moment venu, arguant d'une participation active à l'entreprise, de lui faire supporter les conséquences de l'échec des affaires.

### **A. La protection du conjoint du vivant de l'époux-entrepreneur**

La protection tant sociale (1) que patrimoniale (2) est nécessaire avec les transformations de la famille. Une telle protection assure davantage, l'opportunité selon laquelle la liberté et l'égalité qui domine la question doit répondre avec la responsabilité.

#### **1. Une protection sociale**

25. Comme salarié, le souci de protection ne paraît se heurter à aucune difficulté particulière. Car en optant pour cette qualité, le conjoint renonce par là-même à tout droit professionnel et à toute responsabilité directe dans la gestion de l'entreprise mais en contrepartie bénéficie de la protection des règles du droit du travail, notamment en cas de fermeture de l'entreprise, ainsi que de la couverture sociale offerte par le régime de la sécurité sociale. Rien en droit positif béninois ne dit que le contrat de travail entre époux est illicite. A partir du moment qu'il exerce son activité professionnelle donnant lieu à versement effectif d'une rémunération supérieure ou égale au SMIG et sous l'autorité de son époux, chef de la société, alors il est traité de salarié<sup>26</sup>. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si un lien de subordination existe entre époux dès lors qu'il est établi que le conjoint participe effectivement à l'activité ou à l'entreprise et est rémunéré. Le lien de subordination est présumé.

En droit français, aujourd'hui, cette présomption est irréfutable<sup>27</sup>. Reconnaître ce statut au conjoint revient à lui accepter des avantages des droits sociaux du salarié : sécurité sociale pour lui-même et les enfants communs, retraite personnelle, indemnités de chômage en cas de licenciement. En cas de réduction d'activité de l'entreprise ou de mésentente du couple la situation du conjoint salarié est celle de n'importe quel salarié licencié pour cause économique ou pour motif personnel. C'est une solution avantageuse. Mais il faut dire que c'est une solution qui n'est pas très souvent utilisée compte tenu des cotisations sociales qu'elle entraîne<sup>28</sup>. Pourtant le statut qu'il propose au conjoint, n'est donc pas nouveau. Il est vrai que depuis longtemps la validité du contrat de travail entre époux n'est pas discutée en droit béninois. L'apport du code béninois du travail n'en est pas moins important. En vérité,

il ne permet d'élever aucun nombre d'obstacles. Rien dans ce code n'interdit au conjoint du chef d'entreprise d'être un salarié sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité. Devrait-on proclamer cette évidence ? On pourrait dire oui.

En vérité, même si nous devons faire la peine de l'admettre, doit-on refuser d'admettre le lien de subordination entre époux ? Le code a pourtant le mérite de préciser les conditions dans lesquelles la qualification de salarié pourra être retenue : le travailleur doit participer effectivement à l'entreprise à titre professionnel et habituel et percevoir une rémunération. Il faut ici distinguer un conjoint salarié d'un conjoint qui collabore. Ce dernier doit être traité comme tout salarié. A partir du moment où toutes les conditions du droit de travail sont réunis, l'intéressé est réputé exercer son activité sous l'autorité du chef d'entreprise.

*A priori* notre démarche n'est pas nouvelle en droit du travail, déjà la jurisprudence induit l'existence d'un lien de subordination d'éléments divers : conditions respectives des parties, conditions d'exécution du travail, rémunération. L'originalité réside dans la présomption que nous éditons. On pourrait d'ailleurs être tenté de donner au code du travail une portée beaucoup plus grande en affirmant que dans les rapports de travail entre époux s'étendent à l'existence d'un lien de subordination qu'il a prévu et serait un véritable critère du contrat de travail entre époux, la présomption ayant un caractère irréfragable. Nous n'allons pas écarter une telle interprétation. On ne saurait briser une jurisprudence classique qui a voulu simplifier la tâche de celui ou de celle qui prétend au bénéfice du code du travail.

Dans ce cas, la preuve contraire doit être apportée. Celui qui désire écarter l'application du code de travail doit démontrer que, malgré la perception d'une rémunération normale, malgré qu'il ait activité du conjoint dans l'entreprise, le travailleur n'était pas sous l'autorité du chef de l'entreprise qui se retrouve être en même temps son époux. Ainsi se trouve assurée une concordance certaine entre droit du travail, celui de la sécurité sociale, celui de la famille et le droit ohada des affaires qui font déjà référence au travail fourni et à sa rémunération sans pour autant ignorer la nécessité d'un véritable « lien de subordination »<sup>29</sup>. On peut observer également que la nouvelle loi béninoise portant sécurité sociale facilite l'affiliation à la Caisse Nationale de Sécurité Sociale. Dès lors que celui-ci exerce une activité au sein de l'entreprise et est rémunéré, il doit être simplement affilié à titre de travailleur.

**26.** De même s'il est un associé il doit pouvoir bénéficier d'une couverture suffisante de sécurité sociale. Participant aux activités de l'entreprise et n'ayant ni la qualité de travailleur, ni celle de collaborateur, son titre d'associé peut permettre à le mettre à l'abri en l'affiliant personnellement à un régime d'assurance vieillesse, un régime d'assurance maladie et maternité.

Mais en tant que collaborateur, sa protection est beaucoup moins efficace. Car il doit ici, être considéré comme un mandataire de son conjoint chef d'entreprise. C'est pratiquement en matière d'assurance vieillesse que le collaborateur bénéficie d'une protection autonome. Dans ce cas, on peut être confronté à une double revendication : la reconnaissance de droits propres sans coût supplémentaire pour la société et un partage des cotisations suivi d'un partage des retraites.

On est conscient de ce que le statut de collaborateur que nous offrons au conjoint manque de protection juridique assez forte. Malgré cela il faut dire que le conjoint y trouvera un avantage non négligeable qui est de ne pas supporter les conséquences financières d'un échec dans la vie des affaires de l'autre à partir du moment où il ne veut ou ne peut pas être considéré comme un salarié de la société.

## 2. Une protection patrimoniale

27. *A priori*, elle semble être bien assurée. Le conjoint associé d'une société à risques limités ne peut perdre son apport. Aucune dette sociale ne lui être imputée. Mieux, pour les auteurs du droit ohada, la société à responsabilité limitée permet la protection de l'ensemble du patrimoine familial. On suggère donc la constitution d'une société entre époux assurant une limitation raisonnable du risque pris dans les affaires.

L'article 9 de l'AUSCGIE, dispose : « Deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement ». Il ressort de cette disposition que la société entre époux est en principe valable. Mais les époux ne peuvent être ensemble membres d'une société qui leur confère à tous deux la qualité de commerçant. D'ailleurs, sur ce on peut faire appel à l'article 7 al 2 de l'AUDCG qui étalent que « ... Le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux ». Ils ne peuvent donc être associé de SNC ou commandités de SCS. Ils peuvent être par contre actionnaires d'une SA, associés d'une SARL ou commanditaires d'une SCS. Ils peuvent être aussi l'un des commandités et l'autre commanditaire d'une SCS<sup>30</sup>. On est là loin quand même de la moralisation du droit des sociétés souhaitée, à juste titre par certains<sup>31</sup>.

Dans ce cas, la déception est à la hauteur des espoirs qu'on pouvait attendre du droit ohada. Les époux risquent un peu tard, de découvrir les pièges de la gérance de fait, les incidences de la fictivité. En outre, ils prendront immédiatement conscience de la force insurmontable des réalités économiques : l'insuffisance de la surface financière de la société conduira les créanciers les plus importants à subordonner

leurs concours au cautionnement des associés. Au sein d'une entreprise individuelle, les ambitions du législateur sont plus mesurées : l'entrepreneur ne pouvant échapper aux conséquences patrimoniales d'un échec des affaires, il convient simplement de préserver son conjoint.

**28.** Avant la réforme ohada, le droit béninois des sociétés donnait à la femme mariée une protection. Celle-ci, en effet n'était pas réputée commerçante si elle ne faisait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'était réputée telle que lorsqu'elle faisait un commerce séparé. Malgré une rédaction vieillotte, le texte n'en constituait pas moins un rempart dont bénéficiait celle qui ne faisait qu'apporter son concours à l'entreprise, en la mettant notamment à l'abri d'une procédure collective. Il est vrai que la seule référence à la femme mariée donnait au texte une signification différente. L'article 4 du code de commerce français était considéré par la doctrine la plus classique comme contribuant au statut d'infériorité en conférant au seul mari la qualité de commerçant, et ce quelle que soit l'importance du rôle de la femme au sein de l'entreprise. Ainsi, l'aspect protecteur du texte était vite passé au second plan, si la femme échappait aux obligations des commerçants, elle ne pouvait en exercer les droits<sup>32</sup>. En cela il était éminemment contestable, sa modification s'imposait. On regrette là que le législateur n'ait pas saisi l'occasion pour mieux préciser la portée de la règle et distinguer la collaboration du salariat en ce qui concerne une participation véritable de l'activité commerciale. Tout ce qu'il s'est contenté d'admettre c'est de lui dénier toute qualité de commerçant.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 7 de l'AUDCG répute que le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux. Nul doute que le texte s'applique à toute autre activité que le conjoint peut exercer dans au sein de l'entreprise en tant que collaborateur ou salarié. La négation de la qualité de commerçant ne suffit pas totalement à mettre l'époux qui participe à l'activité de son conjoint à l'abri des risques. On a pu soutenir, en effet, qu'un époux qui collabore avec son conjoint sans que celui-ci ne s'y oppose, engage ainsi l'ensemble de la communauté et ses biens personnels (art. 202 al 1). De même on ne voit pas comment un conjoint pourrait collaborer avec son époux sans approuver de même coup l'exercice d'un commerce séparé. Mieux, pour eux, le texte ne présente pas une grande utilité. N'accomplissant pas des actes de commerce pour leur propre compte mais pour le compte de leur mandat ou de leur préposé. L'article 7 al 2 de l'AUDCG suffit à justifier l'inapplication du droit commercial et plus particulièrement des procédures collectives.

Reste l'hypothèse la plus délicate où les deux époux contribuent dans ces conditions analogues à la marche de l'affaire et accomplissent tous les deux des actes de commerce. Rappelons que l'ancien article 4 al 2 du code de commerce, aurait dû

alors conduire à reconnaître au seul mari la qualité de commerçant. Pourtant les juges, approuvés par la doctrine dominante, méconnaissaient ouvertement un texte dépassé. Tirant toutes les conséquences d'une véritable exploitation en commun, ils soumettaient les deux époux aux rigueurs de la faillite<sup>33</sup>.

**29.** A s'en tenir à une interprétation littérale du nouveau texte, lorsque deux époux exploitent en commun un même fonds, il serait impossible d'attribuer la qualité de commerçant à l'un et l'autre. Faute d'exercer un commerce séparé, un des conjoints ne pourrait avoir d'autre qualité. Peut être seulement être salarié ou collaborateur. De manière tout à fait exceptionnelle, il interdit de reconnaître la qualité de commerçant à celui qui accomplit de manière habituelle des actes de commerce au seul motif qu'il est conjoint de commerçant. On en reviendrait à l'interprétation classique de l'article 4 du code de commerce français : la présomption de non-commercialité à un caractère irréfragable et à ses conséquences pratiques dans l'immense majorité des cas, la femme ne pourrait faire l'objet d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

On constate pourtant que le législateur ohada n'a nullement envisagé un tel « retour aux sources ». Il suffisait de bilatéraliser la règle en affirmant la jurisprudence qui s'était développée à partir de cette disposition<sup>34</sup>. Il s'agissait sûrement d'écarter la qualification de commerçant à l'égard du conjoint qui ne fait que participer à l'activité professionnelle de son époux, car il n'accomplit pas des actes de commerce pour son propre compte au sens de l'article 2 de l'AUDCG. En réalité, même dans la rédaction de l'AUDCG, rien n'interdit de reconnaître à la règle exprimée valeur d'une présomption simple. L'époux qui n'exerce pas une activité commerciale séparée n'est pas réputé commerçant. Sa participation à l'œuvre commune est censée ne pas dépasser le stade de la simple collaboration. Par contre, l'accomplissement pour son propre compte des actes de commerce permet aux tiers d'apporter la preuve de sa qualité de commerçant. Tout laisse, donc, penser que le juge attribuera la qualité de commerçant aux deux époux lorsque ceux-ci assurent ensemble la direction de l'entreprise. D'ailleurs, comment pourrait-il en être autrement lorsque leur rôle est exactement identique ? A supposer qu'un choix est nécessaire, « au bénéfice » de qui l'exercer ? Peut-on se contenter des énonciations du registre du commerce ? C'est-à-dire sur la commercialité subjective ?

**30.** Il faudra alors distinguer le participant ou le collaborateur du coexploitant ou cogérant. Le premier est à l'écart d'une procédure qui peut atteindre le second. On peut nier la difficulté en soulignant qu'il appartient au conjoint d'opter pour tel statut, et que ses droits et obligations professionnels sociaux en résultent. En d'autres termes, il serait impossible de confier la qualité commerçant à celui qui a décidé d'exercer son activité professionnelle en qualité de conjoint collaborateur. La

solution s'imposerait avec d'autant de force qu'on donnerait l'apparence d'une collaboration alors que le collaborateur avait déjà fait l'objet d'une grande publicité en tant que gérant de la société. On écartera pourtant cette solution qui fait une trop large place à la volonté individuelle. D'ailleurs l'article 2 de l'AUDCG n'a pas supprimé le contrôle que doit opérer le juge sur les qualifications. Seul celui qui se comporte comme collaborateur ou mandataire peut bénéficier des droits qui sont attachés à ce statut et n'être tenu que des obligations qui en résultent. Quant à la mention au registre du commerce, lui donner force de présomption irréfragable de non-commercialité au bénéfice du conjoint serait trop contraire aux effets classiques de l'institution.

Assurément, la distinction sera délicate, tout au plus, peut-on donner quelques orientations. L'exercice d'actes de commerce constitue un critère insuffisant mais l'attitude du conjoint concerne aussi un des aspects de la gestion de l'entreprise. Le collaborateur ou mandataire comme coexploitant accomplit de tels actes, le premier pour le compte du chef d'entreprise, le second pour son propre compte. Celui qui se cantonne dans telle ou telle activité administrative, technique ou commerciale, qui assiste le chef de l'entreprise sans assurer la direction permanente de l'affaire, ne peut être déclaré en règlement judiciaire ou liquidation des biens. A l'opposé, une participation générale à la gestion peut-être retenue pour qualifier le conjoint de coexploitant. De même doit-on prendre en compte l'indépendance plus ou moins grande dont bénéficie le participant. Le coexploitant reste comme tout chef d'entreprise, maître de ses décisions, le collaborateur ou mandataire doit rendre en compte.

**31.** En somme, en accordant à celui qui travaille dans l'entreprise familiale des droits professionnels nouveaux, en lui assurant une protection sociale plus ou moins complète, le droit béninois combiné au droit ohada marque incontestablement un progrès dans les affaires au sein de l'espace ohada. Elle constitue pourtant une étape. Certaines mesures fiscales doivent le moment venu compléter le tableau pour favoriser le salariat. Cela implique une révision du code de travail béninois ou une telle prévision dans le futur acte uniforme relatif au droit de travail de l'espace ohada. De telles dispositions pourraient prévoir la rémunération à verser, le caractère des liens de subordination qui pourrait exister entre les époux. Pourtant, quels que soient les compléments apportés, les imperfections subsisteront. La reconnaissance de l'activité du conjoint implique une réforme complète de l'entreprise individuelle.

### ***B. L'attribution préférentielle de l'entreprise au conjoint à la mort de l'époux-entrepreneur***

**32.** Elle est prévue, par exemple, à l'article 217 du code des personnes et de la famille du Bénin. Celle-ci permet au conjoint de ne plus se cantonner dans le rôle de « contrôleur ». Propriétaire de l'entreprise, il a tous les pouvoirs. La combinaison de

cet article du code béninois avec l'al 2 de l'article 7 de l'AUDCG est ici encore bien limitée dans son innovation. Le texte (l'article 217 du CPF) complète les critères de choix « en cas de pluralité de demandes ». Il mentionne, en effet, « la participation effective à cette exploitation » du demandeur. Ceci met en exergue la durée de la participation. La volonté du législateur béninois est claire : l'égalité des successibles dans leur aptitude à gérer étant établie, celui qui a consacré une grande partie de son activité à la gestion de la firme bénéficie d'un certain avantage. Il peut conserver une entreprise dont il a assuré, grâce à son travail, le développement.

Il ne faudrait pas conclure à une quelconque « primauté » au bénéfice du conjoint. Tout d'abord, la prise en compte de la durée de la participation n'intervient qu'à titre accessoire, le juge devant, avant tout, prendre en compte l'aptitude à gérer. Certes, on peut penser que celle-ci est d'autant plus vraisemblable que la collaboration a été longue. Au fil des ans, en ne mettant pas fin à l'activité de son conjoint, l'entrepreneur n'a-t-il pas reconnu ses qualités ? Mais des esprits chagrins rétorqueront qu'« aider » et « gérer » sont deux choses différentes. Surtout, quelles que soient les précisions données, le juge statuera en fonction des intérêts en présence<sup>35</sup>. En tout cas, comme on peut le dire, « le dernier mot appartiendra au juge et non à la loi ». Plus efficace, en pratique, est la possibilité pour le survivant d'obtenir un prêt à taux bonifié pour le paiement de la soulte. Cette solution peut être contestée. Elle est trop contraire à l'égalité qui doit régner dans le partage. Elle n'est d'ailleurs pas toujours favorable à un successible qui s'expose à une revalorisation de la soulte lorsque, par suite des circonstances économiques, la valeur des biens, mis dans son lot, a augmenté de plus d'un ¼ depuis le partage. Le paiement immédiat, grâce à un crédit accordé dans des conditions favorables, donne satisfaction à tous : les créanciers de la soulte ne doivent pas subir les conséquences d'une érosion monétaire mal compensée par les intérêts versés ou par la revalorisation. L'attributaire peut se libérer immédiatement de la dette sans obérer la trésorerie de son entreprise, et en bénéficiant d'avantages fiscaux.

