

Limites à la juridicisation du concubinage. A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 novembre 1993

Magdi Sami Zaki

▶ **To cite this version:**

Magdi Sami Zaki. Limites à la juridicisation du concubinage. A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 novembre 1993. Revue juridique d'Île-de-France, 1994, 33-34, pp.67-107. hal-01662055

HAL Id: hal-01662055
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01662055

Submitted on 12 Dec 2017

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

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



LIMITES A LA JURIDICISATION DU CONCUBINAGE

A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 novembre 1993 *

Magdi Sami ZAKI

Maître de Conférences à l'Université de Paris X-Nanterre

1. La situation de fait : Le concubinage n'est pas un *fait pur et simple* entièrement indifférent au droit (ex. : « le serment des amoureux : *l'aphrodision orkon,* le serment prêté au nom d'Aphrodite ou sous son empire » (1) ; « les annotations d'un carnet de bal » (2)). Ce n'est pas non plus *un fait juridique* dont les effets juridiques se produisent indépendamment de toute manifestation de la volonté (ex. la naissance, les accidents de la circulation (3)). Le concubinage – libre ou subi (4) – est une *situation de fait* c'est-à-dire une situation comparable à une situation de droit correspondante, en l'occurrence le mariage, mais à laquelle il manque un élément : la célébration de l'union devant l'officier de l'État civil (5). L'engagement peut être perpétuel, les concubins ayant la volonté de vivre et de « passer ensemble leurs vieux jours » (6). Il est des concubinages moins éphémères que des mariages. Mais cet engagement n'est pas rituel.

2. Similitude et sollicitudes : De très nombreux couples s'installent en concubinage (7) (sans projet de mariage ou avant le mariage ou après un divorce). Le concubinage a des affinités frappantes avec le mariage : consommation charnelle (le concubinage blanc est rarissime), cohabitation, présence d'enfants, imbrication des intérêts financiers (budget commun, comptes ban-

---

(*) Le texte de cette décision est à la disposition de nos lecteurs. Les passages essentiels de l'arrêt sont intégrés dans l'étude.

(1) TZITZIS : « Le serment chez Platon, métaphysique et droit », *Rev. hist. dr. fr. ét.* 1991, p. 65.

(2) ZWEIGERT : Du sérieux de la promesse, *Rev. int. dr. comp.* 1964, p. 33.

(3) V. Le fait et le droit, *Études de logique juridique,* Bruxelles 1961.

(4) L'union libre n'est pas toujours libre mais due à la difficulté de régulariser une situation (divorcer...).

(5) Vincenzo Franceschelli : *I rapporti di fatto,* Milano 1984.

(6) Paris, 28 févr. 1966, *Gaz. Pal.* 1966.2.76.

(7) V. « Les limites du non-mariage » in *Le Monde* du 31 janv. 1976, p. 11. Aujourd'hui « on ne demande plus aux gens pourquoi ils ne se marient pas mais pourquoi ils se marient ».

caires joints, achat ensemble d'un appartement, exploitation en commun d'un fond de commerce, société de fait...). Loi et jurisprudence, souvent avec l'appui de la doctrine, renforcent l'assimilation du concubinage au mariage et ce, dans des domaines multiples et croissants (8).

3. Différence infinitésimale : Compte tenu de ces similitudes et de ces sollicitudes, la cérémonie officielle, sans être *vieux jeu,* apparaît comme peu de choses et par conséquent, la différence entre concubinage et mariage est infinitésimale, aussi infinitésimale que la différence entre « les juifs et les aryens » (Jankélévitch). Mais cette différence a produit l'holocauste. Mais cet écart, mince, minime, entre le mariage et l'union informelle, crée un abîme, un fossé, entoure le concubinage d'ostracisme et le rejette dans les ténèbres. Il faut le dire franchement : si proche qu'il soit du mariage, le concubinage n'est pas encore tout à fait intégré dans le corps social tel un étranger bien assimilé qui conserve cependant son petit accent d'origine. Le défaut de rite, l'absence de cérémonie empêchent le concubinage de produire tous les effets du mariage.

4. La mini-juridicité : Le couple qui vit maritalement est un couple à effet réduit. Le concubinage, situation de fait, de plus en plus juridicisé, est un exemple de mini-juridicité (9). Mais devant ce mélange inextricable de fait et de droit – ce « chaos » – face à la récupération du fait par le droit, où débusquer les traces qui trahissent le concubinage, l'isolent dans un *ghetto* et l'empêchent d'accéder pleinement à la juridicité. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 novembre 1993 offre l'occasion de préciser les limites de la juridicisation du concubinage.

5. L'affaire de Versailles : Les faits sont extrêmement banals. Un couple non marié ordinaire. La liaison n'était ni occasionnelle ou passagère, ni adultérine. L'union stable s'était resserrée par la cohabitation et l'achat en commun d'un appartement. Puis viendront la dissolution du ménage et la dispute. Celle-ci était axée principalement sur trois choses : la voiture financée par le concubin, l'appartement et les meubles meublants sur lesquels la femme partie « de son plein gré » voulait exercer un droit de reprise.

6. La voiture : Le contentieux sur la voiture n'a suscité aucun problème particulier. La Cour de Versailles considère que la dame ne justifie pas que son ex-concubin lui ait donné la voiture. Elle sera donc redevable des échéances du prêt du jour où elle a eu seule la jouissance exclusive du véhicule, c'est-à-dire depuis la séparation (10). La remise d'une voiture n'est donc pas un cadeau d'usage (11) vu le niveau financier du remettant.

7. L'appartement commun : Aucun problème particulier ne se pose non plus à propos de l'appartement acheté en commun grâce à divers prêts. La Cour d'appel de Versailles, suivant une jurisprudence constante (12) estime, qu'en pareil cas, le bien est indivis et son prix de vente est donc partagé entre les ex-concubins et « il importe alors de déterminer qui des deux concubins a effectivement réglé les échéances pendant la vie commune, celui qui les a réglées ayant accepté d'en supporter définitivement la charge en consentant au versement à l'autre, de la moitié du reliquat du prix de vente » (13).

8. Les meubles meublants : Sera davantage retenue ici la dernière dispute sur les meubles. Les meubles – pas seulement les précieux (tableaux de maître, antiquités...) – peuvent avoir une valeur sentimentale inestimable : un air musical, une berceuse (14), un livre émouvant (15), une carte postale, une photographie, etc. La Cour d'appel de Versailles dénie à la femme le droit de reprise car elle « ne justifie pas de son droit de propriété sur les meubles qui meublaient l'appartement commun ». La concubine qui « déserte » le foyer, non seulement n'aura droit à aucune indemnité mais n'emportera pas la moitié des meubles dont elle ne justifie pas la pleine propriété. Pure application du droit commun. *Actori incombit probatio.* A qui incombe la charge de preuve en supporte le risque (16). Il succombe, perd le procès, s'il ne réussit pas à établir le bien-fondé de sa prétention.

9. Concubinage et meubles : Ce sont des thèmes de liberté. L'écrit n'est pas nécessaire à la preuve de la propriété des meubles. En matière de meubles, la possession vaut titre (art. 2279 C.C.) (17). L'écrit n'est pas exigé des concu-

---

(8) Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER : *Traité du droit civil,* L.G.D.J. 1989, t. 1, n[os] 388 et s.; n[os] 1078 et s.

(9) Sur la juridicité, v. Francesco OLIGATI : *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino,* Milano, 5[e] éd. 1955; sur les frontières du droit, v. Aldo CHECCHINI : *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza,* Padova, Cedam 1977, *add.* Perreau; « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *Rev. trim. dr. civ.* 1913, p. 503; « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », même *Revue,* 1941, p. 481.

(10) Sur le remboursement, pour enrichissement sans cause du prix d'une automobile financé par la concubine, Riom, 5 mai 1988, *J.C.P.* 1989.IV, p. 53.

(11) Sur l'annulation du don manuel d'une automobile, Civ. 25 nov. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, som. 10.

(12) Civ. 20 janv. 1969, *D.* 1969, somm. 65; 7 déc. 1977, *Gaz. Pal.* 1978.I, somm. 69.

(13) Les versements faits par l'un pouvant avoir pour contrepartie la participation de l'autre dans les dépenses de la vie commune, en ce sens, T.G.I. Paris 21 nov. 1986, *J.C.P.* 1987.II.20836 (motifs), note de la Marnierre.

(14) Le héros du film « Oci ciornie » (« Les yeux noirs » de Nikita Mikhalkov), vieillissant et meurtri, s'imagine devant Dieu qui l'interroge : « que retiens-tu de ta vie? », il lui répond, en sanglots : « j'en retiens trois choses : le visage d'Elsa (sa femme) quand je l'ai vue pour la première fois, les brumes de Russie et la berceuse de maman ». La berceuse en question est un chant folklorique italien, admirablement beau, interprété par Marie Rudgeri. Comp. aussi la dernière page d' « Une journée d'Ivan Denissovitch », coll. 10, 18 de Soljenitsyne.

(15) Ex. « Assia » de Tourguéniev, Bibl. La Pléiade, t. II, p. 69.

(16) Boulanger : « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *Rev. tr. dr. civ.* 1966, p. 736; Géraud de la Pradelle, *Essai d'introduction au droit français,* t. 1, éd. Erasme 1990.312 et s.; François TERRÉ, « Introduction générale au droit », Dalloz 1991, n° 496.

(17) Alex WEIL, *Droit civil,* « Les biens », 1974, n[os] 468 et s. et pour la possession des biens immobiliers, comp. la thèse de Jean-Marc Trigeaud, Economica 1981, Préf. François Terré.

bins, dans certaines circonstances (18). Liberté des preuves de l'union libre (19); liberté de preuve des droits subjectifs. Les concubins ont voulu la liberté : qu'on la leur laisse « jusqu'au bout » (20). Liberté de preuve mais encore faut-il prouver. Liberté de preuve mais pas dispense de preuve. La concubine ne bénéficie pas, *a priori,* de la présomption légale d'indivision prévue par l'art. 1538, al. 3 du Code civil.

10. La présomption d'indivision : L'article 1538, al. 3, prévoit une présomption de preuve au profit des époux séparés de biens : « les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir exclusivement, à chacun pour moitié » (21). Ne peut-on appliquer par analogie cette présomption aux concubins concernant les biens dont on ignore l'origine?

11. Plan : La banalisation du concubinage (1re partie) plaide en faveur de l'extension de l'article 1538, alinéa 3 aux couples non mariés. La marginalité du concubinage (2e partie) s'y oppose.

BANALISATION DU CONCUBINAGE

12. La banalisation du concubinage devenu, comme on dit, un phénomène de société, se reflète dans les règles de fond et dans les règles de preuves.