**33.** Malgré toutes ces dispositions du droit OHADA, l'entreprise individuelle n'est que très difficilement conciliable avec une véritable insertion du conjoint. Innover plus aurait été concevable pour le juge. Il lui convenait alors de repenser complètement cette structure juridique. La tâche est très difficile. On comprend parfaitement qu'un législateur, soucieux d'efficacité, ait préféré encourager le développement des diverses formes sociales.

- <sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.
- \* Docteur en droit des universités belges et béninoises, enseignant-chercheur à la Faculté de droit et de sciences politiques de Tchaourou de l'Université de Parakou (Bénin) ; [clauagoss@yahoo.fr](mailto:clauagoss@yahoo.fr).
- <sup>2</sup> *L'alchimiste*, 1995.
- <sup>3</sup> L'histoire du droit montre qu'à partir du droit civil des branches du droit se sont plus ou moins éloignées de lui, pour acquérir ce qu'il est convenu d'appeler leur autonomie. Il s'agit du droit commercial, du droit du travail, du droit pénal, ... Mais l'on note maintenant avec le phénomène de la mondialisation un mouvement inverse où de remise en cause de ces catégories traditionnelles fait assister dans une catégorie plus vaste appelée droit des affaires, les matières comme droit commercial, du droit des sociétés, du droit du travail, du droit de la concurrence, du droit de la consommation, du droit financier, du droit pénal, du droit administratif, droit maritime, droit des transports, droit des assurances, droit de la propriété intellectuelle, droit bancaire, droit de la distribution etc. Il vrai qu'on ne saurait ignorer que l'influence du droit commercial sur le droit civil a fait de celui-ci un droit plus souple et moins formaliste. Cf TERRE (F.), *Introduction au droit*, 8<sup>e</sup> Ed., Dalloz, 2009, p. 92.
- <sup>4</sup> L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est une Institution unique regroupant 17 pays, à savoir : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo, les Comores, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée (Conakry), la Guinée-Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ses objectifs consistent à : Unifier le droit des affaires des États parties au Traité ; Garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques au sein de l'espace de l'organisation ; Promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. Cf [www.ohada.com](http://www.ohada.com).
- <sup>5</sup> ADIDO (R.), « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme ohada », in *Rev. Penant*, 2004, n°848.
- <sup>6</sup> Articles 9 de l'AUSCGIE, 99 et 100 de l'AUPCAP.
- <sup>7</sup> Article 7 al 2 de l'AUDCG.
- <sup>8</sup> Article 30 de l'AUDCG.
- <sup>9</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 10<sup>e</sup> Ed., Paris, Montchrestien, 2010, p. 145 : l'influence se manifeste aussi par le biais du patrimoine, du nom et du domicile.
- <sup>10</sup> Articles 371 et 378 du code sénégalais de la famille ; article 109 du code togolais des personnes et de la famille ; al 3 de l'article 496 et l'al 1 de l'article 497 du code zairois de la famille ; articles 157, al 4 de 167, 173, 175 et 183 du code béninois des personnes et de la famille ; articles 175, 176 et 177 du code congolais de la famille ; articles 295 al 1, 298, 300, 310 du code burkinabé des personnes et de la famille...
- <sup>11</sup> Articles 371 et 378 du code sénégalais de la famille ; article 109 du code togolais des personnes et de la famille ; al 3 de l'article 496 et l'al 1 de l'article 497 du code zairois de la famille ; articles 157, al 4 de 167, 173, 175 et 183 du code béninois des personnes et de la famille ; articles 175, 176 et 177 du code congolais de la famille ; articles 295 al 1, 298, 300, 310 du code burkinabé des personnes et de la famille...
- <sup>12</sup> Article 167 al 3 du Code des Personnes et de la Famille du Bénin.
- <sup>13</sup> ANGELO (D')(B.) et FIERENS-VIALAR (V.), *Introduction au droit*, Paris, Ed. Hachette, 2010, p. 54.
- <sup>14</sup> AGOSSOU (C.), *Liberté et Egalité en droit de la famille en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat, UCL/UAC, 2012, p. 7

- <sup>15</sup> KODO (M.-J.-V.), *L'application des actes uniformes de l'OHADA*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2010, p : 86 : le juge national concoure déjà à rétablir l'égalité des parties en matière contractuelle (CA Bobo-Dioulasso, civ et com. N° 042, 17/05/2004 : Centre Hospitalier « S » c/ M. S. O. ; <http://www.jurisburkina.org/doc/html/bf/jug/cab/fr/2004/2004jbcabf12.html> (consulté le 30 juin 2011).
- <sup>16</sup> RANDOUX (D.), « Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? (Loi n°82-596 du 10 juillet 1982) », in JCP, éd. G. 1983. I. 3103.
- <sup>17</sup> ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), et al, *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Juriscope, 2002.
- <sup>18</sup> DUPONTAVICE et DUPICHOT, *Traité de droit commercial*, 3<sup>e</sup> Ed., 2<sup>e</sup> Vol., 370-4 ; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, 2<sup>e</sup> Ed., t.I, 2<sup>e</sup> Vol., n° 794.
- <sup>19</sup> DERRUPPE (J.) « Régimes de communauté et droit des sociétés », in JCP 71, ed. G. I. 2403 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire*, t. I, n°28.
- <sup>20</sup> Articles 9 de l'AUSCIE et 183 al 1 du code des personnes et de la famille.
- <sup>21</sup> Crim. 9 Août 1851, D.P. 52. 1. 160 ; Req. 7 févr. 1860, D.P. 60. 1. 115 ; 6. févr. 1888, D.P. 88. 1. 401 ; Civ. 5 mai 1902, D.P. 1903. 1. 207 ; 24 févr. 1913, S. 1916. 1. 81 ; 5 juin 1951, D. 1952. Somm. 30 ; Civ. 23 janv. 1912, S. 1912. I. 149 ; Crim. 25 janv. 1950, D. 1950. 212 .
- <sup>22</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires*, 2<sup>e</sup> ed., n°107.
- <sup>23</sup> Article 202 du code des personnes et de la famille du Bénin.
- <sup>24</sup> COLOMER (A.), *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I, n°226.
- <sup>25</sup> ADIDO R., « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme ohada », in Rev. Penant, 2004, n°848.
- <sup>26</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), op. cit., p. 165.
- <sup>27</sup> Soc., 6 nov. 2001, JCP 2002. II. 10030.
- <sup>28</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), op. cit., p. 166.
- <sup>29</sup> POUGOUE (P-G.) et al. OHADA, *sociétés commerciales et GIE*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2002 ; RIPERT (G) et ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, par GERMAIN (M.) et VOGEL (L.), T1, 17<sup>e</sup> Ed., Paris, LGDJ, 1998, n° 276 et s ; Cass. Soc. 3 Juillet 1958, D. 1958. 639 ; DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, p. 352 et s.
- <sup>30</sup> ADIDO (R.), « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme ohada », in Penant n°848, 2004, p. 390 ;
- <sup>31</sup> CHAMPAUD (J.), « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », in R.T.D. Com. 1979, p. 579
- <sup>32</sup> HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, 2<sup>e</sup> Ed., T 1, n°360-5.
- <sup>33</sup> MAUBRU (B.), « La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation de biens de deux époux exploitant un commerce en commun », in JCP 76, éd. G, I, 2804.
- <sup>34</sup> MAUBRU (B.), « La fin d'une jurisprudence : le nouvel article 4 du code de commerce », in JCP 82, éd. N., I, p. 227.
- <sup>35</sup> SAVATIER (R.), « Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle en matière de partage », in Mélanges VOIRIN, p. 763.

## **STUDII**

### **LES DEFIS DU DROIT CAMEROUNAIS CONTEMPORAIN DE LA FAMILLE<sup>1</sup>**

**Maturin PETSOKO\***

**Résumé :** *Le droit de la famille est un domaine en constante ébullition où l’empreinte laissée par le passage des changements sociaux est souvent remarquable. Le droit camerounais de la famille ne saurait résister à cette crise profonde que connaît le droit contemporain de la famille. Aussi, légiférer en la matière apparaît comme une nécessité impérieuse. A la différence de certains pays africains tels que le Sénégal ou la Côte d’Ivoire, le législateur camerounais, depuis l’accession à l’indépendance, n’a pas encore procédé à la réforme globale de son droit de la famille. L’un des dangers les plus fréquemment encourus est celui d’une législation focalisée sur des cas litigieux et l’oubli corrélatif de la généralité des situations. Une réforme globale du droit camerounais de la famille, axée principalement sur une affirmation plus accrue du principe d’égalité et une meilleure prise en compte de l’intérêt de l’enfant s’avère donc opportune.*

**Mots clés :** *droit de la famille, égalité, intérêt de l’enfant*

La famille, pour des raisons évidentes, est considérée par le législateur comme la cellule de base de l’organisation sociale<sup>2</sup>. Statuifiée par le Code civil de 1804, elle est devenue depuis quelques décennies, un pilier de la société dont les bases ont été profondément ébranlées par l’évolution des mœurs<sup>3</sup>. En 1920, Gaston Morin écrivait déjà en France, un livre intitulé : « La révolte des faits contre le Code »<sup>4</sup>. Que n’aurait-il pas dit aujourd’hui alors que la partie du Code civil réservée au droit de la famille a littéralement été bouleversée sous la pression des faits et des mouvements d’opinion ? Il ne reste plus grand chose de cette législation, tirée en partie du droit romain et aussi du vieux droit français qui demeure encore une des pierres angulaires du droit positif camerounais.

Simple évolution ou véritable révolution<sup>5</sup>, le droit de la famille a radicalement changé. C’est ce que le professeur Pierre Catala a appelé « la métamorphose du droit de la famille »<sup>6</sup>. Certains auteurs ont parlé à ce sujet de désagrégation de la famille consécutive à une plus grande liberté des époux dans le sens de l’égalité de l’homme et de la femme<sup>7</sup>. Aussi, légiférer en la matière apparaît comme une nécessité impérieuse.

A la différence de certains pays africains tels que le Sénégal ou la Côte d'Ivoire, le législateur camerounais, depuis l'accession à l'indépendance<sup>8</sup>, n'a pas encore procédé à la réforme globale de son droit de la famille. Il n'est intervenu jusqu'à présent que par des lois particulières<sup>9</sup> adoptées à partir de 1966 et inspirées par le droit français. Pourtant, un véritable besoin social existe, parce qu'il faut désormais tenir compte juridiquement de l'évolution des faits pour éviter que ne se creuse davantage le fossé entre les aspirations des citoyens et le droit. Il faut adapter le droit aux mœurs en proposant un ensemble normatif qui permette aux comportements de s'élaborer et surtout aux familles et aux personnalités de se construire par rapport à des repères stables, sûrs et compréhensibles. Le droit civil de la famille est confronté à au moins trois types d'évolutions :

L'évolution la plus visible est l'évolution sociale. Les changements du droit de la famille au Cameroun comme à l'étranger sont d'abord des phénomènes de société. Ils concernent d'abord les aspects proprement familiaux de la vie, dont les phénomènes que l'on peut regrouper sous l'appellation générale de « démariage »<sup>10</sup> (divorces, unions libres, recompositions familiales...). Il faut aussi noter plus largement un nouveau rapport au droit et à la société, incluant une plus grande autonomie et une plus grande responsabilité des individus et des couples. La notion de « modèle familial » elle-même est remise en question face au désir de chacun de construire ses propres relations familiales. Enfin, les relations de couple apparaissent de plus en plus relever des choix privés, alors cependant que les rapports entre parents et enfants sont toujours, voire de plus en plus, sous le regard de la société, dont on attend qu'elle assure le respect des droits et devoirs de chacun. De ce fait, la famille apparaît ainsi comme un intermédiaire entre le citoyen et l'Etat<sup>11</sup>.

L'évolution biologique et médicale n'est pas des moindres. Il faut signaler ici les progrès de la biologie dans le domaine de la procréation, notamment le phénomène des procréations médicalement assistées.

L'évolution juridique est peut-être la plus méconnue. Sous la pression des conventions internationales<sup>12</sup>, des bouleversements profonds dans les principes juridiques sont intervenus. Inadapté par hypothèse à ces évolutions dont personne ne pouvait prévoir l'ampleur et la rapidité, le droit de la famille est devenu illisible parce que trop complexe, au fil des réformes législatives ponctuelles et des innovations jurisprudentielles inattendues. Le droit de la filiation est devenu un maquis où seuls d'éminents spécialistes peuvent tenter de s'orienter. Le droit du divorce quant à lui n'a pas répondu à toutes les attentes de ses promoteurs et continue de susciter des débats violents et douloureux, ainsi que des litiges d'après divorce interminables. De même, la notion de « puissance paternelle » n'est pas toujours suffisamment claire pour fonder des relations équilibrées et solides au sein de la famille.

Le présent article se propose de mettre en lumière les grandes tendances actuelles d'évolution du droit de la famille. La question de droit est donc celle de savoir quels sont les grands enjeux auxquels doit faire face le droit camerounais de la famille du XXI<sup>e</sup> siècle ? Il s'agit pour nous de savoir quels sont les défis auxquels notre droit contemporain de la famille est confronté et de proposer des solutions pour répondre à ces nouvelles exigences.

L'introduction du principe égalitaire dans notre droit positif a provoqué une véritable décongestion des intérêts patrimoniaux de la famille<sup>13</sup>. Ainsi est apparue la notion d'intérêt de la famille dont le rôle essentiel est d'assurer la permanence et la satisfaction des besoins du foyer, du ménage considéré comme entité autonome. La notion d'intérêt de l'enfant participe de cet arsenal juridique pour la réalisation d'un droit de la famille renouvelé<sup>14</sup>.

Si notre société veut s'arrimer à la modernité et s'offrir un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, il doit faire du principe d'égalité, un principe fondateur du droit contemporain de la famille (I), et placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille comme un principe d'intervention à l'égard de l'enfant (II).

### **I. Faire du principe d'égalité, un principe fondateur du droit contemporain de la famille**

L'égalité se présente sous les deux formes de l'égalité des sexes et de l'égalité des filiations. Ni l'une ni l'autre ne va de soi. L'égalité des sexes se heurte aux rôles irréductiblement différents du père et de la mère. L'égalité des filiations bute quant à elle, sur la diversité des situations parentales. Si les droits théoriques des enfants ne sont pas déjà identiques, leur situation de fait est encore fort différente selon le mode de vie des parents (mariage, concubinage, divorce, séparation plus ou moins conflictuelle). A ce stade de nos développements, nous nous intéressons uniquement à l'égalité des sexes dans les rapports entre époux, l'égalité des filiations devant être analysée plus loin. A ce propos, nous nous intéresserons à la nécessité de faire du principe d'égalité dans les rapports entre époux, un principe fondateur du droit camerounais contemporain de la famille. Selon qu'il s'agit de rapports de réciprocité (A) ou d'autorité (B), l'égalité est plus ou moins consacrée.

#### **A- La recherche de l'égalité des sexes dans les rapports de réciprocité entre époux**

La progression de l'égalité des sexes est une caractéristique permanente de l'évolution du droit civil depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Mais dans les sociétés traditionnelles africaines en général et camerounaises en particulier, les hommes s'arrogent encore un pouvoir de domination sur les femmes. Cette conception

traditionnelle trouve son pendant dans le Code civil de 1804 qui fait du mari le chef de la famille<sup>15</sup>. Cette disposition discriminatoire a été reprise par l'Avant-projet du Code camerounais des personnes et de la famille (APCPF)<sup>16</sup>, ce qui crée entre l'homme et la femme une hiérarchisation fondée sur le sexe. Il convient de distinguer les rapports de réciprocité de nature purement personnelle (1) de ceux qui ont plutôt une nature patrimoniale (2).

### **1- Les rapports de réciprocité de nature personnelle**

En droit positif camerounais, les rapports personnels entre époux sont régis par le chapitre VI du Code civil français de 1804 intitulé « Des devoirs et des droits respectifs des époux », ainsi que par des règles coutumières. Ces rapports sont encore inégalitaires et reposent essentiellement sur des discriminations fondées sur le sexe. La femme, « incapable » et « simple objet de droits »<sup>17</sup> a, semble-t-il, besoin d'être représentée et protégée par l'homme. Ce critère de distinction dans la nature des rapports entre conjoints est illégitime et aboutit à une insuffisante affirmation du principe d'égalité<sup>18</sup>. Cette philosophie discriminatoire du sexe masculin réducteur de la personne humaine, qui imprègne le droit camerounais de la famille et qui, selon les propos fort judicieux du Professeur Xavier Martin, incline « à nier comme naturelle toute relation entre individus, tend forcément à méconnaître du même coup les complémentarités riches et diversifiées de l'attachement mutuel des sexes »<sup>19</sup>.

Premièrement, le choix du domicile conjugal appartient au mari et la femme est obligée d'habiter avec lui<sup>20</sup>. L'article 108 du Code civil de 1804 précise que « la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari ». Même résidant séparément, elle reste domiciliée chez celui-ci. L'on peut regretter que les rédacteurs de l'Avant-projet aient maintenu cette disposition<sup>21</sup>. Cette prérogative du mari est contraire à l'esprit de l'égalité des sexes proclamée dans la Constitution et à l'objectif officiellement affiché de modernisation du droit camerounais de la famille. Il aurait été judicieux de soumettre le choix de la résidence de la famille à l'accord commun des époux et de protéger le logement familial contre les agissements préjudiciables de chaque époux<sup>22</sup>.

Deuxièmement, si la femme mariée peut exercer une profession séparée, son mari peut s'y opposer dans l'intérêt du ménage et des enfants<sup>23</sup>. On peut se réjouir de l'évolution de l'Avant-projet sur la question, les articles 240 et 241 prévoyant sans ambiguïté que « chacun des époux a le droit d'exercer une profession sans le consentement de l'autre » et « si l'un des époux prétend que l'exercice de la profession par son conjoint est de nature à mettre en péril l'intérêt de la famille, il saisit par requête la juridiction compétente qui statue ».

Afin de tirer toutes les conséquences qui découlent du principe d'égalité, le Professeur Thérèse Atangana-Malongue propose d'enlever au mari sa qualité de chef de famille et d'attribuer conjointement aux deux époux la direction du ménage. Surtout il importe, selon elle, de ne pas garder la notion, même à titre symbolique, même pas pour dire que « les époux sont chefs de la famille ». Car dit-elle, l'influence de la notion de « chef » sur le comportement des africains n'est pas à sous-estimer.

Troisièmement, l'article 17 de la loi du 11 juin 1968 portant Code de la nationalité camerounaise<sup>24</sup> offre une faculté d'acquérir la nationalité camerounaise à la femme étrangère qui épouse un camerounais. Cette faculté n'existe pas pour le mari étranger d'une camerounaise qui ne peut acquérir la nationalité camerounaise que par naturalisation. En filigrane, apparaît ici la transposition dans le droit écrit de la règle coutumière de la puissance maritale des sociétés patrilinéaires qui subordonne la condition juridique de la femme à celle de son mari. Fort heureusement l'article 170 de l'Avant-projet met fin à cette discrimination<sup>25</sup>.

Quatrièmement, l'âge requis pour se marier est fixé à 18 ans pour l'homme et à 15 ans pour la femme. Lors des travaux de sa 53<sup>e</sup> session qui se sont tenus du 11 au 29 janvier 2010 à Genève en Suisse, le Comité des droits de l'enfant, après examen du rapport du Cameroun, lui a demandé de relever l'âge légal du mariage des filles à 18 ans, pour qu'il soit le même que pour les garçons<sup>26</sup>. Il serait judicieux de fixer un seuil d'âge minimum commun à tous avec une possibilité de dispense. L'harmonisation du droit interne aux normes internationales ratifiées par l'État camerounais<sup>27</sup> fixant la majorité à 18 ans s'impose donc !

La polygamie est également source d'inégalités dans les rapports entre époux, et même aussi source d'insécurité juridique dans la famille. D'une part, à l'égard de la femme, il n'existe pas de polyandrie au Cameroun. Seul l'homme a la latitude d'opter pour le mariage de forme monogamique ou polygamique, ce qui constitue déjà pour lui, un avantage indéniable. Qui plus est, l'appréciation de l'adultère dans le système polygamique<sup>28</sup> se fait différemment selon qu'il s'agit de la femme ou de l'homme<sup>29</sup>. Pour reprendre l'expression consacrée du doyen Stanislas Meloné, l'homme est « astreint à des fidélités multiples »<sup>30</sup> et ne doit avoir de relations sexuelles qu'avec ses femmes actuelles<sup>31</sup>. Au niveau de ses éléments constitutifs<sup>32</sup>, l'adultère de l'homme est soumis à la condition que celui-ci ait été commis dans le foyer conjugal par le mari avec une autre femme que ses épouses<sup>33</sup>. Si par contre, les rapports se sont déroulés hors du domicile conjugal, il faudrait qu'ils revêtent un caractère habituel ou répété avec une autre femme que ses épouses. En d'autres termes, à l'extérieur du domicile conjugal, tant qu'ils ont un caractère ponctuel ou passager, il n'y a pas adultère. Plus précisément, aussi longtemps que le mari ne sera pas découvert au moins deux fois avec une même maîtresse, il ne pourra

être condamné pour adultère. L'homme infidèle peut donc contourner l'article 361 du Code pénal d'une part, en évitant d'avoir des rapports sexuels avec une autre que ses épouses à son domicile, d'autre part en multipliant ses partenaires extérieurs de manière à ce que l'on n'ait jamais l'occasion de soupçonner qu'il ait entretenu, ne serait-ce que deux fois, les relations intimes (hors du domicile conjugal) avec l'une d'entre elles. Il y a là une véritable injustice sur laquelle le législateur devra se pencher dans le cadre de ses travaux futurs<sup>34</sup>.

D'autre part, dans le système polygamique, l'obligation de cohabitation pèse d'une manière absolue sur la femme. Le mari, chef de famille, a le pouvoir de choisir soit une résidence commune, obligeant ainsi ses épouses à cohabiter, soit des résidences distinctes. Certes, le Code civil et la coutume reconnaissent à la femme la faculté de demander une autre résidence lorsque celle choisie par le mari présente pour elle et ses enfants un danger, mais en pratique, cette faculté est peu utilisée. La principale difficulté qui en résulte est alors celle de la détermination du domicile conjugal du polygame. Le Code civil définit le domicile comme le lieu du principal établissement de la personne<sup>35</sup>. Lorsque le polygame a des épouses habitant des localités différentes, la jurisprudence décide qu'il peut avoir autant de domiciles<sup>36</sup>, dérogeant ainsi à l'unicité du domicile.

Comme on peut le constater, l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage ne reste encore sur bien des points, qu'un simple projet. Toutes ces injustices méritent d'être réparées par le législateur camerounais dans ses travaux futurs, puisque la CEDEF<sup>37</sup> invite les États parties à prendre toutes les mesures appropriées « pour modifier les schémas et modèles de comportement socioculturels de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »<sup>38</sup>. Conformément à cette invitation, la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 dispose que l'Etat « assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi ». Il ne reconnaît et ne protège les valeurs traditionnelles que si elles sont « conformes aux principes démocratiques, aux droits de l'homme et à la loi »<sup>39</sup>.

Il convient cependant de faire une précision importante : la recherche de l'égalité ne doit pas occulter la nécessité de concilier égalité juridique et inégalités de fait. Il ne faudrait pas que l'égalité des sexes serve de prétexte à un refus de la protection due au plus faible : la lutte contre les violences conjugales, comme les prestations compensatoires après divorce, sont assurément sexuées, et même si l'on estime qu'il s'agit d'une question de genre plutôt que de sexe à proprement parler, reste que ce sont les femmes qui doivent en l'occurrence être protégées<sup>40</sup>.

## 2- Les rapports de réciprocité de nature patrimoniale

Le Code civil de 1804 affirme l'égalité des époux dans certains de leurs rapports de réciprocité de nature patrimoniale. Il en est ainsi par exemple du principe selon lequel, les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants<sup>41</sup>. Sur cet aspect, les père et mère sont ainsi sur un pied d'égalité absolue, chacun des parents devant contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent ainsi que des besoins de l'enfant.

Par contre, il n'y a pas égalité des époux en matière de régime matrimonial. Lorsque les époux n'ont pas choisi de régime matrimonial par contrat de mariage, c'est normalement le régime supplétif de volonté qui s'applique à eux. Ce régime est en droit camerounais celui de la communauté des biens meubles et des acquêts<sup>42</sup>. Ce régime supplétif de volontés apparaît discriminatoire quant à son existence et quant à son contenu.

Par rapport à son existence, la coutume ignore les régimes matrimoniaux et plus particulièrement « la communauté ». Pour ce qui est du droit écrit, l'article 1453 du Code civil dispose qu' « *après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayant cause, ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer : toute convention contraire est nulle* »<sup>43</sup>. Ce qui permet de déduire que le principe même de l'existence de la communauté ne se pose pas et ne devrait même pas se poser, l'acceptation ou la renonciation à la communauté se situant plutôt au niveau de la liquidation de cette communauté. Malgré la clarté de cette disposition, les juges camerounais exigent aux femmes de prouver l'existence de la communauté. Pour eux, elle n'est pas automatique.

Quant à son contenu, le mari est un tout puissant chef de famille à qui appartiennent naturellement tous les biens du ménage. Par magnanimité, le juge peut ordonner la liquidation d'une « éventuelle communauté » soumise cependant à des conditions très restrictives et toutes à la défaveur de l'épouse. L'épouse qui prétend à la liquidation de la communauté doit expressément le demander sinon la décision sera entachée de vice d'*ultra petita*<sup>44</sup>. Autrement dit, la femme qui demande la liquidation de la communauté doit en plus prouver qu'elle a participé à l'acquisition des biens dont elle demande le partage qui sera souvent inégalitaire et laissé à la libre appréciation du notaire. Ce recours au vice d'*ultra petita* n'est qu'un argument utilisé pour exclure la femme de la communauté légale. Alors que le principe de la communauté légale semblait être admis dans l'*arrêt Dayas* du 12 janvier 1971<sup>45</sup>, le juge de la Cour suprême va effectuer un revirement de jurisprudence en 1979 en décidant dans l'*arrêt Lantum* que « *l'arrêt qui s'est borné à fonder sa décision ordonnant la liquidation de la communauté des biens, sur la seule application de l'article 1400, sans spécifier expressément, compte tenu du contexte social camerounais, que chacun des*

*époux a effectivement et financièrement contribué à l'édification de l'immeuble litigieux, est insuffisamment motivé et encourt cassation* »<sup>46</sup>. Cette décision est illogique, injuste et sans base. Comme l'a si bien écrit le Professeur Nicole-Claire Noko, la jurisprudence camerounaise est émotionnelle et non rationnelle<sup>47</sup>. La contribution de la femme à l'acquisition des biens de la communauté n'est pas que financière<sup>48</sup>. Une conception extensive tend de plus en plus à reconnaître une valeur économique aux travaux ménagers qu'effectue la femme au foyer en ces termes : « *bien que n'exerçant pas de profession séparée, l'épouse qui vaque quotidiennement aux travaux domestiques apporte par ce labeur sa contribution à la prospérité du ménage* »<sup>49</sup> ; que son absence au foyer conjugal obligerait le ménage à engager un ou plusieurs employés de maison<sup>50</sup>, etc.

On peut toutefois se féliciter des avancées notables opérées ces dernières années par certains juges qui estiment que le fait d'attribuer tous les biens du ménage au mari est contraire aux dispositions du Code civil et au préambule de la constitution qui prônent l'égalité de sexe en matière de droits, y compris le droit de propriété ; qu'il y a lieu de l'écarter pour faire application des règles du droit moderne plus justes et plus équitables<sup>51</sup>. Car si l'existence de la communauté légale est discriminatoire au détriment de la femme mariée, sa liquidation et son partage le sont tout autant<sup>52</sup>.

Est également inégalitaire la situation du conjoint survivant en présence d'enfants<sup>53</sup>. Le conjoint survivant du Code civil de 1804 n'est pas un héritier comme les autres. Il succède en principe en usufruit et exceptionnellement en pleine propriété<sup>54</sup>. La quotité de son usufruit varie selon les personnes avec lesquelles il entre en concours. Sur la question, les juges ont combattu les coutumes qui excluaient les femmes de la succession de leurs époux. Certains tribunaux sont même allés plus loin, en attribuant en pleine propriété à la veuve la moitié des biens du *de cuius* en concours avec des collatéraux<sup>55</sup>. Si cette audace de la jurisprudence est louable, elle reste déstabilisante pour la doctrine et les justiciables. En n'appliquant ni la coutume ni le Code civil, les juges créent une insécurité dans le droit applicable, ce qui de l'avis d'une doctrine autorisée « *est une source d'incertitudes pour les parties litigantes* »<sup>56</sup>. Cette insécurité est en grande partie levée par l'Avant-projet<sup>57</sup>.

## **B- L'égalité dans les rapports d'autorité des époux à l'égard des enfants**

Les rapports d'autorité des époux à l'égard de leur progéniture se traduisent par l'exercice de la fonction parentale au quotidien. Afin de pouvoir rendre compte de l'ensemble des situations examinées par la jurisprudence ayant trait aux rapports d'autorité des parents sur la personne de l'enfant, il apparaît utile d'opposer l'exercice des prérogatives parentales principales à l'exercice des prérogatives parentales secondaires. Au titre des premières (prérogatives parentales principales) (1), on citera

par exemple les attributs qui permettent de diriger la personne de l'enfant. A ce sujet, l'analyse classique distingue habituellement deux principaux attributs extrapatrimoniaux de la fonction parentale. Il s'agit notamment de la garde, de l'éducation - qui implique nécessairement le droit de correction -, de l'émancipation et du changement du nom de l'enfant. Au titre des secondes (prérogatives parentales secondaires) (2), on évoquera essentiellement le droit de visite - qui est une illustration parfaite des prérogatives parentales secondaires - qui, contrairement aux premières, ne permettent qu'une relation limitée avec l'enfant et donc, un rôle aussi limité dans la formation de sa personnalité.

Que ce soit au niveau de l'exercice des prérogatives parentales principales (1) qu'au niveau de l'exercice des prérogatives parentales secondaires (2), la recherche de l'égalité entre les parents passe par promotion de la coparentalité.

### **1- La recherche de l'égalité ou « coparentalité » dans l'exercice des prérogatives parentales principales**

En l'état actuel de notre droit, c'est le mari, en tant que chef de la famille, qui exerce seul la puissance paternelle<sup>58</sup> à l'exclusion de la mère. C'est encore au seul père qu'il appartient, en cas de mécontentement très graves dû à la conduite de son enfant, de demander au tribunal son placement dans une maison d'éducation surveillée, dans une institution charitable ou chez toute personne agréée<sup>59</sup>. De même, la femme mariée ne peut être tutrice ou curatrice qu'avec l'autorisation de son mari<sup>60</sup>. Le père peut même nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne pourra passer aucun acte relatif à la tutelle<sup>61</sup>.

Toutes ces dispositions et bien d'autres sont aujourd'hui devenues anachroniques. Les parents sont désormais égaux quant aux décisions concernant leurs enfants, ils sont conjointement titulaires, non plus de la « puissance paternelle », mais de « l'autorité parentale » ou « fonction parentale »<sup>62</sup>. Cette autorité parentale se conçoit comme une responsabilité incombant aux parents, par opposition à un ensemble de droits quasi-absolus sur l'enfant, comme c'était le cas sous l'égide de la puissance paternelle. Grâce à cette mutation terminologique, l'enfant devient un sujet et non plus un objet de droit; on le conçoit désormais comme une personne à part entière. Suivant les propos d'un auteur, « *les droits de l'enfant sont placés au premier plan et l'autorité parentale comporte des mécanismes régulateurs.* »<sup>63</sup>. A titre de droit comparé, l'article 371 du Code civil français définit l'autorité parentale comme « *...un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne...* »<sup>64</sup>.

Il serait donc judicieux de confier l'exercice de la fonction parentale aux deux parents comme c'est le cas en droit français où l'enfant ne peut sans la permission des père et mère quitter la maison familiale. Les deux parents décident également ensemble de l'éducation (scolaire, religieuse ou professionnelle) de leur enfant, de son émancipation et du changement de son nom. Qu'ils soient mariés, concubins, divorcés ou séparés, ils doivent en principe exercer cette autorité parentale ensemble et à égalité. L'égalité des enfants se réalise par celle des parents<sup>65</sup>. Mais si le père ou la mère décède, l'autre parent exerce seul cette autorité. Si les parents se séparent, l'exercice de l'autorité parentale reste le même. Un juge du Tribunal de Grande Instance, délégué aux affaires familiales, intervenant si besoin est, peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Même si les articles 213 et 371 alinéa 2 du Code civil français disposent que l'autorité parentale peut évoluer dans les conditions de son exercice, le but reste le même : l'intérêt de l'enfant doit continuer d'inspirer l'organisation juridique des pouvoirs des titulaires de l'autorité parentale qui peuvent être modifiés à partir des événements les atteignant tant au niveau de la relation parentale qu'au niveau de la relation conjugale. C'est pourquoi, le juge peut même retirer totalement l'autorité parentale au père et à la mère condamnés pénalement. On est donc très loin du *pater familias* ayant une autorité absolue sur tous les membres de la famille. Comme on peut le constater, le législateur moderne français a radicalement tourné le dos aux règles du droit romain ou du droit germanique et même à celles du Code Civil de 1804. Le législateur camerounais devrait s'en inspirer.

## **2- La recherche de l'égalité ou « coparentalité » dans l'exercice des prérogatives parentales secondaires**

L'éclatement de la puissance paternelle est inévitable en cas de séparation de ses titulaires, le parent non gardien bénéficiant généralement du droit de visite, d'hébergement ou de séjour<sup>66</sup>. L'idée de la coparentalité est celle de la préservation du couple parental en dépit de l'absence du couple conjugal. Il s'agit de préserver, grâce au dialogue, l'enfant des circonstances de sa naissance et des vicissitudes de la vie du couple. Il faut lui assurer, en dépit des aléas de la vie du couple, un véritable partenariat parental nécessaire à sa stabilité et à son épanouissement.

Pour de nombreuses raisons d'origine familiale ou simplement humaines, il convient de signaler que d'autres personnes en dehors des parents peuvent également bénéficier d'un droit de visite à l'égard de l'enfant. Dans ce cadre, le droit de visite devient ainsi une limite nécessaire à l'exercice de la fonction parentale pour parvenir au même but : le bien de l'enfant. Parce que leur qualité originaire ne leur permet pas d'obtenir l'autorité parentale elle-même, ces personnes ne peuvent se présenter que comme des titulaires d'un droit plus limité, une prérogative parentale secondaire.

Le souci du développement satisfaisant de la personne de l'enfant suggère dans certains cas le maintien des relations déjà anciennes tant sur le plan matériel qu'affectif. Ainsi par exemple, si le parent gardien ne peut brutalement s'opposer à une relation ancienne, qu'elle émane d'un ascendant ou d'une tierce personne, l'inverse doit être examiné de manière critique. Toutes les influences ne sont pas bonnes pour l'enfant et il revient au juge de dire où est l'intérêt de l'enfant. Nous retiendrons donc que l'exercice des prérogatives parentales secondaires, qu'il soit le fait des parents eux-mêmes ou des tiers est contrôlé par la notion d'intérêt de l'enfant.