I. – Les règles de fond

A. – *L'histoire du concubinage*

13. Les trois périodes : Le concubinage a traversé trois périodes : classique, moderne, post-moderne.

14. La période classique : Dans cette période, la distinction fondamentale et indiscutable sépare les situations morales (les couples mariés) des situations immorales (les couples non mariés). Sans remonter au droit romain où le concubinat était, sous le Haut empire, ignoré du droit (22) et sans évoquer l'ancien droit qui frappait les concubins d'incapacité de recevoir des libéralités

(18) MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.* 1972.I.2468.

(19) HAUSER et HUET-WEILER, *op. cit.,* n° 401.

(20) CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation », *D.* 1973, ch. 313, 1re colonne.

(21) R. SAVATIER, « Propriété des acquêts réalisés par des époux séparés de biens (sans société d'acquêts), *D.* 1979, ch. 193; MAZEAUD, JUGLART, *Leçons de droit civil,* t. 5, v. 1, « Régimes matrimoniaux », éd. Montchrestien 1982.575; FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, *Droit civil,* « Les régimes matrimoniaux », Dalloz 1989, n° 780.

(22) J. MAILLET, *Histoire des institutions et des faits sociaux,* Dalloz 1956.505.

(ordonnance de 1629) nul ne conteste que la représentation que le Code civil de 1804 avait du concubinage était négative. Il n'en parlait même pas. Le concubinage se définissait négativement par l'absence de célébration, l'absence du statut matrimonial, l'absence des droits et des devoirs des gens mariés. Si l'on tentait une définition positive, on associait alors le concubinage à la « turpitude » sur laquelle glossaient les savants auteurs (23). Certaines formules sont usées telle la petite phrase de Napoléon citée à satiété : « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux » (24).

D'autres formules figurent comme des fossiles d'espèces disparues telles : « les relations établies par le concubinage ne peuvent, en raison de leur irrégularité même, présenter la valeur d'intérêts légitimes juridiquement protégés » (25). D'où le refus d'indemniser la concubine en cas de décès accidentel du concubin par la faute d'un tiers (26). D'autres formules chantantes, à la saveur rétro, opposaient sexe et sentiments (27) pour annuler les donations entre concubins destinées à favoriser « la formation, la prolongation, la continuation des relations sexuelles ou leur rémunération » (28) et valider, en revanche, les libéralités ayant pour but la réparation du préjudice (29) (subi par la femme) ou la satisfaction d'un devoir de conscience (30). Mais qui se souvient encore qu'il fut un temps – à la belle époque! – où les hommes et les femmes qui se présentaient faussement comme mariés pouvaient être attaqués par le bailleur en annulation du bail pour erreur sur la personne (31). Plus près de nous, un Tribunal statuant sur une disposition testamentaire par laquelle un homme interdisait à sa veuve remariage et concubinage, a annulé la clause de viduité mais validé la clause de non-concubinage (32).

15. La période moderne : Dans la période moderne, le concubinage n'est plus soupçonné d'immoralité, les relations sexuelles – expression du « génie de l'espèce » (33) – ne sont plus condamnées même hors mariage (34). On dis-

(23) S'agissant de la demande en réparation en cas de décès accidentel du concubin, Jacques Flour écrivait : « Tout le monde est d'accord ou voudrait au moins l'espérer, pour écarter l'action de la concubine », *D.* 1945.295.

(24) RUBELLIN DEVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *Rev. tr. dr. civ.* 1989.392.

(25) Civ. 27 juill. 1937, S. 1938.321, n. Marty.

(26) Crim. 13 févr. 1937, S. 1937.I.153, concl. Roux : *D.* 1938.I.7, n. R. Savatier.

(27) Civ. 22 oct. 1970, *B.* I., n° 269, p. 214.

(28) Réq. 8 juin 1926, *D.* 1927.I.113, n. R. Savatier; Rouen, 20 oct. 1973, *D.* 1974.378, n. Le Tourneau; C v. 15 déc. 1975, *B.* 1, n° 365, 303.

(29) Civ. 29 nov. 1977, *B.* I, nos 449, 354 (perte d'emploi et frais de déménagement).

(30) Civ. 4 nov. 1982, *B.* I, nos 319, 274.

(31) Angers, 4 mai 1921, *D.* 1921.2.125.

(32) Chaumont 25 sept. 1969, *J.C.P.* 1970.II.16213; Durry, *Rev. trim. dr. civ.* 1970.356.

(33) Arthur SCHOPENHAUER, « Métaphysique de l'amour », *in Le Monde comme volonté et représentation,* P.U.F. 1966.1285 et s.

(34) Paris, 9 juin 1987, *D.* 1987.I.R.166 : « à supposer même qu'une donation ait eu pour cause le maintien de relations hors mariage, cette cause ne présente pas un caractère illicite ».

tingue seulement le couple typique, normalisé, calqué sur le mariage et les couples atypiques, non normalisés, innommés et innommables. Le couple typique suppose l'union exclusive entre un homme et une femme c'est-à-dire le couple hétérosexuel, monogamique et non adultérin par opposition aux couples homosexuels, polygamiques et adultérins.

16. a) **L'union adultérine :** L'infériorité du ménage adultérin retentit sur son enfant dont les droits successoraux se trouvent amoindris. La femme mariée peut interdire à la concubine de porter le nom de son mari, exiger la réparation du préjudice résultant de l'entretien de celle-ci dans le domicile conjugal (35) et faire constater par huissier l'adultère au domicile de sa rivale (36). Est également nulle la société de fait entre des personnes entretenant entre elles des relations adultérines (37). Lorsque la Chambre mixte de la Cour de cassation a fini par admettre (arrêt dangereux) le principe de l'indemnisation de la concubine en cas de décès accidentel de son concubin, c'était à la condition que l'union ne soit pas entachée d'adultère (38). Rappelons enfin qu'en l'absence d'une volonté expresse du défunt, la concubine était évincée par la famille légitime pour régler les funérailles de son concubin (39).

17. b) **L'union polygamique :** La pluralité de concubines exclut l'indemnisation en cas de décès accidentel du concubin. Il en était jugé ainsi dans le cas d'un homme qui passait ses journées avec une femme « qui lui préparait de la nourriture et faisait parfois la lessive de ses vêtements » et ses nuits avec une autre (40). La société de fait est refusée en cas de « cohabitation d'un homme et d'une femme qui sont d'accord pour que chacun ait, en même temps, les maîtresses et les amants qui lui plaisent » (41).

18. c) **L'union homosexuelle :** Le vocabulaire dissimule cette union sous l'expression la plus fréquemment utilisée qui désigne le compagnon comme « la personne avec laquelle je vis », phrase imprécise « dans la mesure où elle ne donne plus d'indication sur le sexe de l'autre » (42). Le droit au transfert du bail était dénié aux homosexuels (43). Des avantages prévus dans le règlement de certaines entreprises (facilités de transport) leur étaient également refusés (44). Le droit d'indemnisation en cas de décès de l'ami n'était pas non plus

(35) Aix-en-Provence, 2 juin 1978, *D.* 1979.192, n. Prévault.

(36) Civ. 6 févr. 1978, *B.* II, n° 24.

(37) Civ. 14 févr. 1961, *B.* I. n° 100, p. 81.

(38) Mixte, 27 févr. 1970, *D.* 1970.201, n. Combaldieu; *Gaz. Pal.* 1970.I.163; VIDAL, *J.C.P.* 1971.I.2390; *Rev. tr. dr. civ.* 1970.353, obs. Durry, *add.* Crim. 20 janv. 1966, *D.* 1966.184, Rap. Combaldieu (évoquant le harem), *J.C.P.* 1966.II.14870, n. Wiederkehr.

(39) Douai, 19 avr. 1976, *D.* 1978.86, n. Cazals.

(40) Crim. 8 janv. 1985, *J.C.P.* 1986.II.20588, n. Endréo.

(41) Montpellier, 8 juin 1982, *D.* 1983.607, n. Dhavernas.

(42) CHALVON-DEMERSAY, « Mon Jules, ma nénette », *in Le Monde* du 24 juin 1982.1 et 5.

(43) Paris, 27 mai 1986, *D.* 1986.I.R.436, n. Giverdon.

(44) Paris, 11 oct. 1985, *D.* 1986.380, n. Denis.

reconnu (45). Les tentatives d'homosexuels d'adopter leurs « partenaires » étaient considérées comme un détournement de l'institution d'adoption (46). Le T.G.I. de Paris a annulé des legs consentis par un homme fortuné à d'autres hommes plus jeunes que lui avec lesquels il vivait en concubinage depuis de nombreuses années et qui lui servaient à recruter d'autres partenaires (jeunes marginaux souvent) (47).

19. La période post-moderne : La période post-moderne est caractérisée par la fin des idéologies, l'anomie, la perte de sens, le renversement des valeurs, le désenchantement du monde, l'accélération de l'histoire, l'explosion technologique, la communication planétaire (48). Les frontières sont devenues incertaines. Ce n'est plus le clivage tranché entre le moral et l'immoral : couples mariés et couples non mariés, comme dans la période classique (v. *supra*, n° 14). Ce n'est plus la distinction nette entre le normal et l'anormal : concubinage typique et concubinage atypique, comme dans la période moderne (v. *supra*, n° 15). C'est désormais une question de plus ou de moins, de demi-teintes, de clair obscur. Dans un univers pluraliste, relativiste, sceptique, la logique du « flou » (49) gagne les concepts (50) et pas seulement ceux qui sont tributaires des mœurs. Par exemple, l'état des personnes, immuable, immutabile, indisponible, est devenu fluide et quelque peu malléable au gré des volontés des sujets de droit (51). Floue et fluide sera également notre perception des phénomènes naguère considérés comme atypiques.

20. a) **Le concubinage adultérin :** Le concept « enfant adultérin » – autrefois dévalorisé par une faute qui n'est pas la sienne – n'est plus utilisé par le Code civil (loi 3 juin 1972) qui le range désormais parmi les enfants naturels (52). « Les lois sociales spéciales qui accordent certains droits aux concubins ne distinguent pas entre concubinage simple ou adultérin; et la jurisprudence qui décide que le concubin, lors de la rupture, a une obligation naturelle de ne pas laisser sa concubine sans ressources, ne fait pas davantage la

(45) DANET, « Le corps homosexuel. De la répression à la conquête des droits » *in Actes*, juin 1985.47.

(46) RAYNAUD, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *D.* 1983, ch. 39, comp. à propos d'un homme voulant adopter sa concubine, Riom, 9 juill. 1981, *J.C.P.* 1982.II.19799, n. Almairac.

(47) Paris, 28 juin 1985, Defrénois 1985, art. 3366, n° 98, note Champenois.

(48) Jean-François LYOTARD, *La condition post-moderne*, éd. Minuit 1979; ARNAUD, « Repenser le droit pour l'époque post-moderne », *in le Courrier du C.N.R.S.*, avr. 1990, p. 81; Bruno ROMANO, *Relazione e diritto tramoderno e post moderno*, Bulzoni 1987; *Sogg ettività diritto e post moderno*, Bulzoni 1988; VIOLA, « la teoria giuridica post moderna tra tradozione e innovazione », *in Materiali per une teoria delle culture giuridica*, 1988, n° 1, p. 117.

(49) Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, P.U.F. 1986.

(50) MIAILLE, « Désordre, droit et science », *in Théorie du droit et science*, P.U.F. 1994.104.

(51) RAYMOND, « Volonté individuelle et filiation par le sang », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.538.

(52) Pour une historique, ANGÉEE-DORLHAC, *De la condition juridique des enfants naturels*, Paris 1891.

distinction » (53). En effet, l'adultère n'est pas une circonstance exclusive de la validité d'une « donation » faite à la concubine (54). Elle ne l'a jamais été d'ailleurs (55), que cette « donation » soit faite pour satisfaire un devoir de conscience (56) ou pour réparer un préjudice de rupture (57). L'adultère n'est plus un délit pénal ni une cause automatique de divorce (loi 11 juillet 1975). Il n'est plus un motif péremptoire pour exclure le droit de réparation de la concubine en cas de décès accidentel du concubin (58). Seul l'époux offensé, précise la Cour de cassation, peut invoquer l'adultère et non l'auteur fautif de l'accident. D'ailleurs, l'adultère n'est pas sûr dans certains cas : abandon du foyer par le conjoint (59), séparation à l'amiable (60), croyance de la concubine d'être divorcée depuis huit ans alors que le jugement de divorce ne lui a pas été notifié (61), aliénation mentale du conjoint (62)... D'autres indices significatifs : La concubine est certes, receleur si elle profite en connaissance de cause d'un bien propre que son concubin a dérobé à son épouse (63). Mais il n'y a pas de recel si le mari, commun de biens, a fait bénéficier sa concubine d'un bien dépendant de la communauté (64). Les dettes du mari, commun de biens, contractées envers sa concubine, sont des dettes de la communauté (65). La veuve et les enfants peuvent être condamnés à verser à la concubine le capital et la rente viagère promis par le *de cujus* (66), c'est déjà le germe de l'union polygamique.

21. b) **Le concubinage polygamique :** Le droit de réparation était refusé (v. *supra*, n° 17) dans le concubinage polygamique. La raison en était qu'il y avait deux maîtresses concomitantes, concurrentes dont l'une déstabilisait le foyer de l'autre (67). Mais quid si, à côté d'un seul « amour nécessaire » (un foyer unique), un homme a de multiples « amours contingents » comme dans le cas de ce romancier célèbre (68) qui disait éprouver pour le sexe un besoin aussi contraignant que celui de respirer et avouait avoir eu dix mille femmes (Salomon n'en a eu qu'un millier). On ne devrait pas dénier les droits de la concubine Maîtresse, au sens le plus fort, c'est-à-dire au sens où la concubine n'est pas une maîtresse parmi tant d'autres, mais l'élue occupant une place à part dans ce cœur vagabond. D'ailleurs, le droit à réparation, en cas de décès accidentel du concubin, a été reconnu à l'épouse concubine – femme mariée, concubine d'un autre homme – (69). Il a aussi été reconnu à la veuve et à la concubine d'un même homme (70). Des prestations sociales (de maladie...) bénéficient également à la veuve et à la concubine du défunt (71). La pluralité de maîtresses n'empêche pas l'exercice de l'action en recherche de paternité naturelle (art. 340 C.C.). La pluralité d'amants *(l'exceptio plurium)* n'est plus une fin de non-recevoir à l'exercice de cette même action (loi 8 janvier 1993) (72). Le droit français tolère, sur son sol, la polygamie des étrangers (73) qui est une polygamie dans l'espace (74). Il admet, voire favorise, chez lui, la polygamie dans le temps. La faveur envers le remariage (75), la seconde noce (76), les unions successives (77), est, peut-être, une réaction inconsciente au rétrécissement dramatique des familles (78) sous des formes diverses : famille nu-

---

(53) VIDAL, *J.C.P.* 1971.I.2390, n° 29.

(54) Montpellier, 5 avr. 1990, *D.* 1993, som. 232, n. Vareille.

(55) Req. 8 juin 1926, *D.* 1927.I.113, n. Savatier; Civ. 11 mars 1918, S. 1918.I.170; Civ. 20 juill. 1936, *D.H.* 1936.441; Civ. 20 juill. 1936, *D.H.* 1936.441; Civ. 16 oct. 1956, *J.C.P.* 1956.II.9707; Civ. 15 déc. 1975, *B.* I, n° 365, p. 303.

(56) Civ. 4 nov. 1982, *B.* I, n° 319, p. 274.

(57) Civ. 20 juill. 1936, *D.H.* 1936.441.

(58) Crim. 19 juill. 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.566, n. R. C.

(59) Crim. 20 avr. 1972, *J.C.P.* 1972.II.17278, n. Vidal (abandon depuis 36 ans); Crim. 14 juin 1973, *Gaz. Pal.* 1973.2.634 (le mari n'a pas donné signe de vie depuis 1949).

(60) Crim. 19 juin 1975, précit.

(61) Crim. 27 mai 1968, *B. crim.*, n° 171, p. 413.

(62) VIDAL, *J.C.P.* 1971.I.2390, n° 31.

(63) CULIOLI, « Le recel commis par le passager connaissant la provenance frauduleuse du véhicule utilisé », *Rev. sc. crim.* 1973.88 à propos d'une femme mariée soustrayant la voiture propre ou personnelle du mari pour rejoindre son amant et partir en voyage avec lui; le séducteur est receleur.

(64) Crim. 3 oct. 1967, *B. crim.*, n° 239, p. 556.

(65) Civ. 14 juin 1978, *J.C.P.*, éd. N., p. 138, pour s'acquitter d'une dette de conscience envers sa concubine, un homme marié lui a acheté une voiture, payée « moyennant la reprise d'une autre voiture dépendant de la communauté existant entre les époux », v. aussi, RUBELLIN-DEVICHI, *Rev. tr. dr. civ.* 1984, p. 401, n° 62.

(66) Req. 12 juin 1937, *D.H.* 1937.145.

(67) Pour un précédent, v. Crim. 27 avr. 1934, S. 1935.I.99, *D.H.* 1934.302.

(68) Il s'agit de Georges Simenon.

(69) Paris, 19 nov. 1976, *D.* 1978.458, n. Bosquet-Denis.

(70) Riom, 9 nov. 1978, *J.C.P.* 1979.II.19107, n. Almairac.

(71) V. obs. Combaldieu concernant le partage du capital décès entre la veuve et la concubine, *J.C.P.* 1975.2.566; VACHER, « Concubinage et vie maritale dans le droit de la Sécurité sociale, *in Les concubinages,* V. 2.186.

(72) SUTTON, *D.* 1993, ch. 163; GRANET, *D.* 1994, ch. 21.

(73) FADLALLAH, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français », *Rev. crit. dr. int. privé,* 1981, p. 17.

(74) Tolérance assombrie du fait que la polygamie en question est le privilège exclusif de l'homme, la polyandrie étant exclue.

(75) Ouverture multiple des cas de divorce : levée d'interdiction de se remarier avec sa belle-sœur; nullité des clauses de viduité. On est loin de l'Ordonnance de Blois infligeant des peines aux veuves qui se remariaient avec des personnes indignes, les domestiques notamment, v. MOREEL, « La notion de famille dans le droit de l'ancien régime », *in Renouveau des idées sur la famille;* P.U.F. 1954.24. Loin aussi le « devoir du veuvage éternel » préconisé par A. Comte; v. dans le même ouvrage, l'étude de M. Maitron, 82.

(76) Possibilité de contester la paternité légitime par la mère une fois remariée avec le véritable père, art. 318 C. C.

(77) Répartition des pensions du mari décédé entre les différentes femmes au prorata de la durée des mariages respectifs.

(78) L'extension de l'obligation alimentaire à la concubine et à l'enfant adulte qui poursuit des études supérieures est un autre essai d'élargir le cercle familial étroit, v. THÉRY, « Trois conceptions de la famille dans notre droit », *D.* 1965.47.

cléaire (79), famille unilinéaire (80), monoparentale (81). La monogamie (82) cesse d'être intransigeante dans un système ouvert à la « pluripaternité » (83). L'adoption simple, par exemple, rattache l'enfant à sa famille adoptive sans rompre ses relations avec sa famille d'origine. Un enfant peut avoir plusieurs pères : un père légitime par le titre (sans possession d'état) et un père de fait à qui il peut demander des subsides pour avoir eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception (342, al. 3) (84). Un enfant peut avoir plusieurs mères : une mère génétique qui donne l'embryon ou l'ovule; une mère gestatrice qui porte l'embryon et conduit la grossesse à terme; et une mère sociologique, sans liens de sang avec l'enfant, mais qui l'élève et s'occupe de lui comme le sien (85).

22. c) **Le concubinage homosexuel :** « L'amour grec » (86) a ses amateurs et pas seulement à l'intérieur du même sexe mais aussi entre les deux sexes. Une femme a demandé la nullité du mariage pour erreur sur « la volonté de son conjoint de ne pas consommer le mariage en raison de son état d'homosexuel » (87). La pédophilie avec une mineure de plus de 15 ans a été dépénalisée avec la loi du 4 août 1982 (88). Les homosexuels revendiquent le droit à la différence (89). L'homosexualité est une variante de la nature mais non une déviance de la nature (ex. le mouton à 5 pattes). La nature n'interdit pas aux « lesbiennes » de procréer ensemble. Après s'être fait inséminée artificiellement, une femme a fait don de son embryon à sa concubine qui portera

(79) Réduit au *domus* romain : le couple et un enfant. Une solitude à deux ou à trois.

(80) Filiation établie à l'égard d'un seul des deux parents. L'enfant ne connaîtra probablement jamais l'autre parent : enfant adopté par un célibataire; reconnu par son père ou sa mère seule; c'est aussi le cas d'une femme qui fait naître un enfant sans père par l'intermédiaire d'une insémination artificielle ou d'une rencontre délibérément passagère, ou d'un enfant issu d'un inceste absolu.

(81) Filiation établie à l'égard des deux parents mais l'enfant vit avec l'un des deux seulement (veuve, femme divorcée ou séparée).

(82) Déjà Robert Owen (1771-1858) estimait que l'union à vie de deux êtres est contre nature car elle ne tient pas compte « des changements physiques, intellectuels et moraux qui peuvent modifier les sentiments réciproques des époux », v. MAITRON, *op. cit.* 86.

(83) ALMAIRAC, *J.C.P.* 1979.II.19107.