## **II- Placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille comme un principe d'intervention à l'égard de l'enfant.**

« *Alpha et oméga* »<sup>67</sup> du droit de la famille, « *protée de l'univers juridique* »<sup>68</sup>, « *presque mythique* »<sup>69</sup>, l'intérêt de l'enfant est aujourd'hui le dénominateur commun de la quasi-totalité des législations familiales. Alors que les rapports hommes-femmes se sont libéralisés et que les modes de vie conjugale se sont diversifiés, les concepts de « *puissance maritale* », de « *puissance paternelle* », de « *chef de famille* » ou encore « *d'héritier principal* » n'ont pas toujours été abrogés par les textes parcellaires intervenus jusque là. Pour ne prendre que le cas de « *la puissance paternelle* », cette notion est de nos jours grandement assouplie par l'importance accrue donnée à l'intérêt de l'enfant qui prime très nettement, aux yeux des juges, sur les droits du père. De nos jours, l'intérêt de l'enfant constitue la nouvelle mesure de l'autorité parentale<sup>70</sup>. À ce sujet, Malaurie et Fulchiron écrivent que « *La notion d'intérêt de l'enfant, notion magique, selon l'expression de Jean Carbonnier, est mystérieuse. Pierre angulaire de l'autorité parentale, elle en est pourtant la condition, le critère, la mesure et la fin.* »<sup>71</sup>. Déjà en 1895, le député canadien Pierre-Basile Mignault résumait le but de la puissance paternelle en affirmant, au premier chef, qu'elle était organisée dans l'intérêt de l'enfant<sup>72</sup>.

Qu'il soit sécuritaire, successoral, présent ou futur, matériel ou moral, ... l'on retiendra que la notion d'intérêt de l'enfant qui a un aspect patrimonial et un aspect extrapatrimonial le protège tant dans sa personne que dans ses biens. Schématiquement, on aura donc : La prise en compte de l'intérêt de l'enfant relativement à sa personne (A) d'une part, et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant relativement à son patrimoine (B) d'autre part.

### **A- La prise en compte de l'intérêt de l'enfant relativement à sa personne**

L'idée d'un droit des parents sur la personne de l'enfant est demeurée vivace dans les esprits. Nous nous attèlerons ici à démontrer que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant relativement à sa personne est encore insuffisante et qu'elle peut

être améliorée. Relativement à sa personne, l'enfant conçu a intérêt à ne pas être considéré comme un objet (1). De même, l'enfant déjà né a intérêt à être considéré comme un sujet de droit (2).

### **1- L'intérêt de l'enfant conçu à ne pas être considéré comme un objet**

A l'heure où, par un étrange paradoxe, des époux stériles recourent à la procréation artificielle pour se procurer un enfant que la nature leur refuse, tandis que dans certaines législations, la loi permet largement à une femme féconde d'interrompre la grossesse qui lui aurait donné un enfant par les voies naturelles, la question a été nettement posée de savoir si l'enfant est toujours une personne, sujet de droit<sup>73</sup>, ou s'il n'est pas devenu une chose (objet de droit) ? La question s'est également posée de savoir si la distinction fondamentale entre le sujet et l'objet n'est pas abandonnée<sup>74</sup>, ou du moins si le droit d'avoir un enfant (ou de ne pas avoir) ne s'oppose pas à l'intérêt de l'enfant ?<sup>75</sup> Autrement dit, « *l'enfant de la science* » n'apparaît-il pas comme un produit industriel que l'on achète ou que l'on manipule ? Dans le même sens, « *l'enfant de la nature* » n'est-il pas dans les législations qui autorisent l'IVG, un objet de propriété que sa mère peut détruire ou rejeter ? Il convient de distinguer selon que l'enfant a été conçu de manière naturelle ou s'il résulte de l'une des techniques de la Procréation médicalement assistée (PMA).

L'enfant conçu par voie de procréation naturelle : L'enfant simplement conçu ne doit pas être considéré comme une simple chose dont les parents cherchent à se débarrasser en recourant soit à l'interruption volontaire de grossesse soit à l'abandon et au commerce d'enfant.

Les progrès des sciences biologiques et médicales ont mis en exergue l'importance de la vie intra-utérine ainsi que la continuité du développement humain sans heurt ni césure, l'embryon étant porteur des caractères génétiques de la personne à naître et qui ne sont propres qu'à elle. Visible et sexué grâce à l'imagerie médicale, prénommé avant sa venue au monde, l'enfant attendu est déjà un membre de la famille. Pour le praticien qui le soigne, l'enfant conçu est un patient à part entière, distinct de la femme enceinte, ce qui induit des responsabilités civiles et pénales comme à l'égard de tout patient<sup>76</sup>. De tous les droits de l'enfant, le premier est certainement le droit à la vie<sup>77</sup>.

Notre législation sur l'avortement<sup>78</sup> peut paraître à cet effet protectrice de l'intérêt de l'enfant à naître, en ce sens que la répression restrictive de cette infraction permet de consacrer son droit à la vie de l'enfant conçu et de lui reconnaître par ricochet la personnalité juridique. Toutefois, cette législation mérite d'être rénovée afin d'être adaptée aux réalités de notre temps<sup>79</sup>. En effet, elle n'autorise l'avortement qu'en cas de péril grave pour la santé de la mère et en cas de viol. A notre avis, le

législateur gagnerait également à prévoir une IVG pour nécessité thérapeutique en cas de péril grave pour la santé de l'enfant, notamment lorsqu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic<sup>80</sup>. Dans une moindre mesure, le législateur gagnerait également à reconnaître l'IVG pour « nécessité sociale »<sup>81</sup>.

On peut tout de même se féliciter du fait que, faisant entorse aux conditions de fond requises pour la validité du mariage, notamment au consentement des futurs époux, le législateur a bien voulu autoriser de manière exceptionnelle certains mariages que l'on pourrait qualifier à juste titre de « mariages extraordinaires ». C'est le cas notamment du mariage des morts ou mariage posthume et du mariage des mourants encore appelé mariage *in extremis*. Ces mariages extraordinaires, bien que pouvant avoir d'autres finalités<sup>82</sup>, ont très souvent pour justification, l'intérêt de l'enfant<sup>83</sup>.

On peut également se réjouir de l'aménagement des dispositions spéciales pour la femme enceinte qui exerce une profession salariée<sup>84</sup> et même à l'égard de la femme enceinte condamnée à une peine privative de liberté<sup>85</sup>.

L'enfant conçu grâce à la PMA : Autrefois fondé sur le mariage, le droit de la filiation a été remis en cause par la montée des naissances hors mariage, et le lien de filiation semble parfois menacé par les ruptures et les recompositions familiales. Bouleversé de surcroît par les progrès de la médecine, le droit de la filiation doit être reconstruit. L'un des défis et non des moindres, du droit camerounais contemporain de la famille sera de réglementer la PMA. Elle est bel et bien pratiquée au Cameroun, même si elle n'est pas encore réglementée. Le 13 octobre 2011, le Président de la République a pris le décret n° 2011/336 du 13 octobre 2011 portant création, organisation et fonctionnement du Centre Hospitalier de Recherche et d'Application en Chirurgie Endoscopique et Reproduction Humaine (CHRACERH) dont de siège est à Yaoundé. Afin d'éviter les abus observés dans d'autres pays qui la pratiquent depuis des lustres, la réglementation de la PMA au Cameroun doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant qui doit être selon les termes de l'article 3 (1) de la CIDE, « une préoccupation primordiale » dans toutes les décisions qui le concernent. La réification de l'enfant et la consécration d'un « droit à l'enfant » doivent être évitée dans le premier cas, strictement encadrée dans la seconde hypothèse. Les parentalités tardives et l'insémination *post mortem* doivent également être strictement réglementées.

## **2- L'intérêt de l'enfant déjà né à être considéré comme un sujet de droit**

En l'état actuel de notre droit de la famille, l'enfant est d'abord vu comme un objet de droit, celui de son père, qui a toutes prérogatives sur lui<sup>86</sup>. Pour reprendre les propos de la juge canadienne L'Heureux-Dubé, les pères sont regardés comme possédant un droit naturel sur leurs enfants, droit qui découle de la croyance qu'ils sont les mieux placés pour juger de leur intérêt et que le meilleur moyen de protéger cet intérêt était de maintenir leur droit de propriété<sup>87</sup>.

Contrairement à cette vision, la Convention de New York de 1989 fait de l'enfant non seulement un objet de protection, mais elle lui confère également le statut de sujet de droit. L'expression « *enfant, sujet de droits* » a été utilisée par tous ceux qui ont écrit sur la CIDE, avant même son entrée en vigueur. Elle semble particulièrement pertinente et la signification réelle de cette formule consiste dans le passage du statut de l'enfant où il ne s'appartenait pas (il était l'objet, donc la propriété de quelqu'un) au statut où il est reconnu comme personne humaine, indépendante des autres et donc, plus propriété d'autrui, mais propriétaire de droits, droits qu'il peut exercer de manière autonome<sup>88</sup>.

La considération de l'enfant comme un sujet de droit passe par son enregistrement immédiat dès la naissance, ce qui lui donne droit à un acte de naissance, à un nom, à une nationalité etc. Elle passe aussi par une autonomisation progressive de l'enfant au sein de la société. Cette autonomisation progressive commence par la reconnaissance de ses droits de la personnalité. Ces droits qui lui sont étroitement rattachés engagent directement sa personne et parfois indirectement ses biens<sup>89</sup>. Ce sont des droits reconnus à la personne humaine pour ce qu'elle est et non pour ce qu'elle a. Ils durent autant que la personne et disparaissent avec elle, de sorte qu'ils sont intransmissibles à cause de mort<sup>90</sup>. Mieux, ils sont normalement incessibles du vivant de la personne et ne peuvent faire l'objet de conventions<sup>91</sup>.

En matière d'adoption par exemple, qu'elle soit simple ou plénière, seul l'intérêt de l'enfant doit prévaloir. A cet effet, l'article 21 de la CIDE exige que « *Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires...* ».

Son autonomisation progressive au sein de la société exige que son consentement, bref sa parole soit prise en considération dans l'exercice de ses droits de la personnalité. Ce consentement est parfois accompagné par celui de son représentant légal. Toutefois, il existe des actions très personnelles qui doivent être exercées par le mineur lui-même, malgré son incapacité. Dans le sillage de la CIDE, les rapports entre les différents membres de la famille ont changé. Le mineur qui se voit doté de droits nouveaux peut, à partir d'un certain âge, intervenir directement sur la scène familiale, s'exprimer et participer aux décisions qui le concernent. Doté de personnalité juridique propre, l'enfant n'est plus « *la petite bête humaine qui ne parle pas* »<sup>92</sup>, ou mieux qui n'avait pas droit à la parole, mais un être à part entière qu'il

convient de traiter avec dignité et dans le plus grand respect de ses droits et libertés. Parler de la parole de l'enfant de nos jours revient à admettre que *l'infans* ne serait plus un *muet juridique* ou un *aphone procédural*. Et c'est la CIDE qui lui octroie dans son article 12, la possibilité d'être entendu dans toute procédure qui l'intéresse. A ce sujet, on ne peut que se réjouir du fait que la fin de l'année 2011 ait été marquée par l'adoption par l'assemblée générale de l'ONU du 3<sup>e</sup> protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant le 19 décembre 2011, suivie par l'ouverture à la signature des Etats le 29 février 2013. Ce 3<sup>e</sup> protocole (OPIC) donne compétence au Comité des droits de l'enfant de recevoir et d'examiner des plaintes individuelles d'enfants<sup>93</sup>.

L'envers de ce droit est *la possibilité reconnue à l'enfant de refuser de l'exercer*, soit de manière explicite en renonçant par exemple à comparaître suite à la convocation du décideur, soit en indiquant clairement qu'il n'entend pas exprimer son opinion s'il se présente ou alors en restant muet devant le décideur. L'article 12 de la CIDE exprime pour l'enfant un droit et non une obligation. Le mineur peut donc librement choisir de ne pas exercer ce droit<sup>94</sup>.

Pour mettre le droit positif camerounais en conformité avec l'article 12 de la CIDE, le législateur a le choix entre deux méthodes : instituer un principe général de l'audition du mineur dans toutes les procédures le concernant<sup>95</sup> ou procéder de manière spécifique<sup>96</sup>. A notre avis, le législateur camerounais gagnerait à consacrer le principe général de l'audition du mineur avant de procéder à une précision des modalités de cette audition dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il est le sujet principal de la procédure ou lorsque cette dernière le concerne<sup>97</sup>. Une telle consécration serait de nature à contraindre le juge à entendre l'enfant dans toutes les procédures qui le concernent, afin de procéder à une meilleure défense de ses intérêts.

## **B- La prise en compte de l'intérêt de l'enfant relativement à son patrimoine**

Relativement à la prise en compte des intérêts patrimoniaux du mineur, le droit prospectif camerounais doit opérer une mutation qui supprime les restrictions successorales dues à la simple naissance hors mariage. Cette mutation doit se concrétiser par la consécration expresse du principe d'égalité à l'égard de tous les enfants dans l'acquisition de leurs biens (1). Au niveau de la gestion de leurs biens, le législateur doit également procéder à un toilettage de la législation, notamment en ce qui concerne certaines institutions traditionnelles anachroniques telles que le « chef de famille » ou « l'héritier principal » (2).

### **1- La suppression des inégalités dans l'acquisition des droits patrimoniaux de l'enfant**

En droit positif camerounais, les libéralités demeurent régies exclusivement par les dispositions du Code civil de 1804, à l'exception des successions « *ab intestat* »,

qui ont connu une influence des règles coutumières. Ce qui fait dire à la doctrine que le droit des successions se conjugue entre tradition et modernité<sup>98</sup>. Même si l'attachement des camerounais à leurs institutions traditionnelles comme valeur de civilisation est incontestable, les coutumes ne doivent être appelées, que dans ce qu'elles ont de dynamique : droit coutumier modernisé et droit moderne coutumisé, n'est-ce pas, en fin de compte, le travail souhaité de modernisation du droit camerounais de la famille ?<sup>99</sup>

En droit traditionnel, pour ce qui est par exemple la détermination des successibles, la capacité successorale est largement entendue. Il ne suffit pas en effet d'être né ou simplement conçu, encore faut-il être apte à exercer les droits et obligations découlant de la qualité d'héritier. Cette exigence supplémentaire se justifie par le fait que le système coutumier accorde plus de considération à la succession aux fonctions qu'à celle des biens. Par conséquent, la succession est attribuée à une seule personne qui jouera en quelque sorte le rôle d'administrateur des biens du lignage.

L'inégalité coutumière établie d'une part entre les filles, qui ne peuvent succéder à leurs parents, et les garçons d'autre part, qui le peuvent seuls, a été condamnée<sup>100</sup>. Il en est de même du droit d'aînesse qui réservait au seul fils aîné le droit de succéder à l'auteur commun. Cette réorganisation prétorienne des relations successorales s'appuie simplement sur l'application de l'article 745 du Code civil de 1804, qui ignore l'inégalité entre les enfants fondée sur le sexe et le rang de naissance<sup>101</sup>. En écartant les règles coutumières de privilège de masculinité et de privilège de primogéniture au profit de celles du Code civil, la jurisprudence a joué sans aucun doute un rôle important dans la recherche de l'égalité. Deux obstacles majeurs méritent encore d'être levés : la conception communautaire du patrimoine (a) et l'inégalité entre les enfants selon la nature de leur filiation (b).

#### **a- La conception communautaire du patrimoine comme un obstacle à l'acquisition des droits patrimoniaux par l'enfant mineur**

En Afrique en général et au Cameroun en particulier, les sociétés demeurent attachées à la tradition « communautaire » qui se traduit par certaines règles telles que le « *principe de l'unité du patrimoine familial* » ou encore « *l'indivisibilité de la succession* ». Ici, l'indivision est la règle. Il s'agit pour ces sociétés d'assurer la continuité de la personne du *de cuius* dont les biens seront transmis à un héritier unique, qui lui-même n'est pas propriétaire, et devra les gérer dans l'intérêt du groupe. Cela signifie que du vivant des parents, l'intérêt de l'enfant se confondrait avec l'intérêt de la famille<sup>102</sup>. La conception communautaire du patrimoine met en avant l'idée de la propriété collective indivise, commune à tous les membres actuels et futurs de la

famille. Par conséquent, le mineur ne saurait être propriétaire du vivant de ses parents et même au décès de l'un d'eux. En effet, le système successoral ici est tel qu'il n'est pas certain que le mineur sera propriétaire à titre personnel. Ce qui constitue une entrave sérieuse à ses intérêts patrimoniaux. En effet, si l'on veut que l'enfant puisse pleinement être un homme dans sa maturité, il faut que ses richesses potentielles qui sont en lui ne soient pas détruites dans son enfance et sa jeunesse<sup>103</sup>. C'est pourquoi, l'enfant doit pouvoir jouir d'une protection juridique spéciale comme l'affirme le préambule de la CIDE. Cette protection doit empêcher toute forme d'exploitation. Ce qui n'est pas toujours le cas dans la tradition communautaire où étymologiquement, le mot « *pater* » n'implique rien d'autre que la détention de l'autorité. Le père est beaucoup plus considéré comme le maître d'un patrimoine qui comprend des personnes au même titre que des biens. Jacqueline LAHOUES-OBLE écrit d'ailleurs à cet effet qu'« *il ne s'agit pas seulement de transmettre des biens individuels, mais il est surtout question de la transmission des biens collectifs, des biens du lignage. La raison réside dans l'un des grands principes de l'éthique nègre qui est le principe de l'unité. L'un des devoirs du Noir africain est d'assurer la solidarité des vivants avec les morts, mais aussi des vivants entre eux dans le lignage, le clan* »<sup>104</sup>.