(84) Notons aussi que l'enfant peut choisir son père entre le mari et l'amant de sa mère s'il est né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la dissolution du mariage (combinaison des art. 311 et 315 C.C.) ou en utilisant l'art. 322 *a contrario.* Le père évincé dans le conflit de paternité peut, s'il le souhaite, avoir un droit de visite (311-13)...

(85) GOBERT, *Rev. tr. dr. civ.* 1992.439; RUBELLIN-DEVICHI, *D.* 1985, ch. 147; *Rev. tr. dr. civ.* 1987.457; *J.C.P.* 1991.I.3505.

(86) MEIER et DE POGEY-CASTRIES, « Histoire de l'amour grec », Paris 1930; Félix BUFFIÈRE, « La pédérastie dans la Grèce antique, Eros adolescent », *Les belles lettres,* Paris 1980.

(87) Créteil, 24 oct. 1974, *Gaz. Pal.* 1975.1, som. 105.

(88) V. la note critique incisive de M. JESTAZ, *Rev. tr. dr. civ.* 1982.795.

(89) IMBERT, « Le droit à la différence », *in Consécration et usages des nouveaux droits,* Colloque de mai 1985, Saint-Étienne, 45.

l'enfant (90). Encore un exemple de multimaternité (v. *supra,* n° 21). La loi danoise du 7 juin 1989 admet la célébration des unions homosexuelles (91). La loi française du 27 janvier 1993 (art. 78) reconnaît la qualité d'ayant droit à la personne (qui peut être du même sexe) qui est à la charge effective, permanente et totale, de l'assuré social (92).

B. – *Le rapprochement entre mariage et concubinage*

23. « **Le crépuscule du mariage** » (93). Le mariage descend vers le concubinage. Le concubinage monte vers le mariage. Leur histoire est celle d'un rapprochement progressif (94). Le mariage descend vers le concubinage notamment par sa désacralisation et l'affaiblissement de ses devoirs essentiels : devoir de secours, de fidélité, de cohabitation. Désormais, le divorce met fin au devoir de secours sauf dans le divorce pour rupture de la vie commune. L'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce. Chaque époux peut avoir un domicile et une résidence distincte (95).

24. « **L'avènement du concubinage** » (96). De son côté, le concubinage monte vers le mariage notamment en cas de cohabitation : transfert du bail au profit du concubin en cas de décès ou du départ du locataire (loi 6 juillet 1989) ; pensions civiles et militaires; avantages sociaux; possession d'état au sens de l'article 197 du Code civil permettant aux enfants après le décès de leurs parents d'assimiler l'union de ces derniers au mariage; autorité parentale exercée en commun sur l'enfant naturel si « les parents l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance » (art. 372, al. 2, C.C.) (97); impossibilité morale de preuve par écrit (98) rendant recevable la preuve par témoignage ou par présomption. Ce qui nous conduit à évoquer les règles de preuve.

(90) Concl. DORWLING-CARTER sous Soc. II, juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1990.I.216.

(91) RUBELLIN-DEVICHI, « Des éléments constitutifs du concubinage », *Rev. tr. dr. civ.* 1990, p. 56.

(92) *D.* 1993, L. p. 207.

(93) NAST, *D.H.* 1938, ch. 37.

(94) HAUSER et HUET-WEILLER parlent d' « une unification heureuse » à propos de « la disparition progressive, notamment avec la loi du 23 décembre 1985, des restrictions portées aux contrats entre époux », *op. cit.* 758.

(95) ALT-MAES, « La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français », *Rev. trim. dr. civ.* 1983.641; choisir la vie maritale ou choisir la vie conjugale, *J.C.P.* 1983.I.3119.

(96) JOSSERAND, *D.H.* 1932, ch. 46.

(97) FULCHIRON, *D.* 1993, ch. 11.

(98) Paris, 28 févr. 1966, *Gaz. Pal.* 1966.2.76; civ. 10 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985.I.186.

II. – Les règles de preuve

A. – *Présomptions diverses*

25. La présomption de paternité : La première impression de frustration est vite dissipée. Certes les concubins disposent, dans certaines circonstances, de facilités de preuves mais non d'une dispense de preuve (v. *supra,* n° 9). Ainsi, par exemple, les enfants, issus de concubinage, ne sont pas couverts par la présomption de paternité *Pater is est* (permettant de rattacher l'enfant né dans le mariage au mari de la mère, art. 312). Mais cette présomption est fragilisée puisqu'elle peut être combattue par le mari (désaveu, art. 312, 314, C.C.) (99), par la mère (art. 318) (100), par l'amant (art. 334-9 *a contrario,* C.C.) (101) mais aussi par tout intéressé (art. 322 *a contrario*) (102). Entendez par là par le mari, la mère et l'enfant (103). Ce qui a permis d'annoncer « la mort du père » (104). De son côté, le concubinage bénéficiait d'une « quasi-présomption de paternité » (105) puisqu'il était prévu comme cas d'ouverture de l'action en recherche de la paternité dans l'ancien article 340 C.C. Les cas d'ouverture limitatifs (106) – relents de phallocratie – seront abrogés par la loi du 8 janvier 1993 (107). Désormais, la preuve de paternité peut être rapportée « s'il existe des présomptions ou indices graves » parmi lesquels il faut ranger, aujourd'hui comme hier, le concubinage.

26. Présomption de l'obligation d'entretien : Autre présomption qui viendra à l'aide de la concubine, abandonnée sans ressource. Pour avoir entretenu sa compagne, un homme est présumé avoir fait la promesse de l'entretenir encore à l'avenir, de ne pas la délaisser sans continuer d'assurer sa subsistance (108).

---

(99) Nice, 30 juin 1976, *D.* 1977.45, n. Huet-Weiller (cas d'insémination artificielle).

(100) Civ. 16 févr. 1977, *D.* 1977.328, n. Huet-Weiller.

(101) Civ. 9 juin 1976, *D.* 1976.593, n. Reynaud.

(102) Civ. 27 févr. 1985, *Rev. trim. dr. civ.* 1985.355, obs. Rubellin-Revichi; GRANET, *J.C.P.* 1985.I.3219.

(103) L'amant ne saurait utiliser l'article 322 *a contrario.* Il n'a pas qualité pour détruire la filiation légitime sans la remplacer par une autre. S'il tient à l'enfant, il n'a qu'à utiliser l'art. 334-9 *a contrario.*

(104) RAYNAUD, sous Paris, 4 févr. 1980, *D.* 1980.200, comp. BOUTARD-LABARDE, *Rev. trim. dr. civ.* 1983.457.

(105) RUBELLIN-DEVICHI, « Analyse introductive », *in Les concubinages,* Paris 1986.35.

(106) La simple relation sexuelle n'est pas un cas d'ouverture de cette action.

(107) ROY, « Filiation et empreintes génétiques, une réforme attendue, la loi du 8 janvier 1993 », *Rev. trim. Cour d'appel de Versailles,* 1993, n° 30, p. 71; Massip, *Defrénois,* 1993.6.9.673; RUBELLIN-DEVICHI, *J.C.P.* 1993.I.3649; P. CAL, *in Rev. jur. Ile-de-France,* 1994, n°s 31, 15.

(108) MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.* 1986, ch. 325.

B. – *La présomption d'indivision*

27. Champ d'application : Pour revenir à l'affaire de Versailles (v. *supra,* n°s 5, 8), faut-il appliquer aux concubins l'article 1538, alinéa 3 du Code civil qui présume indivis entre conjoints tout meuble dont on ignore l'origine? Précisons d'abord le champ d'application de cette présomption d'indivision. Cette présomption ne joue qu'à titre subsidiaire c'est-à-dire en absence de preuve « faite par tous moyens » (109) de la propriété exclusive – ou indivise – du bien.

28. La preuve de la propriété exclusive mobilière : La propriété exclusive des meubles peut évidemment résulter de la nature des choses (vêtements – le problème se complique dans les concubinages homosexuels – instruments de travail). Le bien peut porter la marque de son origine : bijou (110) ou souvenir de famille (111). La propriété privative peut également résulter du titre, un écrit, une facture, par exemple (112), peu importe la source du financement, l'origine des deniers (113). Elle peut se dégager d'une présomption. Celle-ci peut être légale, conventionnelle ou de l'homme. La présomption légale de l'article 2279 : « en matière de meubles, la possession vaut titre » joue pour les biens isolés (compte en banque, coffre, bureau (114)). La présomption conventionnelle provient d'un écrit réputant privatifs ou indivis les meubles meublants (115). Exemple enfin d'une présomption du fait de l'homme c'est-à-dire laissée à l'appréciation du juge : la femme qui semble avoir seule des ressources et qui est propriétaire – sur factures – du mobilier important est *présumée* avoir acquis personnellement les meubles litigieux de moindre valeur sur lesquels elle ne produit pas de facture (116). C'est seulement en l'absence de tout autre moyen de preuve que la présomption légale de l'article 1538, alinéa 3 répute indivis le meuble dont on ignore l'origine. Cet article s'appliquera-t-il donc aux concubins? L'application sera-t-elle directe ou par analogie? Entre l'application directe ou analogique d'un texte, en général, il y a plusieurs différences que nous allons exposer maintenant.

---

(109) D'où la fragilité de la présomption d'indivision de l'art. 1538, al. 2, C.C. alors que la présomption d'acquêt prévue dans le régime de la communauté légale (art. 1402, C.C.) ne peut être combattue que par la preuve écrite, v. R. SAVATIER, *D.* 1979, ch. 193.

(110) Comp. en matière de fiançailles, Paris, 3 déc. 1976, *D.* 1978.339, n. Foulon-Piganiol; Civ. 23 mars 1983, *J.C.P.* 1984.II.20202; Douai, 17 sept. 1985, *D.* 1986, n. Langlade.

(111) BARBIERI, « Les souvenirs de famille », *J.C.P.* 1994.1.3156; REYNAUD-CHANON, *D.* 1987.264; AGOSTINI, *J.C.P.* 1989.2.21195; Salvage, éd. N. II.165.

(112) Civ. 10 mars 1993, *D.* 1993.I.R.92.

(113) Civ. 9 oct. 1991, *D.* 1993.580, n. Courtine, comp. cependant civ. 26 oct. 1982, *D.* 1983.521, n. De la Marnierre.

(114) MARZEAUD, *op. cit.*

(115) Civ. 29 janv. 1974, *D.* 1974.345, n. R. Savatier, *adde* Mas, « De la clause de présomption de propriété entre époux sous le régime de la séparation de biens », *J.C.P.* 1966, éd. N. 1985.

(116) Civ. 28 juin 1953, *Gaz. Pal.* 1953.I.218.