Dans la tradition communautaire, le mineur est protégé non pour lui-même, mais pour la famille. Le but recherché par cette protection est d'éviter que son état d'incapable ne crée une menace, non pas tant pour l'incapable lui-même, que pour les autres membres de sa famille qui craignent qu'il ne dilapide ou ne puisse défendre les biens acquis et transmis de générations en générations. La présence d'un incapable ne doit pas affaiblir la « *Domus* ». C'est pour toutes ces raisons que la loi a accordé aux représentants légaux des pouvoirs très étendus. Ainsi que l'exprime le Doyen Carbonnier, « *la clef du système est bien plutôt la conservation des biens dans la famille que la protection de l'enfant* »<sup>105</sup>. Pour éviter les risques de dilapidation sus évoqués, notre droit positif a tout simplement préféré exclure l'enfant mineur de certains actes de la vie juridique. La question que l'on est en droit de se poser ici est celle de savoir si cette protection n'est pas excessive ? Autrement dit, ne risque-t-elle pas de se retourner contre les intérêts du mineur qu'elle est censée protéger ? La réponse est assurément affirmative.

Dans la conception capitaliste ou individualiste par contre qui prône l'initiative privée, il n'est pas impossible que le mineur soit propriétaire à titre individuel. Ce courant individualiste ne manque pas d'appui en droit et en fait. D'abord, le législateur l'admet implicitement lorsqu'il institue des techniques permettant la gestion du patrimoine du mineur. Il consacre d'ailleurs cette conception de manière plus directe à travers l'article 815 du Code civil qui dispose que « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué* », le but ici étant d'individualiser la propriété<sup>106</sup>. Ensuite, en se référant aux travaux de certains auteurs

tels que Charles AUBRY et Frédéric Charles RAU, on peut soutenir que l'enfant peut être titulaire d'un patrimoine. Selon ces auteurs, le patrimoine est inhérent à la personne humaine, toute personne ayant nécessairement un patrimoine<sup>107</sup>.

### **b- La nécessité d'instaurer le principe d'égalité des filiations et l'égalité successorale à l'égard de tous les enfants**

Le Code civil de 1804 établit une inégalité entre les enfants en raison de la nature de leur filiation. Cette inégalité prend sa source dans l'article 745, en ce sens qu'en consacrant l'égalité successorale à l'égard des seuls enfants légitimes, mêmes issus des différents mariages du *de cujus*, ledit Code admet incidemment une primo filiation. En présence d'un enfant légitime, l'enfant naturel n'aura droit qu'à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime<sup>108</sup>. Il n'a par ailleurs, aucun droit sur les biens des grands-parents<sup>109</sup>.

À la différence du Code civil, la CIDE de 1989 introduit en droit camerounais un nouveau paradigme, celui de l'égalité des enfants, peu importe les circonstances de leur naissance. Au sujet de ce nouveau principe fondamental – presque de justice naturelle – l'article 2 alinéa 1 *in fine* de la CIDE interdit toute discrimination à l'égard des enfants en raison « ...de leur naissance ou de toute autre situation... ». L'Avant-projet du Code camerounais des personnes et de la famille dispose également sans faille que « les droits de l'enfant naturel reconnu sont égaux à ceux de l'enfant légitime »<sup>110</sup>. Dans la même optique, l'article 548 de l'APCPF dispose que « les descendants, sans distinction de sexe, succèdent aux ascendants. Ils succèdent à parts égales au premier degré et par tête ». Ces dispositions montrent que l'avant-projet fait œuvre de justice en supprimant les inégalités qui existent entre les deux catégories d'enfants.

Il convient toutefois de noter que l'avant-projet ne fait mention de l'enfant adultérin dans aucune de ses dispositions. Ce texte parle simplement de l'enfant né hors mariage reconnu<sup>111</sup>. Il s'agit à notre avis d'une volonté pour les rédacteurs d'en finir avec cette appellation péjorative d'« enfant adultérin » qui diminue la valeur de l'enfant au sein de la société alors qu'il n'est qu'un simple innocent qui n'a pas demandé à venir au monde dans ces conditions. Les rédacteurs de l'avant-projet ont du s'inspirer de la solution retenue par le droit positif français quant aux enfants adultérins. L'on sait par exemple que c'est à la suite d'une condamnation retentissante de la France intervenue le 1<sup>er</sup> février 2000 dans *l'affaire Mazurek*, que le législateur s'est décidé à effacer l'infériorité successorale et les incapacités partielles de recevoir à titre gratuit dont l'enfant adultérin était frappé chaque fois qu'il se trouvait en concours avec le conjoint bafoué par l'adultère ou les enfants issus du mariage<sup>112</sup>. Faisant suite à *l'arrêt Mazurek* du 1<sup>er</sup> février 2000<sup>113</sup>, la loi française a abrogé toutes

les discriminations à leur égard depuis l'année 2001. Deux étapes récentes confortent cette égalité: la loi du 4 mars 2002 précise que « *tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs* » et l'ordonnance du 4 juillet 2005 supprime la hiérarchisation entre les enfants « légitimes » et « naturels », appellations désormais obsolètes.

Allant dans le même sens, l'avant-projet du Code, contrairement à l'article 757 du Code civil<sup>114</sup>, accorde à ces enfants né hors mariage, mais reconnus, une vocation héréditaire dans la succession de leurs grands-parents. Selon l'article 548 de l'APCPF, « *les descendants, sans distinction de sexe, succèdent aux ascendants. Ils succèdent à parts égales au premier degré et par tête* ». Il faut se féliciter de la nouvelle orientation de cet Avant-projet en ce qui concerne les droits successoraux des enfants. C'est un retour aux sources du droit traditionnel qui ignore la discrimination entre les enfants<sup>115</sup>. On peut tout simplement regretter que l'APCPF n'ait rien prévu sur la situation des enfants naturels non reconnus<sup>116</sup>.

## **2- La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans l'administration de ses biens**

L'enfant peut être titulaire d'un patrimoine plus ou moins important soit parce qu'il a hérité ou bénéficié d'une libéralité, soit parce qu'il a perçu des rémunérations, soit parce qu'il a reçu des dommages et intérêts à l'issue d'une procédure judiciaire<sup>117</sup>. Si l'organisation de la protection des biens du mineur est acquise en théorie, un regard critique sur le plan pratique du fonctionnement interne de ces mécanismes de gestion laisse subsister des zones d'ombre et d'incertitude, voire un hiatus entre l'organisation théorique des mécanismes envisagés et leur efficacité pratique.

Le clivage et l'incertitude vient d'abord du fait que la protection des biens du mineur en droit positif camerounais est fortement pénétrée de la morale et des mœurs<sup>118</sup>. L'autre facteur qui contribue à faire peser le doute sur la crédibilité de ces mécanismes vient du fait que c'est au sein de la famille que se recrutent les différents administrateurs de la fortune des mineurs (administrateur légal, tuteur, chef de famille, héritier principal). Or ces personnes sont celles qui ont autorité sur l'enfant et qui plus est, doivent apprécier l'intérêt de ce dernier. On peut alors se demander si ses intérêts peuvent effectivement être reconnus et sauvegardés au sein de cette communauté indivise ? Quoi qu'il en soit, le mineur se trouve dans une situation pécuniaire d'insécurité face à un environnement socio-juridique qui lui est peu favorable avec un risque élevé de déprédation<sup>119</sup> de ses biens. Il s'agit du reste des mécanismes complexes, car en cette matière comme dans bien d'autres, coexistent tradition et modernisme.

En matière d'administration des biens du mineur, le droit coutumier dispose des techniques et des institutions qui lui sont propres. Selon les circonstances, le droit coutumier a recours soit à la personne du « *chef de famille* », soit à l'institution d'un « *héritier principal* ». Leur désignation arbitraire, voire discriminatoire qui tient souvent compte de l'âge et du sexe de l'intéressé n'est pas toujours une garantie pour la bonne gestion de son patrimoine. Qui plus est, des pouvoirs exorbitants leur sont reconnus dans la gestion des biens de la succession. Qu'il s'agisse de la gestion effectuée par le chef de famille ou par l'héritier principal, les intérêts patrimoniaux du mineur sont méconnus du vivant de ses parents à cause des pouvoirs de gestion très étendus du chef de famille. Après le décès de ses parents, ses intérêts patrimoniaux deviennent encore plus précaires à cause de l'institution d'un héritier principal qui dispose aussi des pouvoirs très étendus et illimités.

Ce résultat est aggravé par l'inefficacité des ces deux institutions. Le chef de famille tout comme l'héritier principal exercent leurs missions d'administrateurs du patrimoine du mineur sous leur seule conscience. Ils ne sont soumis à aucune autre forme de contrôle et ils n'ont aucune obligation de rendre compte de leur gestion. Ils ne sont même pas tenus de faire dresser un inventaire de la masse des biens qui composent le patrimoine du mineur qu'ils ont pour mission de gérer. Dans ces conditions, les négligences, les dilapidations et les soustractions des biens peuvent être fréquents, mais difficiles à prouver, car rien ne fixe la composition exacte du patrimoine des mineurs que ces administrateurs ont pour mission de gérer<sup>120</sup>. Le mineur se trouve donc en face des administrateurs aux pouvoirs étendus, illimités et qui, de surcroît sont irresponsables. Le moins que l'on puisse dire c'est que les intérêts patrimoniaux du mineur sont sinon ignorés, du moins peu sauvegardés en droit traditionnel. C'est pourquoi, ces institutions coutumières méritent d'être rénovées. Pour remplir le rôle qui est censé être le leur, les institutions de chef de famille et d'héritier principal méritent d'être réaménagées tant dans leur organisation que dans leur fonctionnement. Il s'agira alors de faire passer dans le droit positif des institutions auxquelles les populations sont encore attachées et qui ne sont pas mauvaises en soi<sup>121</sup>.

En droit écrit, le mécanisme de la représentation légale se dédouble en deux techniques : l'administration légale et la tutelle.

D'une part, l'administration légale, contrairement à la tutelle, a un domaine d'application limité aux biens<sup>122</sup>. Il résulte de l'article 389 du Code civil que l'administration légale n'est ouverte qu'à l'égard des enfants légitimes. Il faut rapprocher de cette situation des enfants légitimes, celle des enfants adoptifs (adoption par les deux parents) qui sont également soumis à l'administration légale<sup>123</sup>. L'administration légale ne s'applique donc qu'aux biens des enfants légitimes (art. 389 Cciv.) et adoptifs (art. 351 al. 2 Cciv.) dont les père et mère sont tous deux vivants et investis de la puissance paternelle<sup>124</sup>.

Alors que le législateur a accordé au mineur une hypothèque légale ou un gage général selon les cas sur les biens du tuteur lui permettant de se prémunir contre une éventuelle insolvabilité de ce dernier, on ne retrouve pas les mêmes garanties sur les biens de l'administrateur légal. On peut reprocher au législateur cet excès de confiance qu'il a faite aux parents de l'enfant légitime placé sous le régime de l'administration légale. Cette confiance aveugle peut s'avérer dangereuse pour les intérêts patrimoniaux du mineur.

Il convient également de noter que le contenu des comptes rendus par les administrateurs légaux à la fin de leur mission a pour particularité de ne pas mentionner l'encaissement ou le décaissement des revenus des débiteurs, en raison du droit de jouissance légale de ces gestionnaires. En effet, le droit de jouissance légale, la proximité des liens, la nature affective des relations et le manque d'indépendance aidant, le mineur se retrouve parfois devant une véritable confusion de son patrimoine avec celui de ses administrateurs, sans évoquer les hypothèses de détournement de fonds, de malversations et autres comportements qui sont fortement préjudiciables à ses intérêts patrimoniaux.

D'autre part, la tutelle, contrairement à l'administration légale, porte aussi bien sur la personne que sur les biens du mineur. En droit français, la distinction entre le tuteur à la personne et le tuteur aux biens<sup>125</sup> permet de se convaincre du fait que toute activité exige des compétences adaptées.

Entre autres critiques sur l'efficacité de la tutelle, on peut citer d'une part, des difficultés liées au fonctionnement du conseil de famille dont la dispersion géographique de ses membres n'est pas toujours de nature à faciliter la tenue des réunions. Et pourtant, quand on sait que la plupart des actes que le tuteur peut accomplir exigent au préalable l'autorisation du conseil de famille, on peut imaginer la gravité du danger qui menace la sécurité du mineur, surtout lorsqu'il s'agit d'accomplir un acte commandé par l'urgence ou la nécessité de sauver le mineur d'une situation de détresse (maladie grave par exemple).

On peut aussi relever la lourdeur des procédures. En effet, les décisions du conseil de famille nécessitent, pour être exécutoires, une homologation du tribunal civil. Cette procédure peut s'avérer longue et incompatible avec les exigences de rapidité et de célérité qui parfois justifient l'accomplissement de certains actes de disposition dans l'intérêt du mineur. Supposons un mineur gravement malade ; pour faire face à ses soins médicaux, son tuteur veut vendre un de ses immeubles. Il doit pour ce faire, solliciter au préalable l'autorisation du conseil de famille. Cette autorisation, même si elle est accordée, le tuteur ne peut pas tout de suite procéder à la vente de l'immeuble concerné. La procédure exige que la décision du conseil de famille autorisant le tuteur à procéder à la vente fasse préalablement l'objet d'une homologation du tribunal civil. Comme on peut le constater, cette procédure est extrêmement longue et le mineur risquera de perdre sa vie en cas de maladie grave<sup>126</sup>.

Comme tout mandataire, le tuteur est tenu de rendre compte. La reddition des comptes doit être d'autant plus minutieuse que la surveillance du géré est inexistante pendant la plus grande partie de la durée du mandat. Il est donc dans l'intérêt du mineur comme du tuteur que des comptes exacts soient régulièrement rendus, l'approbation des comptes valant décharge au tuteur de sa gestion de mandataire. Toutefois, l'approbation du compte tout comme la pratique des *quitus* donnés par le conseil de famille ne devrait pas empêcher les actions en responsabilité que le mineur peut intenter à l'encontre des organes de gestion, des organes de contrôle de la gestion, et même des tiers. Qu'ils soient administrateurs légaux ou tuteurs, ils doivent gérer les biens du mineur « *en bon père de famille* ». La référence au standard bien connu du *bonus pater familias* démontre que leur obligation de bonne gestion est de moyen. Standard de référence de la sagesse et de la prudence humaine, la gestion en bon père de famille s'entend plus explicitement d'une gestion conforme à l'intérêt patrimonial du mineur<sup>127</sup>. Bien que l'on assiste dans l'un et l'autre cas à un contrôle *a priori* et à un contrôle *a posteriori* des actes de gestion des représentants légaux du mineur, ces mécanismes restent perfectibles<sup>128</sup>.

## Conclusion

Pour conclure avec le Professeur Rémi Cabrillac, «...*Si une menace plane sur le code civil à l'aube de ce troisième millénaire, ce n'est pas en lui mais hors de lui que l'on pourrait la découvrir. La mondialisation (...) et le big bang des sources du droit qu'elle engendre pourrait bien faire échapper le droit civil du Code Civil.*»<sup>129</sup>. Le législateur ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois<sup>130</sup>. Comme l'a si bien écrit Jean-Jacques Rousseau, un peuple est toujours maître de changer ses lois, même les meilleures, car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a le droit de l'en empêcher ?<sup>131</sup> En tout état de cause, rien n'est perpétuel dans l'avenir du droit.

Les deux écueils principaux à éviter sont, soit une insuffisance de lois, donnant l'impression d'un vide juridique devant certaines situations, soit une réglementation tatillonne, forcément inapte à saisir la variété des comportements. L'un des dangers les plus fréquemment encourus est celui d'une législation focalisée sur des cas litigieux, et l'oubli corrélatif de la généralité des situations. Une réforme globale du droit camerounais de la famille, axée principalement sur une affirmation plus accrue du principe d'égalité et une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant s'avère donc opportune. La tâche n'est certes pas aisée, tant les interrogations de base demeurent nombreuses.

- <sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.
- <sup>2</sup> Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II (Cameroun) ; [maturinpetsoko@yahoo.fr](mailto:maturinpetsoko@yahoo.fr).
- <sup>3</sup> Selon l'article 18 alinéa 1<sup>er</sup> de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples adoptée à Nairobi en juin 1981, la famille est l'élément naturel et la base de la société.
- <sup>4</sup> LEBRETON (G.), « Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF*, n° 2, 2003, p. 77.
- <sup>5</sup> MORIN (G.), *La révolte des faits contre le Code*, éd. Bernard Grasset, Paris, 1920.
- <sup>6</sup> S'il s'agit d'une révolution, elle appellera un jour lointain une contre-révolution avec ses heurts inévitables et ses bouleversements. S'il s'agit d'une évolution lente, naturelle, même si elle s'est brusquement accélérée ces dernières années, elle ira plus loin car les gouvernements et les parlements démocratiques sont suivistes et non pas réactionnaires.
- <sup>7</sup> CATALA (P.), « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, p. 350 et s.
- <sup>8</sup> SPITERI (P.), *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal. Etude de réforme législative*, LGDJ T. LVIII 1965.
- <sup>9</sup> Le Cameroun accède à la souveraineté internationale le 1er janvier 1960.
- <sup>10</sup> Ce sont entre autres : la loi du 07 juillet 1966 sur le mariage; la loi du 11 juin 1968 portant code de la nationalité; la loi du 11 juin 1968 sur l'état civil; la loi du 14 juin 1969 sur la réglementation de l'usage des noms, prénoms et pseudonymes; l'ordonnance du 29 juin 1981 qui reprend en substance les lois de 1966 sur le mariage et la loi de 1968 sur l'état civil. Cette ordonnance est aujourd'hui la "loi fondamentale" applicable en matière de droit de la famille sur l'ensemble du territoire national. Elle a récemment été modifiée par la loi n° 2011/011 du 6 mai 2011.
- <sup>11</sup> V. THERY (I.), *Le démarriage, justice et vie privée*, éd. Odile Jacob, Août 2001, 400 p.
- <sup>12</sup> L'Etat attache une grande importance à la famille, cellule sociale par excellence. Lors des travaux préparatoires du Code Civil, Portalis proclamait que « *les familles sont les pépinières de l'Etat* ».
- <sup>13</sup> Dans le préambule de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972 telle que modifiée récemment par la loi N° 2008/001 du 14 avril 2008, le Cameroun affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans les textes internationaux, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), la Charte des Nations Unies, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et toutes les conventions y relatives et dûment ratifiées. Aussi est-il partie à la quasi majorité des textes relatifs à la protection et à la promotion des droits de la femme et des droits de l'enfant (Convention de New York de 1989 ratifiée le 18 octobre 1991 et entrée en vigueur le 11 janvier 1993). L'article 45 de la constitution de la République du Cameroun dispose à cet effet que : « *les traités et accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle de lois ...* ».
- <sup>14</sup> V. les art. 1421 et 1424 C.civ. où la femme doit donner son consentement pour les actes importants engageant la communauté, dont le mari reste l'administrateur responsable.
- <sup>15</sup> THERY (R.), « L'intérêt de la famille », *JCP* 1972, I. 2485.
- <sup>16</sup> V. article 213(1) du Code civil de 1804 dans sa version encore applicable au Cameroun.

- <sup>16</sup> V. par exemple l'art. 236, al. 1<sup>er</sup> de l'APCPF qui dispose que « *le mari est le chef de la famille. Il exerce son pouvoir dans l'intérêt du ménage et des enfants* ». On remarquera d'emblée la subtile mais non moins importante substitution de la terminologie « fonction » (art. 213, c. civ.) par celle de « pouvoir ». Question fondamentale : simple lapsus ou expression criarde d'un enracinement psychosociologique ? V. ATANGANA-MALONGUE (T.), « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *R.I.D.C.*, 3-2006, p. 839, note 25.
- <sup>17</sup> Certaines coutumes vont plus loin, considérant la femme comme un bien au même titre que le bétail, les meubles et immeubles du mari. Lire MELONE (S.), « Le droit successoral camerounais : étude de quelques points en jurisprudence », *RCD*, n° 17/18, 1986, pp. 55-79.
- <sup>18</sup> ATANGANA-MALONGUE (T.), « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *op. cit.*, p. 838.
- <sup>19</sup> MARTIN (X.), *L'homme des droits de l'homme et sa compagne (1750-1850) Sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, DMM, 2001, p. 67, cité par ATANGANA-MALONGUE (T.), *ibid.*
- <sup>20</sup> V. art. 215 du C. civ.
- <sup>21</sup> L'art. 236 al. 3 de l'APCPF dispose : « *il choisit la résidence commune et pourvoit convenablement à l'entretien de la famille et des enfants selon ses facultés et son état* ».
- <sup>22</sup> A titre de droit comparé, V. l'art. 215 al. 2 du Code civ. français issu de la loi n° 75-617 du 11 juil. 1975. Cf. également l'art. 254 al.3 du C. civ. gabonais qui a fait sienne, cette disposition. Lire également POUGOUE (P.-G.), « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports personnels », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Droit des personnes et de la famille, vol. 2, Nouvelles éditions africaines, 1982, p. 222.
- <sup>23</sup> Cf. art. 75, Ord. du 29 juin 1981 telle que modifiée par la loi n° 2011/011 du 6 mai 2011 modifiant et complétant certaines dispositions de l'ordonnance N° 81-02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques.
- <sup>24</sup> V. Loi n° 68/LF/3 du 11 juin 1968 portant Code de la nationalité camerounaise.
- <sup>25</sup> « *L'étranger qui épouse une camerounaise ou l'étrangère qui épouse un camerounais peut, sur sa déclaration expresse, souscrire dans les formes prévues aux articles 187 et suivants du présent Code, acquérir la nationalité camerounaise au moment de la célébration du mariage* ».
- <sup>26</sup> V. le Rapport du Comité des droits de l'enfant à l'adresse suivante : [http://www.aidh.org/ONU\\_GE/Comite\\_DE/53Sess.htm](http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_DE/53Sess.htm), consulté le 23/03/2013.
- <sup>27</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la Convention relative aux Droits de l'Enfant et l'article 2 de la Charte Africaine des Droits et du Bien-être de l'Enfant fixent l'âge de la majorité à 18 ans.
- <sup>28</sup> Dans la monogamie, l'adultère qui constitue, sur le plan civil, l'acte le plus grave de violation du devoir de fidélité, est une cause péremptoire de divorce. V. les art. 229 et 230, C. civ.
- <sup>29</sup> Pour la femme, ce devoir a le même contenu et s'applique de la même façon, quelle que soit la forme du mariage. Il en est autrement pour l'homme selon qu'il est monogame ou polygame.
- <sup>30</sup> MELONE (S.), *La parenté et la terre dans la stratégie du développement*, 1972, Paris, éd. Klincksieck, p. 119. Cette position, somme toute, reste encore en pratique marginale au Cameroun.
- <sup>31</sup> Commettrait ainsi l'adultère le mari qui entretiendrait des relations une femme autre que les siennes, y compris sa fiancée.
- <sup>32</sup> Au niveau de la pénalité, il n'y a pas de discrimination, mais plutôt une égalité parfaite de la sanction encourue. Aux termes de l'article 361 du Code pénal, la femme comme le mari infidèle peuvent se voir infliger la même peine : un emprisonnement de deux à six mois ou une amende de 25 000 à 100 000 francs.
- <sup>33</sup> NGUINI (M.), « Le divorce en droit coutumier », *Rev. Penant*, 1979, n° 763, p. 5 et s. ; S. OMBIONO, « Le mariage coutumier dans le droit camerounais », *Rev. Penant*, 1989, p. 42 et s.
- <sup>34</sup> FOKO (A.), « La sexualité et le couple en droit camerounais », *Juridis Périodique*, avril-juin 1999, p. 69.

<sup>35</sup> Cf. art. 102 du C. civ.

<sup>36</sup> V. CA Douala, 30 avr. 1977, RCD, n° 3, p. 95 ; CA Yaoundé, 6 janv. 1988, arrêt n° 80/civ. Il a été jugé qu'un prisonnier polygame de deux épouses dont l'une résidait à Yaoundé, l'autre à Mbalmayo et purgeant sa peine à Bertoua pouvait être attrait en divorce devant la juridiction de cette localité, CS, 26 oct. 1971, arrêt n° 11/L, Tendances jurisprudentielles, p. 24, obs. OMBIONO (S.).

<sup>37</sup> La CEDEF (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes) a été ratifiée par le Cameroun le 15 juillet 1988. Cf. Décret n° 88/993 du 15 juill. 1988, JO, 15 août 1988. Bien que promulguée au Cameroun, la Convention n'est entrée effectivement en vigueur que 30 jours à compter de la date de dépôt de son instrument de ratification aux Nations Unies c'est-à-dire en 1994.

<sup>38</sup> Cf art.5. a de la CEDEF.

<sup>39</sup> V. art. 1<sup>er</sup> al. 2 *in fine* de la loi n° 96-06 du 18 Janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972, elle-même modifiée et complétée par la loi N° 2008/001 du 14 avril 2008.

<sup>40</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Le droit de la famille », intervention lors de la conférence de l'Université de tous les savoirs du vendredi 14 janvier 2005, publié sur le site **canal U** le mardi 10 novembre 2009, consultable à l'adresse <http://www.lplm.fr/spip/spip.php?article409>, consulté le 10 avril 2013, p. 3.

<sup>41</sup> Cf. art. 203, C. civ.

<sup>42</sup> V. article 1400 et s. du Code civil sur la communauté légale.

<sup>43</sup> La femme peut renoncer à la communauté pour échapper au passif d'un mari mauvais gestionnaire.

<sup>44</sup> CA Littoral, arrêt n° 123/cc, du 3 juin 1996, inédit. « *Considérant qu'il est vainement recherché au dossier, aussi bien dans le jugement dont appel que dans les pièces qui sont versées, la demande de liquidation de la communauté conjugale par l'un ou l'autre des époux ...* », cité par NDOKO (N.-C.), « Les mystères du régime matrimonial en droit camerounais », in *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, n° 10, p. 402.

<sup>45</sup> C.S., Arrêt n° 30/CC du 12 janvier 1971, *Arrêt Dayas*, in *Répertoire chronologique de jurisprudence de la Cour suprême*, Tome II, p. 146.

<sup>46</sup> C.S., Arrêt n° 23/CC du 13 décembre 1979, *Arrêt Lantum*.

<sup>47</sup> NDOKO (N.-C.), « Les mystères du régime matrimonial ... », *op. cit.*, n° 16, p. 407 et n° 22, p. 411.

<sup>48</sup> V. C. S., Arrêt n° 87/L, du 28 mars 1972, RCD n° 5, p. 71. Dans cette affaire, la Cour suprême avait admis que l'épouse avait « *effectivement contribué par quelque manière à l'acquisition des biens de la communauté de fait existant en principe entre les époux durant le mariage* ».

<sup>49</sup> TPD New-Bell Bassa Douala, jugement n° 262, 22 février 1979, inédit ; TPD Mbanga, jugement n° 24/ADD, du 28 novembre 2002, inédit.

<sup>50</sup> NDOKO (N.-C.), « Les mystères du régime matrimonial en droit camerounais », *op. cit.*, n° 18, pp. 408-409.

<sup>51</sup> TPI Ndokoti Douala, jugement n° 364, du 21 août 2002, inédit ; TPI Ndokoti Douala, jugement n° 404, du 4 septembre 2002, inédit.

<sup>52</sup> Sur l'inégalité entre l'homme et la femme dans la liquidation et le partage de la communauté, V. NDOKO (N.-C.), « Les mystères du régime matrimonial ... », *op. cit.*, n° 19 et s., p. 409 et s.

<sup>53</sup> V. art. 767 et s. C. civ.

<sup>54</sup> V. art.767, C. civ.

<sup>55</sup> CS, 14 févr. 1974, arrêt n° 56/L, RCD, n° 17/18, p. 69.

<sup>56</sup> ANOUKAHA (F.), « L'apport de la jurisprudence... », art. préc., p. 417.

- <sup>57</sup> Art. 545 : « lorsque le défunt laisse des descendants, le conjoint survivant a droit, outre les biens d'usage domestique, au quart de la masse successorale. En cas de polygamie, toutes les veuves ont droit au quart de la masse successorale, réparti entre elles au prorata du nombre d'année de mariage avec le de cujus ».
- <sup>58</sup> Cf. art. 373, C. civ.
- <sup>59</sup> Cf. art. 375 et s., C. civ.
- <sup>60</sup> Art. 405 et 480, C. civ.
- <sup>61</sup> Art. 391, C. civ.
- <sup>62</sup> Sur cette notion, V. par exemple ATANGANA-MALONGUE (T.), *La protection de la personne de l'enfant : étude du droit positif camerounais à la lumière de la convention internationale sur les droits de l'enfant*, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon III, 2001. V. également ROCHFELD (J.), « Autorité parentale, Droits fonctions versus droits subjectifs : quel modèle pour la famille ? », *RTD civ.* 2002, p. 377.
- <sup>63</sup> JOYAL-POUPART (R.), « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1982), *R.G.D.* 97, 99.
- <sup>64</sup> Cf. art. 371 al. 1 et 2 du Code civil français issu de la Loi n°2002-305 du 4 mars 2002, JORF 5 mars 2002.
- <sup>65</sup> V. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Le droit de la famille », *op. cit.*, p. 4.
- <sup>66</sup> Sur le droit de visite, V. GASTON, *Essai sur le droit de visite sous la puissance paternelle*, thèse Poitiers 1941 ; SAUT, *Le droit des grands-parents sur la personne de leurs petits-enfants*, thèse, Dijon, 1941.
- <sup>67</sup> RINGEL (F.) et PUTMA N (E.), *Droit de la famille*, PUAM, 1996, sp. N° 155, p. 201.
- <sup>68</sup> SOIRAT (F.), *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse dactyl. Paris II, 1995, sp. n° 518.
- <sup>69</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *JCP* 1994, éd. G., I, 3739, sp. n°1.
- <sup>70</sup> V. GROFFIER-ATALA (E.), « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977), *R.G.D.* 223, 224.
- <sup>71</sup> V. MALAURIE (Ph.) et FULCHIRON (H.), *La famille*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit civil, Paris, Defrénois, 2006, n° 755, p. 306.
- <sup>72</sup> MIGNAULT (P.-B.), *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théorêt, 1896, p. 141. L'honorable Pierre-Basile Mignault affirmait également l'importance de l'intérêt de l'enfant en matière d'attribution de garde lors d'une séparation de corps : « [l]e plus grand avantage des enfants, voilà ce qui guidera toujours la discrétion laissée à la cour. » V. p. 36. Dans la même veine, LANGELIER observait qu'il fallait tenir compte de l'avantage des enfants, de leur intérêt, dans l'octroi de la garde lors d'une séparation de corps. Voir : LANGELIER (F.), *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 358.
- <sup>73</sup> Sur la distinction entre les notions de personne et de sujet de droit, V. RAYMOND (M.), « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785 et s.
- <sup>74</sup> TERRE (F.), *L'enfant de l'esclave, Génétique et droit*, Flammarion, 1987, spéc. p. 121.
- <sup>75</sup> BAUDOUIN (J.-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), « Produire l'homme », *De quel droit ?* p. 277, cité par RAYNAUD (P.), « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *Chron. Rec. Dalloz, Sirey*, 1988, p. 109 et s.
- <sup>76</sup> Sur la responsabilité civile du médecin à l'égard d'un enfant né avec des malformations suite à une erreur du diagnostic prénatal, V. *Arrêt Perruche*, Cass. ass. plén. 17 nov. 2000, *JCP* 2000, II, 10438, rapport SARGOS (P.), concl. SAINTE-ROSE (J.) et note CHABAS (F.) ; *D.* 2001, 332, note MAZEAUD (D.) et note JOURDAIN (P.) ; *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 2001, rapport SARGOS (P.), concl. SAINTE-ROSE (J.) et note GUIGUE (J.).
- <sup>77</sup> CLERGERIE (J.L.), « L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 447.

- <sup>78</sup> V. articles 337 et suivants du Code pénal camerounais.
- <sup>79</sup> V. à cet effet, notre article intitulé : « Faut-il dépénaliser l'avortement au Cameroun ? Réflexions médico-légales sur un phénomène de société », à paraître.
- <sup>80</sup> V. par exemple l'article L. 2213-1 du Code français de la santé publique *in fine* qui dispose que l'interruption d'une grossesse peut être pratiquée « ...si deux médecins attestent, après examen en discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».
- <sup>81</sup> V. à cet effet, notre article intitulé : « Faut-il dépénaliser l'avortement au Cameroun ? Réflexions médico-légales sur un phénomène de société », à paraître.
- <sup>82</sup> Les mariages extraordinaires peuvent aussi avoir pour finalité la validité des donations consenties par contrat de mariage à l'époux survivant ou de conférer le nom du prédécédé au survivant. (V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1989, Gaj. Civ., t. 1, 12<sup>e</sup> éd. 2007, 36, pp. 265-274). Mais c'est surtout la l'intérêt de l'enfant qui justifie de tels mariages, notamment en cas de légitimation des enfants.
- <sup>83</sup> V. notre thèse de Doctorat Ph/D intitulée : *L'intérêt de l'enfant : étude critique de la prise en compte des problèmes de l'enfance en droit positif camerounais*, encore en chantier.
- <sup>84</sup> V. art. 84 et s. du Code du travail.
- <sup>85</sup> V. art. 27 alinéa 2 du Code pénal.
- <sup>86</sup> À ce sujet, lire LADOUCEUR (J.), « D'esclave à roi, l'évolution de la protection de l'enfant », in *La protection de l'enfant*, Evolution, Prix Charles-Coderre 1998, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 128.
- <sup>87</sup> V. *l'arrêt Young c. Young*, 1993, R.C.S. 3, 34.
- <sup>88</sup> ZERMATTEN (J.), « Introduction aux droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 13 et s.
- <sup>89</sup> Si ces droits n'ont pas a priori de valeur économique, leur méconnaissance par des tiers peut donner lieu à une réparation pécuniaire. De la sorte, un droit extrapatrimonial peut donner naissance à un droit patrimonial. V. AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit*, Coll. Que sais-je ? PUF, Octobre 2008, p. 97.
- <sup>90</sup> Il existe cependant une transmission du droit moral de l'auteur.
- <sup>91</sup> Mais il existe d'importantes exceptions à ce principe pour l'intégrité corporelle (chirurgie, dons d'organes...) et pour le droit à l'image.
- <sup>92</sup> V. ARISTOTE dans *Éthique à Nicomaque*, cité par YOUF (D.) : *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 2002, p.10.
- <sup>93</sup> V. les articles 5 et s. du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications.
- <sup>94</sup> TERWANGNE de (A.), « Discours de l'Atelier sur la parole de l'enfant devant la justice », in Actes des conférences en promotion des droits de l'enfant, organisées par l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJCAF), les 26 et 27 août 2009, et les 8 et 9 octobre 2009, p. 54 et s.
- <sup>95</sup> La CIDE subordonne l'audition du mineur au fait d'être concerné par la procédure.
- <sup>96</sup> ATANGANA-MALONGUE (T.), *La protection de la personne de l'enfant...* thèse op cit., p. 362.
- <sup>97</sup> C'est le cas notamment en matière de divorce des parents qui entraîne des conséquences directes sur la vie de l'enfant.
- <sup>98</sup> SOW SIDIBE (A.), *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, Paris, LGDJ, 1991 ; OLOMO-BESSOMO (T.), *Le droit des successions au Cameroun entre tradition et modernité*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2003. Lire également TJOUEN (A-D.), *Droits domaniaux et techniques foncières en droit camerounais*, Paris, Economica, 1982 ; NGONGANG OUANDJI (A.), « La dévolution successorale au Cameroun », *RJPIC*, 1972, pp. 639-663.