29. Application directe du texte et l'analogie

a) **Nécessité d'une lacune pour le raisonnement par analogie :** L'application directe du texte permet d'imposer une règle impérative nonobstant toute clause conventionnelle contraire. L'analogie suppose une lacune, une insuffisance dans le texte de la loi et dans le texte d'un contrat (117). Cela explique le foisonnement de l'analogie en matière de quasi-contrat calqué sur le contrat ou de contrat innomé sur les dispositions les plus proches du contrat nommé (118).

30. b) **Seule est admissible l'analogie in favorem** (119) : On ne retranche pas d'un texte qui s'applique directement ses dispositions défavorables, celles qui établissent une peine, une incapacité, une déchéance, etc. En revanche, ces dispositions défavorables doivent être écartées *(odiosa sunt restringenda)* en cas de raisonnement par analogie (120). Ainsi, la bigamie n'est pas commise par un homme entretenant plusieurs maîtresses. L'empêchement au mariage entre alliés en ligne directe prévu dans l'article 161 du Code civil c'est-à-dire l'inceste relatif entre beau-père et belle-fille, belle-mère et gendre, ainsi qu'entre parâtre et marâtre et beaux-fils (enfants du premier lit), cet empêchement ne défend pas au concubin de copuler avec la fille de sa maîtresse. De même, « le concubin de l'incapable n'est pas une personne interposée au sens de l'article 911 du Code civil » (121). La clause de viduité insérée dans un legs – c'est-à-dire de non-remariage après veuvage – à supposer qu'elle soit exceptionnellement valide parcequ'inspirée d'un motif légitime (122) et non d'une jalousie posthume (123), ne doit pas s'étendre, sauf disposition expresse, au concubinage (124). La révocabilité des donations entre époux (art. 1096 C.C.) ne devrait pas gagner les libéralités entre concubins (125), susceptibles pourtant d'être consenties sous l'empire des sens et de la passion (126) ou autre envoûtement, comme celui exercé par Dalila sur Samson, exemple cité par l'austère Pothier. Les déchéances prévues en cas de concubinage notoire, des pensions civiles et militaires ou d'une pension alimentaire (art. 283 C.C.) ou encore du droit au bail (art. 285-1, C.C.) s'appliqueront directement aux couples hétérosexuels mais ne pourront pas s'appliquer par analogie aux couples homosexuels (127). Mais jusqu'où pourra conduire la frénésie de l'analogie *in favorem?* (128). Envisagera-t-on, à titre d'exemple, l'émancipation par concubinage – dans la cohabitation très juvénile – à l'instar de l'émancipation par mariage?

31. c) **Pouvoir d'expansion de l'analogie :** Un texte qui s'applique directement est un moyen de formation concrète du droit, de sa réalisation, alors que le raisonnement par analogie est un moyen de sa transformation (129), cela signifie qu'un raisonnement par analogie permet l'extension d'un texte, de proche en proche, beaucoup plus qu'une simple application directe. Si C est égal à B et B égal à A, donc C est égal à A. Si D est égal à C, donc etc. Aussi les homosexuels ont-ils revêtu l'habit des concubins pour s'en approprier les quelques avantages qui sont assez voisins de ceux du mariage.

32. d) **Syllogisme et argumentation :** L'application directe du texte repose sur une opération de syllogisme. Selon l'article 553 du Code civil, le propriétaire du terrain est présumé être le propriétaire des constructions sur ce terrain. Il en résulte, par simple déduction mathématique, que la concubine propriétaire de la moitié du terrain est présumée être propriétaire de la moitié de l'immeuble qui y est édifié (130). Le raisonnement par analogie relève de la logique de l'argumentation et de la controverse, mode beaucoup moins contraignant. Les dispositions de l'article 270 du Code civil concernant la prestation compensatoire, après divorce, étaient jugées applicables, *en tant que de raison,* après la nullité du mariage (131), c'est-à-dire dans la mesure où cela est raisonnable, possible, ce qui ouvre la porte aux discussions.

33. e) **Application directe en bloc et application analogique pondérée :** Un texte qui s'applique directement doit l'être en bloc. Il ne peut être, par exemple modifié dans ses dispositions quantitatives. La présomption d'indivision de l'article 1538, alinéa 3 du Code civil prévue dans le régime de la séparation des biens entre époux, établit un traitement forfaitaire : les biens réputés indivis se partageront moitié moitié. L'analogie permet la manipulation du texte pour tenir compte, au-delà de l'origine incertaine du bien, de la qualité du concubinage, des ressources de chacun et fixer – par une analogie *contra legem* si l'on peut s'exprimer ainsi – un autre taux – pondéré – du partage.

---

(117) Giorgio de NOVA, *Il tipo contrattuale,* Padova 1974.172.

(118) Dominique GRILLET-PONTON, Sur le contrat innommé, thèse Lyon 1982.383 et s.

(119) V. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel,* 2e éd. Cujas, 1973.217.

(120) Comp. cependant Req. 28 nov. 1877, *D.* 1878.I.209 : « la disposition de l'art. 163, c. civ. qui prohibe le mariage entre l'oncle et la nièce, s'étend entre le grand-oncle et la petite nièce »; civ. oct. 1978, *J.C.P.* 1980.II.19341 : Assimilation du magnétiseur au médecin en ce qui concerne l'incapacité de recevoir de l'art. 909 C.C.; civ., 18 déc. 1990, *D.* 1991.I.R.13 : décider que l'autorité parentale ne se transmettra pas au survivant des parents naturels pareillement à l'hypothèse prévue dans l'art. 373-3, al. 2, C.C. pour l'enfant légitime après divorce.

(121) RUBELLIN-DEVICHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1984.406, n° 83.

(122) François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Droit civil,* « les successions, les libéralités », Dalloz 1983.290; Limoges, 5 nov. 1940, *J.C.P.* 1941.II.1700.

(123) Civ. 24 oct. 1939, *D.H.* 1940.I.

(124) Comp. Chaumont, 25 sept. 1969, *J.C.P.* 1970.II.16213.

(125) *Contra* Philonenko, n. sous Cass. belge, 13 nov. 1953, S.1954.4.29.

(126) La libéralité est annulable pour insanité d'esprit au moment de l'acte, Terré et Lequette, précité, 239.

(127) *Contra* Rubellin-Devichi *in Les concubinages,* 29 « ce qui compte, dans ces hypothèses, c'est le niveau de vie procuré par le concubinage et peu importerait le sexe du concubin ».

(128) Ex. licéité, après rupture d'une union libre, de l'accord passé entre les parents sur la garde de leurs enfants communs et sur la pension alimentaire nécessaire à leur entretien, Paris, 13 nov. 1959, *D.* 1960.360.

(129) Comp. Nuberto Bobbio (s'inspirant de Carnap) : Teoria della scienza giuridica, Giapichelli, Torino 1950.215, *adde* RENARD, « De l'inspiration à la conception analogique du droit », *Arch.. ph. dr.* 1935, n° 1, 81.

(130) Civ. 7 déc. 1977, *Gaz. Pal.* 1978.I., som. 69.

(131) Civ. 30 oct. 1990, *D.* 1991.214, n. Mascala.

34. f) **Identité et contrariété des solutions :** Un texte appliqué directement, aux mêmes faits, ne peut donner lieu à deux syllogismes contradictoires. En revanche, le même texte selon qu'il est interprété par analogie ou *a contrario,* donne lieu à des solutions diamétralement opposées. La célèbre controverse à propos de l'article 334-9 du Code civil en est une éclatante illustration (132).

35. g) **Des faits et des normes :** L'application directe du texte suppose nécessairement des faits. Un texte ne s'applique pas sans faits réels ou imaginaires. L'analogie (procédé de raisonnement abstrait) ne suppose ni faits (133) ni même des textes et joue à partir des principes généraux du droit (134).

36. h) **Texte général et application analogique des textes spéciaux :** Un texte spécial appliqué par analogie (cadeau empoisonné?) peut contourner et neutraliser un texte général (135). Ainsi l'application analogique des dispositions relatives à la prestation compensatoire (v. *supra,* n° 32) après nullité du mariage permet d'allouer un capital ou une rente pour compenser la disparité entre époux après la dissolution du mariage sans s'occuper de l'existence d'une faute comme l'exige le texte général de l'article 1382 du Code civil.

37. Exclusion de l'application directe du texte : Sauf disposition contraire du législateur, la jurisprudence n'applique pas directement aux concubins les textes prévus à l'attention des gens mariés. Ainsi a-t-elle écarté la contribution aux charges du mariage (art. 214, al. 3, C.C.) dans les relations entre concubins (136). De même, la solidarité de plein droit entre époux des dettes ménagères (art. 220, C.C.) est déclarée « inapplicable » aux concubins (137). *L'obligation* à la dette à l'égard du tiers résultera seulement de l'apparence de la vie maritale affichée par le couple non marié, apparence à laquelle les fournisseurs du couple ont fait confiance (138), ce qui laisse ouverte la question de la *contribution* à la dette entre concubins (139).

38. Application analogique de l'article 1538, alinéa 3? L'application directe de la présomption d'indivision de l'article 1538 du Code civil aux concubins étant exclue, on pourra envisager une application analogique de ce texte qui aura le mérite d'assurer « le rapprochement analogique des modèles familiaux » (140). L'analogie suppose « un air de famille » (141) entre les concepts. C'est le moment ou jamais d'évoquer ce fameux vocabulaire de Wittgestein. Il existe, en effet, « une sorte d'osmose entre concubinage, fiançailles et union légitime ainsi qu'en témoigne l'article 171 du Code civil » (142), article autorisant le mariage *post mortem.* La similitude des situations est récurrente dans les expressions employées pour désigner le concubinage : mariage apparent, quasi-mariage, mariage de fait, mariage à l'essai, imitation de mariage, démembrement du mariage (143). La cohabitation pourrait rendre la possession équivoque (144) et écarte l'article 2279 du Code civil (145). La confusion des sentiments dispense de la preuve écrite (v. *supra,* n° 24). La confusion des meubles à usage commun devrait dispenser de toute preuve. Ces meubles seront réputés appartenir à l'un et à l'autre comme le veut l'article 1538, alinéa 3, pour les gens mariés. Mais c'est oublier que les concubins ne sont pas, justement, mariés. Le concubinage n'est pas le mariage. Banal, le concubinage est encore une situation marginalisée.

MARGINALITÉ DU CONCUBINAGE

39. L'inequale conjugium : Au Bas Empire, le concubinat était considéré par le Code théodosien comme *inequale conjugium* (146), un mariage inférieur au *justae nuptiae* (147). De nos jours, le concubinage n'est plus soupçonné

---

(132) Pour l'interpénétration analogique de l'art. 334-9, v. Paris, 13 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.538, concl. Montanier; *D.* 1975.597, n. Huet-Weiller; *J.C.P.* 1975.II.18112, n. Vidal; *adde* Vidal; *J.C.P.* 1973.I.2539; Champenois, *J.C.P.* 1975.I.2686; contre l'analogie et en faveur de l'interprétation *a contrario,* v. Massip, *D.* 1976, ch. 80, *adde* Agostini, « L'argument *a contrario* », *D.* 1978, ch. 141.