- <sup>99</sup> ATANGANA-MALONGUE (T.), « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *op. cit.*, p. 856.
- <sup>100</sup> CS, 15 janv. 1964, arrêt n° 31/L ; 25 juin 1968, arrêt n° 157, Bull., p. 2092 ; 9 mars 1978, arrêt n° 42/L, Bull., p. 5602 ; 4 févr. 1993, arrêt n° 14/L.
- <sup>101</sup> C.S, 14 mai 1998, arrêt n° 38/L. Dans cette aff., la CA de Douala avait par jugement infirmatif, décidé sur la base de la coutume Bamiléké, un partage inégalitaire des indemnités dues par l'ex OCB entre deux cohéritiers au profit de l'homme qui de surcroît était l'aîné. Les juges suprêmes s'appuyant sur la Constitution et l'article 745 du Code civil ont cassé l'arrêt.
- <sup>102</sup> BITUMU EMANE (B.), *L'administration des biens des enfants mineurs en droit positif camerounais : Essai de recherche d'un système adéquat*, Mémoire de Maîtrise, FDSE, Université de Yaoundé, 1990, p. 3 et 4.
- <sup>103</sup> RAYMOND (G.), « La convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP* 1990, I, 3451.
- <sup>104</sup> LAHOUES-OBLE (J.), *Le droit des successions en Côte d'Ivoire: tradition et modernisme*, NEA, 1984, p. 21.
- <sup>105</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 1, Coll. Thémis, Paris 1956, p. 692.
- <sup>106</sup> EKOUMA EPANDA (H. N.), *L'indivision héréditaire*, Mémoire de DEA, Université de Ngaoundéré, 2008.
- <sup>107</sup> A l'heure actuelle, on ne peut plus soutenir que les sociétés traditionnelles ignorent entièrement la propriété privée de manière radicale comme elles le faisaient avant. Cette mutation dans les esprits s'explique surtout par le fait que les sentiments familiaux se sont distendus, les familles ont tendance à « s'atomiser », c'est-à-dire à se constituer en un noyau, en cercle restreint autour des père, mère et enfants.
- <sup>108</sup> V. art. 758, C. civ.
- <sup>109</sup> V. art. 757, C. civ.
- <sup>110</sup> V. art. 282 de l'APCPF. comp. Art. 757 C.civ. français : « *L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime.* ».
- <sup>111</sup> Il s'agit de l'enfant adultérin « *a patre* », puisque l'enfant adultérin « *a matre* » ne peut être reconnu par l'amant qu'après désaveu du mari de sa mère. Sur ce point, le projet de Code n'innove pas.
- <sup>112</sup> CEDH 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c/ France* ; D. 2000, p. 332, note THIERRY (J.) ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. HAUSER (J). V. aussi pour une condamnation identique, CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France* ; *RTD civ.* 2005, p. 335, obs. MARGUENAUD (J.-P.). La Cour y a vu là une violation de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n°1 (protection du droit de propriété), combiné avec l'article 14 de la Convention (interdiction de toute discrimination).
- <sup>113</sup> Dans l'arrêt *Mazurek* du 25 juin 1996, l'article 1<sup>er</sup> de la CIDE avait été visé par la Cour de cassation pour rejeter l'application du traité au bénéfice d'une personne majeure dans une affaire de succession, en affirmant « *que la convention de New York ... concerne l'enfant, défini comme l'être humain n'ayant pas atteint l'âge de la majorité ; qu'elle est donc sans pertinence en la cause* ». V. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1996, n° 94-14.858 : *JurisData* n° 1996-002770 ; *JCP G* 1997, II, 22834, obs. MALAURIE (Ph.) ; *Dr. famille* 1996, comm. 26, note BEIGNIER (B.) ; CEDH, *Arrêt Mazurek* du 1<sup>er</sup> février 2000.
- <sup>114</sup> Contrairement à notre Code civil, l'article 757 du Code civil français dispose que « *L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime.* ».
- <sup>115</sup> ATANGANA-MALONGUE (T.), « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *op. cit.*, p. 858.
- <sup>116</sup> ONDOA BEDOUGOU (M.J.), *Les droits de l'enfant dans le projet de code camerounais des personnes et de la famille*, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2004, p. 67.

- <sup>117</sup> L'hypothèse la plus fréquente est celle où un mineur est victime d'un accident. Le capital versé en réparation de son préjudice peut contribuer à la constitution de son patrimoine. V. RAYMOND (G.), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2003, p. 54.
- <sup>118</sup> L'enfant doit obéissance et soumission à ses parents qui exercent sur lui une autorité la plus absolue qui soit.
- <sup>119</sup> La déprédation est le fait de détourner de l'argent ou des biens à son profit, au cours d'une gestion financière.
- <sup>120</sup> BITUMU EMANE (B.), *L'administration des biens des enfants mineurs en droit positif camerounais : Essai de recherche d'un système adéquat*, Mémoire op. cit., p. 75.
- <sup>121</sup> Sur ces propositions, V. notre thèse intitulée, *L'intérêt de l'enfant : étude critique de la prise en compte des problèmes de l'enfance en droit positif camerounais*, encore en chantier.
- <sup>122</sup> Ce qui revient à dire qu'il n'y aura lieu à administration légale que lorsque le mineur est propriétaire de biens. Mais puisque les hypothèses dans lesquelles un mineur est propriétaire des biens du vivant de ses parents sont rares, l'administration légale apparaîtra le plus souvent comme une virtualité.
- <sup>123</sup> Ce rapprochement résulte de l'article 351 du Code civil qui dispose dans son alinéa 2 que « *s'il y a adoption par deux époux, l'adoptant administrera les biens de l'adopté dans les mêmes conditions que le père légitime administre ceux de ses enfants...* ».
- <sup>124</sup> Comme a eu à le rappeler la Cour suprême, l'administration légale est un attribut de « *la puissance paternelle qui comporte les droits de garde, de direction, de surveillance, de correction et d'administration légale* ». V. CS Arrêt n° 64 du 21 mai 1963, inédit.
- <sup>125</sup> Sur cette question, V. FRESNEL (F.), « La réforme de la tutelle des majeurs », *D.* 2002, Chron. p. 893.
- <sup>126</sup> BITUMU EMANE (B.), *L'administration des biens des enfants mineurs en droit positif camerounais : Essai de recherche d'un système adéquat*, Mémoire op. cit., p. 63.
- <sup>127</sup> FOSSIER (T.), *L'administration légale à l'épreuve de la pratique*, colloque LERADP, LGDJ, 1991.
- <sup>128</sup> V. notre thèse sus citée, 2<sup>e</sup> partie.
- <sup>129</sup> CABRILLAC (R.), cité par BEDEL GIROU de BUZAREINGUES (F.), « Le Droit de la Famille, Evolution ou Révolution », intervention à la conférence de l'académie des Sciences et Lettres de Montpellier, Séance du 09/01/2006, Conf. n°3932, Bull. 37, pp. 3-20 (2007), p. 16.
- <sup>130</sup> Lire Portalis dans son discours préliminaire à la discussion du Code Civil.
- <sup>131</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Du Contrat Social ou principes du droit politique*, éd. Metalibri, Lausanne, 10 octobre 2008, p. 67.

**ACTES CENSÉS ASSURER LE CONFORT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE.  
QUESTIONS DE PRATIQUE NOTARIALE<sup>1</sup>**

Doina DUNCA\*

**Résumé :** *Si la doctrine a fait des efforts notables pour présenter certaines conséquences qu’entraîne dans les rapports entre les conjoints la possibilité de choisir le régime matrimonial qui convient le mieux aux intérêts de la famille, l’analyse de la pratique notariale consécutive à l’entrée en vigueur du nouveau Code civil ne peut que nous proposer quelques exemples de cas auxquels elle s’est confrontée. Trois hypothèses pratiques seront envisagées: le partage volontaire entre époux par acte notarié pendant le mariage; le changement du régime communautaire légal avec celui de la communauté conventionnelle par sa réduction; l’élargissement de la communauté par l’inclusion dans son contenu des biens acquis par les deux conjoints suite à une dévolution successorale selon la loi.*

**Mots clés :** *droit patrimonial de la famille; notaire; régimes matrimoniaux; conjoint survivant; communauté*

Si la doctrine a fait des efforts notables pour présenter certaines conséquences qu’entraîne dans les rapports entre les conjoints la possibilité de choisir le régime matrimonial qui convient le mieux aux intérêts de la famille, l’analyse de la pratique notariale consécutive à l’entrée en vigueur du nouveau Code civil ne peut que vous proposer, afin d’éveiller votre intérêt, quelques exemples de cas auxquels elle s’est confrontée assortis des solutions qu’on leur a trouvées.

I. Avant l’entrée en vigueur du Code civil, pour des raisons dûment établies, le partage entre les époux pouvait se réaliser pendant la durée du mariage uniquement par décision juridique. L’obtention du partage en vertu d’un acte notarié représente l’un des repères sûrs et vigoureux qui, d’une part,

satisfont à un besoin ou à l'exécution d'une obligation de l'un des conjoints et d'autre part peuvent amener un plus de confort dans les relations de famille.

Analysons le premier cas: l'un des époux a un problème de santé qui exige une intervention très coûteuse. Il s'adresse à son avocat ainsi qu'à son notaire pour leur demander d'établir un acte lui permettant d'obtenir le montant dont il a besoin sans toutefois léser les intérêts de son épouse qui avait contribué à épargner cette somme.

Les deux professionnels consultés ont proposé la solution d'un partage amiable qui laisse à l'épouse la propriété exclusive de la maison familiale acquise au moyen d'un crédit bancaire et récemment acquittée intégralement et au mari le montant couvrant les frais de l'intervention médicale. L'acte de partage, établi aux conditions de l'art. 358 Code civil, n'était pas de nature à mettre fin à la communauté légale sous laquelle les deux conjoints étaient mariés depuis plus de 20 ans et leur mariage a continué à se soumettre au même régime matrimonial.

L'objet du partage était constitué des deux biens ci-dessus à savoir l'habitation familiale et le montant versé dans un dépôt bancaire. Cependant, un commentaire s'impose: l'art. 310 code civil régit l'indépendance professionnelle des conjoints exprimée par le droit de chacun de choisir et d'exercer la profession qu'il veut. L'autre conjoint ne peut intervenir là-dessus même si, du point de vue de la famille, cette liberté contrevient à l'obligation de contribuer aux frais du ménage en fonction des moyens de chacun (art. 325 Code civil). Par exemple, en admettant que l'un des conjoints possède deux qualifications, il est libre d'exercer la profession qu'il veut même si celle-ci lui assure des gains plus modestes.

Outre la liberté d'exercer la profession de son choix le nouveau code civil stipule, comme une conséquence, la liberté de chaque conjoint de disposer des revenus réalisés à la seule condition de respecter les obligations qui lui reviennent dans les frais du ménage (art. 327 Code civil). Par ailleurs, l'art. 341 Code civil range le salaire encaissé ainsi que la créance qui est née pendant le mariage parmi les biens communs bien qu'il soit notoire que ce revenu constitue une source d'acquisition non seulement des biens communs mais aussi de biens propres.

Cela étant, le partage était-il encore nécessaire vu que les revenus salariaux du conjoint étaient déposés sur un compte ouvert à son nom et que dès lors il pouvait en user librement? La seule limite expressément établie par la loi est l'impossibilité que l'un des conjoints dispose seul des sommes épargnées durant le mariage par la conclusion d'actes à titre gratuit entre vivants donc non seulement par donation y compris sous forme de don de la main à la main mais aussi par prêt sans intérêt.

En conséquence, l'époux titulaire du compte sur lequel se trouvait l'argent aurait-il pu en disposer à son guise, sans le consentement de l'autre conjoint ou était-il nécessaire, comme il a été procédé, de rédiger un acte de partage en vertu duquel cet argent lui a été attribué en exclusivité? A notre sens, la réponse est négative. Ce n'est que sous le régime de la séparation des biens que les revenus du travail sont considérés propriété du conjoint qui les réalise. Sous un régime communautaire, le titulaire du compte aurait pu en user sans restriction, par exemple pour acquérir un bien, car leur usage aux fins de la conclusion d'un acte à titre onéreux permet la subrogation réelle si bien qu'à la place de revenus communs aurait été acquis un bien ayant le même régime juridique. Pour finir, le partage est obligatoire vu que par son effet le conjoint est devenu propriétaire exclusif de l'argent ce qui lui permettra d'exécuter une obligation du résultat de laquelle dépendait son existence alors que son épouse recevra en propriété exclusive l'habitation familiale. La solution du partage aurait été équitable même si l'intervention médicale n'avait pas réussi et que le mari eût perdu sa vie puisque ses deux enfants nés d'un mariage antérieur qui lui étaient successibles auraient pu ne pas acquiescer à l'amiable que l'habitation échoie à l'épouse survivante; si le partage n'avait pas été effectué, l'épouse aurait eu pour seule qualité celle de titulaire d'un droit de créance sur une partie de l'argent dépensé pour l'accomplissement de l'acte médical équivalant à la partie qui dépassait la contribution de son époux à la somme épargnée. Par ailleurs, même si sous l'incidence de l'ancienne législation qui réglait les rapports patrimoniaux entre les conjoints l'instance avait admis l'action de partage et avait pris acte du partage des biens de la manière convenue, la durée du procès aurait sérieusement remis en question la réalisation du but du partage.

A notre avis, les enfants du conjoint n'auraient pu participer au partage vu qu'à la date de son authentification ils n'avaient aucun droit sur le patrimoine de leur père; seuls les créanciers personnels ou communs des conjoints auraient pu intervenir dans l'exécution du partage et seulement dans la mesure où celui-ci portait préjudice à leurs intérêts (art. 678-679 Code civil). Quoiqu'il en soit, même ces créanciers ne peuvent attaquer un partage que dans deux situations: soit l'opposition qu'ils ont faite à sa réalisation n'a pas été prise en compte soit le partage a été simulé. A remarquer que les descendants du conjoint décédé, aussi bien que ses créanciers, peuvent invoquer pour cause de nullité du partage **la simulation** si la donation représentait le contrat secret dans le but d'éviter la révocabilité des donations entre les époux; il n'est pas exclu que pour obtenir l'effet irrévocable frappé de nullité la donation entre époux soit simulée non

seulement par un acte à titre onéreux ou par interposition de personnes mais aussi par la réalisation d'un partage (art. 1033 Code civil). A cet égard, je voudrais mentionner une tendance qui se manifeste ces derniers temps dans l'activité notariale, à savoir (art.1033 code civil). les conjoints obtiennent le partage d'un seul bien, d'habitude un immeuble, par l'attribution de ce dernier à l'un des conjoints moyennant une soulte que l'autre affirme avoir reçue sans jamais en apporter la preuve. Dans ces cas-là, le conjoint à qui l'immeuble va être attribué se voit reconnaître par l'autre conjoint la qualité de copropriétaire pour un quota supérieur à la moitié sans qu'il existe pourtant une circonstance propre à créer un déséquilibre entre leurs contributions lors de l'acquisition de biens communs telle: l'exécution d'une peine de prison, une période de chômage prolongé sans compensation de travail domestique ou un arrêt de travail pour éducation des enfants etc.

Nous précisons que la soulte impayé par le conjoint débiteur donne lieu à tout moment à la possibilité de sa valorisation que ce soit pendant le mariage ou après la rupture ou l'arrêt de celui-ci vu que la prescription ne commence à courir entre les conjoints tant que dure le mariage et qu'ils ne sont pas séparé de fait (art. 2532 point 1 Code civil).

**II.** Le second exemple sur lequel nous nous pencherons traite du remplacement du régime matrimonial de la communauté légale par celui de la communauté conventionnelle, par réduction de la première.

Dans l'espèce en question, pendant le mariage un immeuble a été acquis en échange des soins accordés à un tiers par l'épouse, seule débitrice mentionnée dans le contrat. Après le décès du créancier de l'obligation, les conjoints se sont présentés par devant le notaire pour faire établir une convention en vertu de laquelle l'épouse se voyait reconnaître la qualité d'unique propriétaire de l'immeuble au motif que l'obligation de l'accueil, en tant qu'obligation de faire, a compris uniquement des faits matériels: courses, préparation des repas, soins de ménage, lessives et repassage et a été exécutée sans que l'époux y ait apporté une contribution notable. A notre avis, une convention ayant un tel objet est contraire au régime de la communauté légale mais parfaitement compatible avec le régime de la communauté conventionnelle qui permet aux conjoints de procéder à une réduction de la communauté. Le changement du régime matrimonial n'a pas impliqué une procédure compliquée vu que la communauté légale ne comprenait, outre l'immeuble en question, que des objets de mobilier et d'usage ménager qui équipaient une habitation louée. Dès lors que l'on procédait

au remplacement d'un régime communautaire par un autre et vu la composition des biens communs, les conjoints ont convenu qu'il n'était pas nécessaire de liquider la communauté en établissant la quote-part de chacun dans l'acquisition des biens communs et de l'accomplissement des tâches communes non plus que leur partage (art. 357 Code civil).

D'ailleurs, le partage pourrait rendre inapplicable la stipulation d'une clause de préciput qui pourrait constituer la cause du remplacement d'une communauté légale par une communauté conventionnelle vu que l'une des conditions de cette clause est qu'elle porte sur un bien commun.