(133) Letizia Gianformaggio distingue entre l'application *individuelle* du texte qui suppose toujours des faits et la production ou la déduction *particulière* des normes qui ne les suppose pas. D'une norme générale telle « ne pas nuire à autrui », on peut déduire une série de normes *particulières :* « ne pas voler, ne pas blesser ». V. son article : « Hans Kelsen sulla deduzione della validità », extrait du volume, *Da Democrito a collingwood, a cura di Alfonso Ingogno,* Firenze 1991, p. 138; v. aussi sa brillante contribution, Sul senso della giustificazione morale e giuridica in Etica e diritto, Le vie della giustificazione razionale, Laterza 1986, a cura di L. Gianformaggio et L. Lecaldano, p. 151.

(134) Sur la distinction entre analogie de droit *(analogia iuris)* et analogie de loi *(analogia legis),* v. Ancel, « L'analogie en droit pénal », *in Études de droit contemporain,* Sirey 1959.197; Zajtay, « Sur le raisonnement par analogie comme méthode d'interprétation du droit », *Mélanges Aubin,* Strasbourg, 1979.305.

(135) Mascala, *op. cit.*

(136) Civ. 9 janv. 1979, *D.* 1981.241, n. Breton.

(137) Civ. 11 janv. 1984, *n° 12,* p. 11; Prothais, « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum,* indivisibles ou conjointes », *D.* 1967, ch. 237.

(138) Paris, 23 juill. 1932, *Gaz. Pal.* 1932.2.423, Lagny, 4 juin 1954, *D.* 1955, som. 24.

(139) Paisant, n. sous Paris, 21 sept. 1989, *D.* 1990.500.

(140) Hauser, « Vers une théorie générale du droit familial? », *D.* 1991, ch. 56 critiquant ce mouvement de nivellement.

(141) Atieuza, « L'analogie en droit », *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques,* 1988, n° 21, p. 33.

(142) Jacques Dupichot, « Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle », Paris thèse 1969.277.

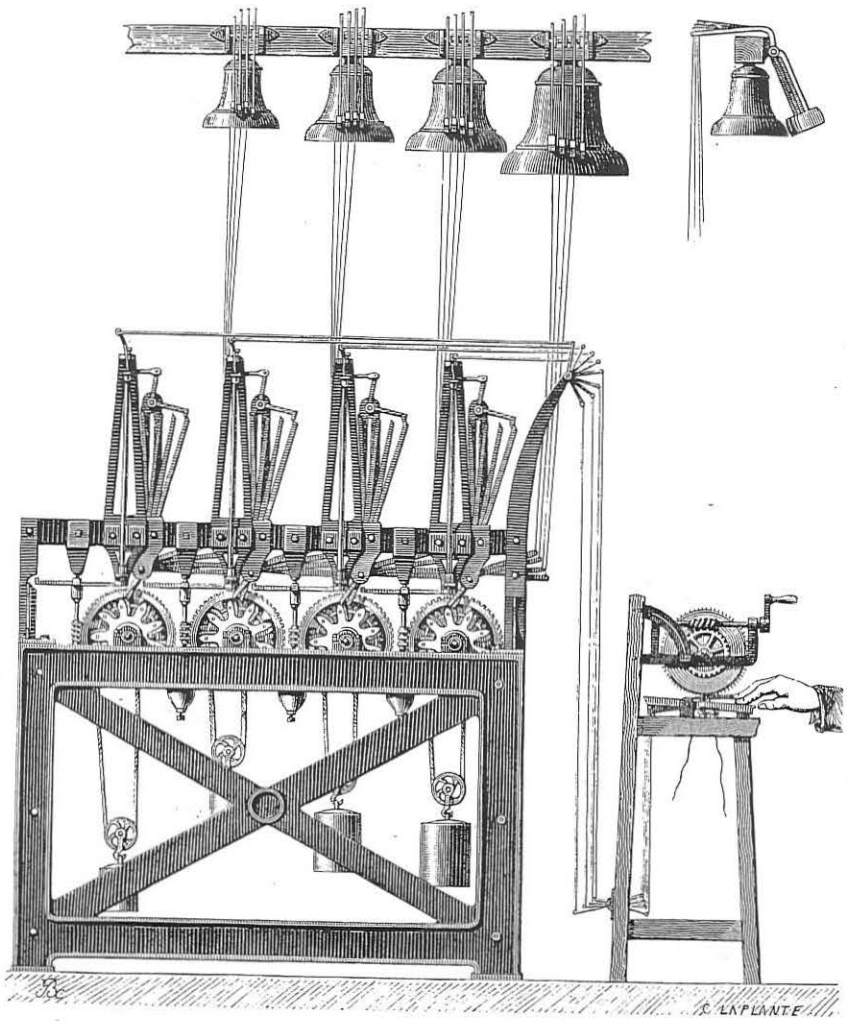
(143) Hauser et Huet-Weiller, *op. cit.* 180.

(144) Verdot, « La cohabitation », *D.* 1964, ch. 121, n° 18.

(145) Mazeaud, *op. cit.* 577.

(146) A. E. Griffard, *Précis de droit romain,* Paris 1951, n° 450; Ernst Perrot, *Cours élémentaire de droit romain,* Paris 1927.289.

(147) Gaston May, *Éléments de droit romain,* Paris 1904.112.



d'immoralité (148). Aujourd'hui par exemple, un homme peut faire état de son chagrin et demander réparation (149) du préjudice subi par la mort accidentelle de sa maîtresse (150) sans que sa demande soit repoussée, comme autrefois, pour indécence (151). Il n'en reste pas moins que le concubinage est révocable *ad nutum*. La rupture est libre dans l'union libre disqualifiée alors, en faux mariage (152), pseudo-couple (153), contrefaçon du mariage (154). Le risque de précarité est inhérent à l'état de concubinage (155). Même forcé d'y entrer pour des raisons sociales (différence de rang ou de religion) ou familiales (difficulté de divorcer), on est toujours entièrement libre d'en sortir par la répudiation. L'exercice de la volonté unilatérale sans être le privilège, le monopole de l'homme, est tout à fait discrétionnaire (sans motif). Aucune clause de dureté, tirée, par exemple, de l'état de santé médiocre de la concubine abandonnée (156), n'est recevable. Cette zone de liberté débridée, affranchie de toute contrainte, a son revers : l'amoindrissement des droits. Le concubinage, s'il donne lieu à des droits de créance, refoule le droit de propriété.

I. – Attribution des droits de créances

Les créances octroyées aux concubins sont bien connues. Citons en quelques exemples.

40. La loi du 12 novembre 1955 : allouait un secours annuel aux compagnes des militaires, marins ou civils, « morts pour la France ».

41. La rupture : La rupture du concubinage n'est pas en soi fautive (sur le plan juridique) et n'a jamais donné lieu à réparation (157). Non pas tant en raison d'une prétendue immoralité de la situation à laquelle la rupture est censée mettre fin (158) mais à cause de sa précarité volontairement assu-

---

(148) Nicole Jeanmart, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage,* Bruxelles 1975.73 et s., 254 et s.

(149) Jadis seules les femmes formulaient cette demande, sur ce « curieux féminisme », v. Nast sous Aix, 28 déc. 1933, *D.* 1935.2.41.

(150) Crim. 13 oct. 1981, *D.* 1982.I.R.96.

(151) Angers, 4 avr. 1933, *D.H.* 1933.356.

(152) Rubellin-Devichi, *in Les concubinages, op. cit.* 23.

(153) Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, *op. cit.* 398.

(154) Tortat, S. 1933.2.25.

(155) Civ. 7 juin 1987, I.R. 189.

(156) Paris, 27 févr. 1979, *D.* 1979.500.

(157) Paris, 4 janv. 1952, *D.* 1952.112; Nantua, 21 juin 1952, *D.* 1952, som. 28; Civ. 17 juin 1953, *D.* 1953.896; Civ. 1re, juill. 1962, *B.* 1, nº 385, p. 332; Civ. 29 nov. 1977, *B.* 1, nº 449, p. 354.

(158) V. Voirin, *D.* 1928.2.170 : « nous croyons en effet qu'il serait immoral de tenir pour fautive une rupture de concubinage quelles qu'en soient les circonstances ».

mée (159). La concubine abandonnée sera *créancière* d'une indemnité en cas de faute initiale du concubin au moment de l'établissement de la relation. Ce péché originel peut consister soit dans une séduction frauduleuse (160), promesse de mariage (161), contrainte morale ou abus d'autorité (162), soit dans le fait d'inciter la femme à modifier sa situation (163), par exemple à divorcer (164) ou à quitter son emploi (165). La concubine est aussi *créancière* en cas de faute commise dans la « façon » (166), la manière (167) ou les circonstances ayant entouré la rupture (168). Elle est enfin *« bénéficiaire »* (169) d'une obligation naturelle (170) susceptible d'être novée en dette civile suite à une exécution spontanée et continue de cette obligation (entretien) (171) ou encore à une promesse de payer une somme d'argent (172) sans obligation civile, qui à la différence de l'obligation naturelle, se transmet aux héritiers (173).

42. La gestion d'affaires : Les relations intimes créent une promiscuité peu compatible avec la gestion d'affaires qui suppose l'absence, l'éloignement du maître (174). Aussi, n'est-ce pas un hasard si la créance de gestion d'affaire n'est retenue que dans les cas extrêmes, par exemple lorsque la concubine a réglé les funérailles de son concubin (175), confirmation de l'intuition doctrinale selon laquelle le concubinage n'est juridiquement visible qu'au moment de sa disparition (176).

43. L'enrichissement sans cause : Le concubin peut obtenir une indemnité par la voie subsidiaire de l'action de *in rem verso*. Seulement, les conditions de cette action sont draconiennes. Il faut d'abord un *enrichissement :* exemples dépenses énormes relatives à l'immeuble de l'autre (177), participation à la vie professionnelle (178) (la femme exploitant un café appartenant au concubin permettant à celui-ci de prospérer dans l'exercice d'une autre profession (179)). Il faut ensuite que l'enrichissement procuré ait entraîné au préjudice du demandeur un *appauvrissement* corrélatif, condition qui fait défaut si le demandeur a tiré – de la vie commune ou des dépenses effectuées – des avantages personnels, en espèces ou en nature : femme entretenue (180), logement (181), amélioration du cadre de l'habitat (182). Il faut enfin que l'enrichissement soit *sans cause*. La cause – exclusive de l'indemnité – peut résulter d'une contribution (non obligatoire, v. *supra*, n° 37) « aux dépenses de la vie courante et des loisirs » (183), d'une intention libérale (184), d'un accord verbal (185), d'un contrat de travail, d'une société de fait ou d'une gestion d'affaires (186) ou encore sur la base de l'apparence (187). A supposer que toutes ces conditions soient réunies, l'indemnité allouée ne dépassera pas le montant le plus faible correspondant à l'enrichissement ou à l'appauvrissement.

44. La prestation compensatoire : Ladite prestation – introduite en 1975 – est destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage – après divorce – créée dans les conditions de vie respectives des ex-époux (art. 270, C.C.). Elle a été étendue à une hypothèse non prévue : l'annulation du mariage (188). Pourra-t-elle s'appliquer, par analogie, après dissolution du concubinage? Si l'on a pu le proposer (189), c'est, sans doute, parce qu'elle consiste

---

(159) Civ. 3 mars 1964, *B.* 1, n° 123, p. 92 : « la situation, essentiellement précaire et instable, créée par l'union libre, étant susceptible de se modifier par la seule volonté de l'une ou de l'autre partie, le seul fait de la rupture par l'amant des relations d'apparence durables, nées d'entraînement réciproque, ne peut en principe, justifier l'allocation de dommages-intérêts ».

(160) « L'action en séduction (pure et simple) n'est pas admise en droit français », Amiens, 1er déc. 1881, *D.* 1882.2.119; Dijon, 27 mai 1892, *D.* 1893.2.103; Paris, 17 déc. 1920, *D.* 1921.2.59; CAPITANT, « Le permis de séduire », *D.H.* 1933, ch. 1.

(161) La promesse de mariage ne doit pas intervenir postérieurement à la séduction, Bourges, 6 juin 1881, *D.* 1881.2.117.

(162) Civ. 17 juin 1953, *D.* 1953.596.

(163) Seine, 11 mars 1927, *D.H.* 1927.262.

(164) ... puis la rendre enceinte avant de l'abandonner, délibérément sans le moindre motif, pour se marier à son insu, Paris 4 janv. 1952, *D.* 1952, *D.* 1952.112.

(165) Civ. 29 nov. 1977, *B.* 1, nos 449, 354.

(166) Paris, 5 févr. 1954, *D.* 1954.685; civ. 12 juill. 1955, *D.* 1955.736.

(167) Ex. « pression, intention de nuire, inconséquence, méchanceté, ingratitude manifeste », Paris, 28 mars 1985, *D.* 1985.I.R.281.

(168) Ex. : rupture accompagnée de coups, diffamation, injure, mauvaise publicité, v. NAST, *D.* 1935.2.43.

(169) Michèle GOBERT, « Essai sur le rôle de l'obligation naturelle », thèse Paris 1956.

(170) Req. 12 juin 1937, *D.H.* 1937.145; Civ. 6 oct. 1959, *J.C.P.* 1959.II.11305, n. Esmein (la femme ayant donné à son amant la meilleure partie de sa jeunesse); Civ. 16 oct. 1967, *J.C.P.* 1967.II.15287 (une femme ayant consacré toute sa jeunesse au *de cujus*).

(171) Paris, 19 janv. 1977, *J.C.P.* 1978, éd. N, 258.

(172) Dijon, 27 mai 1892, *D.* 1893.2.183; Nantua, 21 juin 1952, *D.* 1952, som. 28; *adde*, Rennes, 7 mars 1904, *D.* 1905.2.305, n. Planiol.

(173) Civ. 16 mai 1960, *B.* 1, nos 259, 212.

(174) Nice, 14 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985.2, som. 240.

(175) Civ. 18 juill. 1967, *J.C.P.* 1967.IV.139; Villefranche, 25 févr. 1993, *D.* 48.199.

(176) Comp. aussi l'obligation naturelle qui accède à la vie juridique au moment où elle meurt suite à une novation en une dette civile (n° 40).

(177) Paris, 14 janv. 1987, *D.* 1987.I.R.36.

(178) Quant aux travaux domestiques, v. Dijon, 7 févr. 1928.2.169, n. Voirin.

(179) Civ. 19 mai 1969, *B.* 1, nos 187, 150.

(180) Seine, 8 juin 1960, *D.* 1960, som. 125.

(181) Civ. 3 mars 1964, *B.* 1, nos 123, 92.

(182) Civ. 7 juill. 1987, *D.* 1987.I.R.189.

(183) Paris, 14 janv. 1987, *D.* 1978.I.R.36.

(184) *Ibid.* : « l'intention libérale paraissant exclue dans la mesure où l'intéressé a soigneusement conservé les documents justificatifs des règlements opérés ».

(185) Nice, 14 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985, som. 2, 241.

(186) Seine, 8 juin 1960, précité.

(187) Hauser et Huet-Weiller, t. 1, n° 49.

(188) Civ. 30 oct. 1990, précité.

(189) HAUSER et HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris 1991.490.

principalement, soit dans le versement d'une somme d'argent (rente ou capital), soit dans l'abandon de biens mais seulement en usufruit (art. 275, C.C.) et non en pleine propriété. La prestation compensatoire ne serait donc pas incompatible avec le concubinage qui, lui aussi, refoule le droit de propriété.

II. – Refoulement du droit de propriété

45. Critères de juridicité : Si l'on croit ceux qui associent la juridicité aux rites (190) et à la propriété (191), on comprendra pourquoi le concubinage, dépourvu de rites (défaut de célébration de l'union devant l'Officier de l'état civil), sera, dans une large mesure, privé de propriété, et n'accédera donc pas à la pleine juridicité. Plusieurs exemples illustrent la quasi-absence de la propriété concubinaire. Nous allons les évoquer avant d'examiner la question de preuve de la propriété mobilière qui fut le point de départ de cette note.

46. a) **Le vol :** Nous avons vu (*supra,* n° 20) qu'il n'y a pas de recel si l'un des deux époux, communs de biens, fait bénéficier son concubin ou sa concubine d'un bien dépendant de la communauté. En revanche, s'il n'y a pas de vol entre époux, il peut y en avoir entre concubins (192). Il a même été jugé que la soustraction frauduleuse d'un objet indivis par un concubin constitue un vol au préjudice de l'autre : en l'espèce, le concubin avait emporté avec lui divers meubles, appareils électro-ménagers et objets mobiliers acquis au cours du concubinage par la femme en son nom personnel mais avec des fonds communs (193).

47. b) **Absence d'acquêt commun :** Les époux sans contrat de mariage sont assimilés aux époux mariés sous le régime de la communauté. Ils partageront les acquêts communs c'est-à-dire tout bien acquis à titre onéreux pendant le mariage. Les biens des concubins sont séparés. Ceux acquis ensemble sont indivis.

48. c) **Absence de vocation successorale :** Les concubins, à la différence des époux, n'ont pas de vocation successorale. C'est qu'en absence du rite nuptial, ils ne sont pas unis par le pacte de vivre ensemble dans *l'attente de la mort.* Étranger aux parents de l'autre, le concubin décédé n'aura pas accès au caveau de la famille (194). Les pays qui reconnaissent aux concubins des droits

(190) Comp. Pierre Bourdieu, « Les rites d'institution », *in Ce que parler veut dire,* Fayard 1982.121.

(191) Simon-Nicolas-Henri Linguet, *Théorie des lois civiles,* 1767, réimprimé par Fayard, 1984.

(192) Crim. 17 févr. 1949.I.149, n. Lemercier; Com. 8 févr. 1993, *J.C.P.* 1993, n° 1452 (œuvres d'art).

(193) Crim. 27 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.607.

(194) Rapp. la solution admise pour la première épouse devenue étrangère au mari remarié, Debeaubrain, « La notion de tiers étrangers au contrat », *Annales des loyers,* 1977.494, note 29 *bis.*

successoraux exigent une cohabitation ayant duré pendant une certains période faisant ainsi du concubinage un contrat réel *(in re),* qui se renforce au fur et à mesure de son exécution alors que la vocation successorale est, partout, rattachée au seul fait spirituel du mariage qui produit tous ses effets même sans consommation (mariage blanc), ni procréation (couple stérile), ni vie familiale (mariage *in extremis*).

49. d) **Annulabilité des donations :** Il existe entre époux une quotité disponible spéciale avantageuse (art. 1094, C.C.) alors que les donations entre concubins ne doivent pas dépasser la quotité disponible ordinaire. Sur le plan fiscal, les vraies donations entre concubins (au-delà de l'obligation naturelle) sont plus lourdement taxées (60 %) que celles entre époux. Les donations entre conjoints sont révocables, celles entre concubins sont annulables. Certes, l'annulation pour immoralité de la cause (art. 1131, C.C.) est devenue très rare. Mais la preuve de la cause immorale peut se faire par tous les moyens, y compris par présomption. L'hypothèse de la preuve intrinsèque a été abandonnée depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 2 janvier 1907 (195). De plus, la nullité peut être prononcée pour d'autres raisons : par exemple indignité ou cynisme du bénéficiaire (196) ou parce que la donation est consentie sous condition potestative du maintien du concubinage, ce qui est contraire au principe d'irrévocabilité des donations (197). Notons que chaque époux peut disposer librement de ses gains et salaires. Il peut donc gratifier son concubin de libéralités prélevées sur ses revenus. Des restrictions s'imposent cependant. Il doit s'agir d'une libéralité modique ou d'un cadeau d'usage (198) ou d'une libéralité de gains et salaires non encore économisés (199). En tous cas, la remise par un homme marié à sa concubine d'une somme d'argent en vue de l'achat d'une maison d'habitation est considérée comme donation d'immeuble et non d'argent, donation annulée car réalisée avec des fonds communs en fraude des droits de l'épouse (200).

50. e) **Problème de l'attribution préférentielle. Hypothèses diverses :** L'attribution préférentielle est une modalité de partage destinée à éviter le morcellement des biens ou leur licitation. Elle permet à l'un des copartageants de conserver un instrument de production ou son lieu d'habitation. L'attribution préférentielle – compte tenu des intérêts en présence – n'est de droit que pour les petites exploitations agricoles (201). L'attribution préférentielle est

(195) Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, *Les obligations,* t. 1, « L'acte juridique », coll. Armand Collin, 1975, n° 270; Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation,* L.G.D.J., 1988, n° 717; Joanna Schmidt-Szalewski, *Droit des contrats,* Litec 1989, n° 240.

(196) Civ. 6 juin 1964, *Gaz. Pal.* 1964.I.215; De la Marnierre, « Un choix? Mariage ou concubinage », *J.C.P.* 1988.I.3326.

(197) Civ. 25 nov. 1986, *B.* I, n°s 280, 267.

(198) Paris, 19 nov. 1974, *D.* 1975.614, concl. Cabannes.

(199) Civ. 29 févr. 1984, *D.* 1984.I.R.271.

(200) Civ. 24 oct. 1977, *D.* 1978.290, n. Poisson Drocourt.