De notre point de vue, dans le cas que nous sommes en train d'analyser l'on a apprécié qu'il n'était pas nécessaire de liquider un régime communautaire pour le remplacer par un autre de même nature; la transformation de la communauté de biens en propriété par quotes-parts et le partage des biens communs aurait équivalu dans ce cas (n'oublions pas que dans la communauté n'entraient que des objets d'usage domestique) à l'inventaire des biens mobiles qui n'est obligatoire, conformément aux dispositions de l'art. 361 Code civil) que dans le cas de l'adoption du régime de la séparation des biens. D'ailleurs, dans le régime de la séparation aussi, l'absence d'inventaire n'est pas frappée de nullité, elle ne fait qu'instituer la présomption relative que le bien ne figurant pas sur l'inventaire est la propriété du conjoint qui le possède. Pareillement, l'essence du régime de la séparation des biens est la propriété par quotes-parts qui intervient toutes les fois que les époux acquièrent ensemble le même bien.

Par contre, la possession en copropriété des biens caractérise non seulement la communauté légale mais la communauté conventionnelle aussi de sorte que liquidation et partage dans la situation dont nous nous occupons aurait été purement formels. Nous estimons que cette interprétation ne contrevient pas expressément aux dispositions de l'art. 369 Code civil portant modification du régime matrimonial qui renvoie expressément à l'art. 361 Code civil pour ce qui est de la nécessité d'inventorier les biens mobiles lorsque les conjoints optent pour la séparation des biens. Il est évident que le changement de n'importe quel régime communautaire, qu'il soit légal ou conventionnel, contre celui de la séparation des biens entraîne obligatoirement la liquidation de la communauté et le partage des biens communs car l'essence du régime séparatiste est que chacun des conjoints est propriétaire exclusif non seulement des biens acquis avant la conclusion du mariage mais aussi de ceux qu'il acquiert en nom propre après cette date.

Cela étant, dans la convention matrimoniale par laquelle les époux ont choisi le régime de la communauté conventionnelle, les biens mobiles sont restés dans la communauté alors que celle-ci s'est réduite vis-à-vis de l'immeuble acquis par le contrat d'accueil (d'entretien). (art. 367 let. b). En même temps, les époux ont convenu que lors de la liquidation de la propriété commune leurs quotas de participation seront inégaux vu qu'à la date de la conclusion de la convention seul le mari réalisait des revenus de son travail alors que l'épouse avait été femme au foyer depuis la conclusion du mariage.

Ce qui a prêté à discussions a été si et dans quelle mesure la convention ayant pour objet la reconnaissance du caractère de bien propre de l'immeuble acquis contre les services d'accueil aurait pu se réaliser dans un régime de communauté légale.

La jurisprudence a admis que dans le cadre de la communauté légale un immeuble peut être acquis comme bien propre par l'un des époux car lui seul avait contribué à son acquisition cependant que l'autre était en train de purger une peine de prison.

Les deux situations ne sont pas identiques et, à notre avis, elles demandent des critères différents de jugement. Ainsi, dans le cas que nous avons soumis à votre attention, l'époux était le seul à gagner de l'argent de son travail tandis que son épouse apportait sa contribution aux frais de ménage par son travail domestique. Vu cette circonstance, on aurait pu établir un acte de partage entre époux par lequel soit reconnue à l'épouse une contribution majeure à l'acquisition de l'immeuble. Comme le mari n'a pas accepté que cet immeuble puisse être considéré un bien commun, il a fallu changer de régime matrimonial. L'acquisition de l'immeuble par le contrat d'accueil (entretien) ne rentrait pas dans les dispositions de l'art. 340 Code civil – *biens propres acquis pendant le mariage*, bien que la lettre g) prévoit que ne sont communs mais propres à chacun des époux les biens, sommes d'argent ou toutes valeurs qui remplacent un bien propre ainsi qu'un bien acquis à la place.

En l'occurrence, bien que seule l'épouse eût qualité de débitrice de l'obligation d'accueil (entretien) et en fait l'a exécutée à elle seule, la disposition ci-dessus ne lui est pas applicable. Le principe suivant lequel le travail domestique de n'importe lequel des époux représente une contribution aux frais du couple est réglementé parmi les dispositions communes applicables à tous les régimes matrimoniaux (art. 326 Code civil). Par ailleurs, pourtant, seuls les revenus résultés du travail professionnel, dans la mesure où ils dépassent le niveau des

frais du couple, représentent un bien propre de chaque conjoint sans que soit faite une référence au travail physique fourni dans le but d'acquérir un bien.

*Rationae legi*, les revenus du travail sont le résultat de l'activité lucrative déployée par toutes catégories de personnes, salariés, professionnels au sens de l'art. 3 du Code civil (qui exploitent une entreprise c'est-à-dire exercent systématiquement une activité organisée qui porte sur la production, l'administration ou l'aliénation de biens ou prestation de services), ainsi que les services équivalents tels: droits patrimoniaux d'auteur, retraites etc. Or, dans le cas que nous venons d'analyser, la prestation de l'entretien par une certaine personne contre l'acquisition d'un immeuble n'est pas une activité à caractère organisé mais strictement occasionnelle instituée par un contrat civil.

Une réglementation qui transpose dans le plan des relations familiales l'adage de droit romain *do ut facias* serait passé outre au principe de la subrogation réelle mais aurait complété les biens propres que n'importe lequel des conjoints mariés dans un régime communautaire peut acquérir durant le mariage et aurait peut-être rendu compatible l'accumulation primitive (un bien contre le travail physique effectivement fourni) avec le droit moderne.

La solution retenue par le législateur c'est d'assimiler le travail domestique et pour l'éducation des enfants de n'importe lequel des conjoints à la contribution apporté par celui-ci aux frais du ménage (art. 325 al. 2 rapporté à l'art. 326 Code civil). Il résulte que le travail domestique constitue une modalité par laquelle les conjoints exécutent leur obligation de contribuer aux frais de ménage selon les moyens de chacun; le travail physique fourni en dehors de ce cadre institutionnel n'est pas de nature à accroître le patrimoine de l'époux contributeur.

III. La troisième cas que nous vous présentons porte sur l'élargissement de la communauté par l'inclusion dans son contenu des biens acquis par les deux conjoints suite à une succession légale. En occurrence, on a souhaité que l'élargissement de la communauté se fasse par l'inclusion de biens appartenant pour l'heure à l'époux, à savoir un immeuble habité par les deux époux et plusieurs terrains sans constructions, le tout acquis en vertu des lois de réparation adoptées après 1990, biens qui avaient fait partie du patrimoine de ses parents décédés. Quant à l'épouse, les droits étaient éventuels puisqu'ils portaient sur des successions non ouvertes vu que ses deux parents étaient en vie. Pareillement, les époux ont convenu que l'immeuble qu'ils habitaient, devenu bien commun en copropriété, fasse l'objet d'une clause de préciput, réciproque.

Le premier problème qui se pose c'est si telle convention ne revêt pas la nature d'un acte de disposition sur une succession encore non-ouverte étant frappée, en vertu des dispositions de l'art. 956 Code civil, de nullité absolue. De telles conventions ne sont permises que si la loi les considère possibles donc légales (comme c'est le cas, par exemple, des dispositions de l'art. 1091 al. 4 Code civil qui, en instituant une présomption de libéralité pour certains actes à titre onéreux conclus soit entre les conjoints soit entre ascendants et descendants montre que la présomption n'opère que si *ceux-ci ont consenti à l'aliénation*). En conséquence, si un parent vend un immeuble à l'un de ses enfants tout en s'y réservant le droit d'habitation viagère et que l'autre enfant consent à l'aliénation, cette manifestation de volonté constitue un pacte sur une succession non encore ouverte étant de nature à empêcher celui qui a consenti à invoquer tant le caractère de libéralité que, par voie de conséquence, la réduction de la donation – art. 1091 al. 4 Code civil. Un autre exemple de pacte sur une succession non encore ouverte mais que la loi permet est le partage d'ascendant réalisé sous la forme d'une donation mais qui doit avoir pour objet seulement des biens présents et non à venir – art. 1161 Code civil.

Pour revenir à l'espèce en question, nous précisons que le droit successoral éventuel représente la possibilité qu'une personne recueille une certaine succession, une fraction de celle-ci ou des biens déterminés. La transformation du droit successoral en droit subjectif civil proprement-dit n'aura lieu qu'à la date de l'ouverture de la succession de la personne dont l'éventuel titulaire pense hériter<sup>2</sup>. Nous pensons, quant à nous, que le contenu de la convention matrimoniale ne pourrait retenir, en ce qui concerne l'épouse, la promesse d'élargir la communauté par des biens à venir, promesse qui s'accomplira dès que ces biens seront effectifs. Nous estimons que ces droits ne peuvent former l'objet dérivé de la convention matrimoniale vu que, comme mentionné, elle porte sur deux successions non encore ouvertes; on ne peut connaître l'ordre des décès et la simple vocation de devenir titulaire d'un droit subjectif ne peut constituer l'objet d'une obligation quand elle concerne une succession non ouverte. Le droit successoral éventuel ne deviendra droit civil proprement-dit qu'à la date de l'ouverture des successions, à ce moment-là deviendra possible la réalisation de l'obligation assumée par l'épouse par la convention matrimoniale, à savoir élargir la communauté par les biens dont elle aura hérité.

Ce qui importe c'est de préciser dans quelle mesure les opérations successives d'inclusions de biens propres dans la communauté et d'établissement d'une clause de préciput ne portent atteinte aux principes de la dévolution successorale légale ce qui attire l'application de la sanction de nullité (art. 332 al. 2 Code civil). Le problème que nous venons d'exposer se complique du fait que

l'époux a un enfant né d'un mariage antérieur et un enfant né du mariage actuel alors que son épouse n'a qu'un seul enfant.

La dévolution légale de la succession est l'opération par laquelle sont déterminées les personnes appelées à recueillir la succession d'une personne ayant décédé et repose sur les liens de parenté et de mariage; à cet égard, on peut apprécier que la convention ne transgresse pas l'ordre successoral, qu'elle ne fait que **modifier l'étendue des droits qui reviendraient aux héritiers légaux** quel que soit l'ordre des décès car l'augmentation du patrimoine de l'épouse et la diminution du patrimoine de l'époux sont actuelles. En outre, les droits de l'époux dernier survivant seront augmentés par l'effet de la clause de préciput.

Nous avons déjà montré que dans la convention matrimoniale a été insérée la clause de préciput ayant pour objet la maison familiale devenue bien commun suite à l'élargissement de la communauté et destinée à revenir en propriété exclusive au dernier époux survivant. La clause de préciput sera exécutée en nature par la reprise effective de l'immeuble non grevé par un passif successoral, dès le décès du premier conjoint.

Sans théoriser excessivement, nous estimons que la clause de préciput a l'effet d'une donation mutuelle (appelée aussi réciproque ou conjonctive) c'est-à-dire d'une double donation conditionnelle dont une seulement deviendra effective si les conditions prévues à l'art. 333 Code civil sont accomplies cumulativement:

- Le décès des époux est successif et non simultané;
- Le bien (en l'occurrence l'habitation familiale) se trouve dans le patrimoine des époux, il n'a été ni aliéné ni soumis à une exécution forcée par les créanciers des époux.
- L'existence du passif successoral grèvera seulement les biens compris dans la masse successorale; effet de la donation réciproque instituée par la convention matrimoniale, l'habitation familiale n'est pas incluse parmi les biens qui composeront la masse successorale de l'époux décédé.

Une fois ces conditions remplies, la condition suspensive sous laquelle a été contractée la donation est réalisée et l'obligation, c'est-à-dire la transmission de la propriété sur la partie d'immeuble ayant appartenu à l'époux décédé devient effective (art. 1400 Code civil). Par conséquent, suite au décès de l'un des conjoints, le dernier époux survivant devient propriétaire exclusif de l'habitation familiale en vertu de la convention matrimoniale qui contient la clause de préciput; il résulte que le transfert du droit de propriété est réalisé au moment où la condition est remplie sans qu'aucun autre acte doive être établi. Si l'époux décédé n'a pas d'héritiers réservataires, il suffit, pour inscrire le droit de propriété sur l'ensemble de l'immeuble dans le livre foncier de se faire délivrer un certificat

d'héritier qui atteste qu'aucun autre héritier réservataire hormis l'époux n'a droit à la succession.

A supposer que l'époux décédé ait deux enfants : pour l'inscription de l'épouse dans le livre foncier comme propriétaire unique il est obligatoire que ces enfants manifestent leur volonté de ne pas solliciter la réduction de cette donation (de la clause de préciput). Si, par contre, ils demandent la réduction, cela aura pour effet l'inefficacité des legs et aussi la suppression des donations dans la mesure où il est nécessaire de compléter leur réserve successorale et dans l'ordre établi par la loi (art. 1097 al. 1 Code civil). L'époux survivant bénéficiaire de la clause de préciput est, à son tour, héritier réservataire. Par l'effet de la loi qui réglemente l'institution du préciput (art. 333 al. 2 Code civil) il n'est pas tenu au rapport de la donation de sorte qu'il bénéficiera de la disposition contenue dans l'al. 4 de l'art. 1097 Code civil selon laquelle si la donation exempte de rapport est soumise à la réduction, l'héritier réservataire pourra la conserver pour le compte de sa réserve même si la valeur de cette dernière dépasse la quotité disponible.

En conséquence, pour faire inscrire son droit de propriété dans le livre foncier il faut présenter tous les éléments ci-dessus en l'occurrence la convention par laquelle les héritiers établissent la modalité dont opère la réduction.

Nous sommes surpris par le renvoi contenu dans l'al.2 de l'art. 333 Code civil selon lequel la clause de préciput est soumise à la réduction aux conditions de l'art. 1096 al. 1 et 2. Or, les deux premiers alinéas de l'article qui établit l'ordre de la réduction porte sur les legs. La caractérisation que nous avons donnée à la clause de préciput est que celle-ci représente, dans tous les cas, une donation de biens à venir en raison de l'effet suspensif de la condition qui l'affecte ; cette caractérisation lui sera rattachée non seulement si l'objectif dérivé du contrat matrimonial n'existe pas à la date de la stipulation de la clause de préciput, relativement, par exemple, à une habitation familiale que les époux vont acquérir mais même quand l'objet existe, comme dans l'espèce que nous venons d'analyser. D'ailleurs, pour permettre aux époux de disposer l'un en faveur de l'autre par le même acte (*instrumentum*), le nouveau Code civil ne contient plus une norme similaire à l'art. 938 du Code civil de 1864 qui interdisait les donations mutuelles entre époux – vu qu'elles contrevenaient au principe de la révocabilité.

Par ailleurs, le nouveau Code civil maintient l'interdiction du testament réciproque (art. 1036 Code civil) si bien que la clause de préciput ne peut être considérée comme une disposition testamentaire. De notre point de vue, le renvoi au legs de l'al. 2 de l'art. 333 veut souligner que la donation, bien qu'elle ne soit pas tenue au rapport peut être réductible s'il n'y a pas de legs ; si ceux-ci

existent, ils seront réduits avant les donations, généralement tous à la fois et proportionnellement à moins que le testateur en ait décidé autrement. A cet égard, il est important de voir le nombre de donations faites par *de cuius* et dans quel ordre est placée la clause de préciput par rapport au moment du décès. Autre argument qui parle en faveur du fait que la nature juridique de cette clause est la donation et non le legs peut être qu'en règle générale les legs ne se réduisent pas.

En principe, la clause de préciput est exécutée en nature ; elle est exécutée en équivalent seulement si le bien qui en fait l'objet aurait été vendu, à la demande des créanciers communs ou, pour des raisons diverses, aurait disparu. Dans ce cas, le mari survivant n'aurait que la contrevaletur du droit de préciput imputé sur l'actif successoral sans qu'il participe, en proportion, au paiement du passif.

Pour revenir à l'espèce analysée, dans le contrat matrimonial, l'époux a tenu à faire préciser que la raison pour laquelle il a décidé d'adopter un nouveau régime matrimonial, d'élargissement de la communauté a été l'importante contribution de son épouse, avocat de son état, à la restitution par l'Etat des biens ayant appartenu à sa famille et passés dans la propriété de l'Etat.

La communauté même, nonobstant sa nature, légale ou conventionnelle, repose sur le mécanisme de la société civile de sorte que les époux deviennent copropriétaires des biens et peuvent contribuer à la formation voir à l'élargissement de cette copropriété par des apports complexes : en argent, en biens immobiliers, comme dans notre exemple (mais mobiliers aussi y compris corporels, par exemple d'usufruit ou de créance) ainsi que dans l'industrie – prestations ou connaissances spécifiques. Sous ce dernier aspect, l'élargissement de la communauté par des terrains biens propres de l'époux peut avoir pour contrepartie d'autres obligations de l'autre époux, par exemple l'exécution de travaux de bâtiment à titre d'entrepreneur.

Nous avons souligné que même si l'épouse n'a pu apporter les droits sur les successions de ses parents, l'élargissement de la communauté s'est réalisé à titre onéreux et non comme libéralité (*animus donandi*). L'illustration fidèle et exacte de la volonté juridique des époux représente, dans le cas analysé, la cause même du contrat matrimonial conclu.

Bien qu'elle ne passe pas outre aux principes de la dévolution successorale légale, la liberté contractuelle des époux peut entraîner d'importantes modifications, quantitatives et qualitatives, du patrimoine de ceux-ci, des droits acquis et des obligations auxquelles ils sont tenus tant dans leurs rapports réciproques que vis-à-vis des tiers. Nous ferons remarquer le caractère surprenant de la nouvelle dynamique de leurs rapports patrimoniaux qui posera bien plus de problèmes que

ceux sur lesquels nous nous sommes penchés, notamment à l'occasion de la séparation ou de la rupture d'un mariage.

---

<sup>1</sup> La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

\* Directrice du Département juridique, Union Nationale des Notaires Publics de Roumanie;  
[andreea.cicic.unnpr@ines.ro](mailto:andreea.cicic.unnpr@ines.ro).

<sup>2</sup> R.Popescu – Le droit de succéder, Universul juridic, Bucarest, 2004, pp. 30-43