(201) Terré et Lequette, « Les successions, les libéralités », *op. cit.,* n° 944.

possible dans quatre cas : liquidation des successions (art. 382 C.C.) de la communauté conjugale (art. 1476 C.C.) ou de l'indivision après le décès d'un époux séparé des biens (art. 1542 C.C.) ou d'une société de fait (202). A défaut d'une vocation successorale ou d'un régime matrimonial, le problème de l'attribution préférentielle entre concubins se pose dans deux cas : indivision qui ne peut être que conventionnelle ou société de fait.

51. Suite : l'indivision conventionnelle : Concernant la première hypothèse, il a été jugé que « l'application préférentielle ne s'applique pas à l'indivision conventionnelle » (203). Aucun texte ne le prévoit, par exemple « au cas où après rupture de la vie commune, le concubin, resté seul dans les lieux, sollicite l'attribution de l'immeuble indivis » (204). Le juge pourra seulement donner acte au concubin qui ne s'oppose pas à la demande d'attribution préférentielle formulée par l'autre (205).

52. Suite : La société de fait : Reste donc la société de fait qui, pour ceux qui collaborent ensemble pour fructifier une entreprise commune sans formaliser un pacte social, est une technique de partage des bénéfices (ou des pertes) mais aussi et surtout un outil extraordinaire *d'appropriation* de l'actif qui peut se révéler important : café, restaurant, hôtel, licences, immeuble de rapport. En exploitant ensemble, sur le même pied d'égalité, un lopin de terre ou un fond de commerce appartenant à l'un des concubins, l'autre peut-il enfin partager l'actif, du moins, accéder, par sa seule force de travail, à la propriété (au besoin moyennant le paiement d'une soulte)? Mais encore faut-il d'abord affirmer l'existence d'une société de fait (plus exactement une société créée de fait, art. 1873 C.C.) entre concubins.

53. Nécessité de distinguer concubinage et société de fait : Très vite jurisprudence et doctrine ont affirmé, à juste titre, que concubinage et société de fait sont deux problèmes tous à fait distincts. Il peut y avoir « des concubinages sans société et des sociétés sans concubinage » (206). La société de fait est une pure question de fait (207). La société de fait est une relation patrimoniale et non une relation personnelle. L'association d'affaires est indépendante d'une « union d'ordre sentimental et affectueux dépourvue de tout caractère spéculatif » (208). On ne se place pas du côté du concubinage pour juger de l'existence d'une société de fait. Celle-ci ne résulte pas du simple concubinage (209) ni de la cohabitation (210) (peu importe alors que celle-ci soit stable ou non, adultère ou non (211), monogamique ou polygamique (212), ni de la participation aux dépenses communes (213).

54. Nécessité de vérifier les éléments constitutifs de la société de fait : La société de fait existera entre concubins (comme entre amis, frères et sœurs ou toutes autres personnes quelles qu'elles soient) si se trouvent réunis trois éléments : apport réciproque, participation aux bénéfices et aux pertes, *Affectio societatis* (214), lequel suppose une égalité (absence de subordination) intéressée pour le meilleur (bénéfices) et pour le pire (pertes). Cet *affectio societatis* (élément moral) qui doit préexister à la vie sociale la reflète, en réalité, et se dégage plus aisément de la constatation de deux autres éléments : apport et participation aux bénéfices et aux pertes (215).

55. De la neutralité à la réticence : La jurisprudence se montre neutre lors de l'examen de la participation aux bénéfices et aux pertes. Assumer le risque de précarité de l'union libre (v. *supra*, n° 39) n'implique pas d'accepter les risques des affaires. Aussi l'exploitation en commun d'un fond de commerce – appartenant au seul concubin – sans contribuer aux pertes, est-elle implacablement exclusive de la notion de fait (216). Ce n'est que lors de l'examen des apports que se dévoile la réticence de la jurisprudence à l'égard du concubinage. L'apport peut être en espèces, en industrie ou en nature. Or il a été jugé qu'une société de fait ne résulte pas d'une remise d'une somme d'argent (217), ni même d'un apport en industrie, l'activité du concubin et singulièrement celle de la femme étant considérée « gratuite par nature » (218) ou se situant « dans le cadre de celle d'une épouse ou d'une maîtresse aidant son mari ou son amant pour le décharger d'une partie de ses occupations » (219). La société-

(202) Civ. 4 nov. 1983, *B.* I, nos 256, 230 : « une concubine peut se voir attribuer préférentiellement l'immeuble construit en commun et dépendant de l'actif de la société de fait ayant existé entre elle et son concubin.

(203) Paris, 24 févr. 1987, *D.* 1987.I.R.76.

(204) Paris, 6 mai 1985, *D.* 1985, Flash n° 22; Prothais, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations d'affaires pécuniaires entre eux », *J.C.P.* 1990.I.3440, n° 57.

(205) Paris, 21 nov. 1986, *J.C.P.* 1987.II.20836, n. de la Marnière.

(206) Dhavernas, *D.* 1983.609.

(207) Nast, *D.* 1935.2.44.

(208) Paris, 12 janv. 1957, S. 1957.64; sur le rejet de l'analyse sentimentale, v. aussi Com. 27 juin 1961, *B.* 3, nos 297, 255.

(209) Seine, 8 juin 1960, *D.* 1960, som. 125.

(210) Com. 25 juill. 1949, *J.C.P.* 1950.II.5798, n. Bastian.

(211) Contre Civ. 14 févr. 1961, précité.

(212) Contre Montpellier, 8 juin 1982, précité.

(213) Civ. 23 juin 1987, *D.* 1987.I.R.169.

(214) Civ. 27 avr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978.2, som. 254.

(215) Davernas, *D.* 1983.611; *adde*, 4 nov. 1976, *B.* I, n° 328 rejetant la société de fait retenue par les juges de fond afin de condamner solidairement les concubins à payer les travaux effectués dans l'immeuble appartenant à l'un d'eux mais commandés par l'autre.

(216) Lyon, 1er mars 1948, *D.* 1948, som. 23; Com. 25 juill. 1949, *D.* 1949, som. 41; Com. 9 nov. 1981, *J.C.P.* 1982.IV.42; Com. 27 mars 1984, *J.C.P.* 1986.II.20530, n. Defossez (en l'espèce, le fond de commerce, propriété du concubin, portait le prénom de la concubine : « chez Huguette »).

(217) Com. 27 juin 1961, *B.* 3, n° 297.255; Lyon, 5 avr. 1948, *D.* 1948, som. 23.

(218) Dhavernas, 1983.611.

(219) Civ. 22 mars 1972, *B.* n° 95.84.

té de fait sera plus facilement admise en cas de création (220) d'un fond de commerce (et non d'une simple exploitation d'un fond de commerce appartenant à l'un seul des concubins) ou d'acquisition conjointe de biens – un immeuble par exemple (221) – ou d'apport de biens de part et d'autre (222). Ce n'est donc pas la société de fait qui conduira à la propriété entre concubins; c'est la propriété entre concubins qui conduira à la société de fait (223). Il faut avoir été déjà propriétaire pour pouvoir continuer à l'être. Il ne faut pas beaucoup espérer accéder, par sa seule force de travail, à la propriété de l'autre (224). Là encore, se manifeste avec éclat le refoulement du droit de propriété dans le concubinage (225).

56. f) **La clause d'accroissement :** Pour remédier à cette frustration on utilise ingénieusement la clause d'accroissement appelée aussi clause de reversion ou encore pacte tontine. La clause d'accroissement consiste dans l'acquisition en commun d'un bien (fond de commerce, appartement) avec attribution de l'entière propriété – sans versement en contrepartie – au survivant des coacquéreurs. Selon l'analyse la plus simplifiée, chacun est propriétaire de sa part sous condition résolutoire de son prédécès et de l'ensemble de la propriété sous condition suspensive de sa survie. Ce mécanisme aléatoire créant des chances réciproques symétriques des gains (gains de survie?) et de pertes (226) a pu traverser les siècles et triompher de tous les obstacles – et ils sont de

(220) Seine, 3 mai 1992, *D.* 1924, 2.9, n. R. Savatier; Req. 14 mars 1927, *D.H.* 1927.223 (les concubins ont exercé le double commerce de chiffoniers et de marchands de jouets dans les foires); Civ. 1cr déc. 1952, *D.* 1953.90 (apports en vue de constituer un actif commun); Rouen, 17 avr. 1985, *Gaz. Pal.* 1986.I.87 (transformation d'un café appartenant à la femme en restaurant grâce aux investissements réalisés par le concubin).

(221) Paris, 6 déc. 1940, D.A. 1941.43; Civ. 4 nov. 1983, *B.* I, nos 256, 230 (hypothèse où l'attribution préférentielle a été admise).

(222) Seine, 26 avr. 1934, *D.* 1936.2.43 (la femme apportait son mobilier personnel); De la Marnierre, *D.* 1983.523 et *J.C.P.* 1987.II.20836, note 4.

(223) Jadis une société universelle de gains existait entre concubins « mettant en commun leur mobilier et leur industrie » et vivant au « même feu, à la même table », Paris, 19 août 1851, *D.* 1854.2.84; Req. 12 nov. 1907, *D.* 1908.63.

(224) Les juges ne dissimulent pas leur réticence : Lyon, 5 avr. 1948, *D.* 1948, som. 23, « la coopération de la femme à la gestion de l'établissement même en qualité de patronne, ne montre en rien que son amant ait entendu mettre en commun avec elle le fond dont il était juridiquement le propriétaire exclusif, il ne montre pas davantage que se soit constituée entre eux, sous le couvert de ce concubinage d'une année, une communauté de fait analogue dans ses effets à celle qu'eût créé un mariage sans contrat préalable ».

(225) L'apport en industrie est mieux valorisé dans le mariage. Ainsi, la qualification de donation déguisée entre conjoint (ex. achat en commun d'un appartement financé par un seul des époux pour avantager l'autre) qui risquerait d'entraîner la nullité de la libéralité, est évitée par différents stratagèmes dont le recours à l'idée de remboursement des sommes fait par l'époux ayant financé l'opération « ne serait-ce que pour le travail ménager du bénéficiaire », v. De la Marnierre, *J.C.P.* 1987.II.20836; v. aussi Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1984.406 : « il y a comme une sorte de présomption irréfragable qu'il s'agit d'enrichissement causé par l'activité professionnelle ou ménagère du conjoint qui n'avait pas de ressources ».

(226) Civ. 26 avr. 1854, *D.* 1854.I.264.

taille! – qui s'y dressèrent. L'acquisition pour le compte du survivant (227) ou le recours à la rétroactivité de la double condition suspensive et résolutoire a éliminé la difficulté majeure tenant à la prohibition des pactes sur successions futures (le survivant n'étant pas l'ayant cause du prédécédé). La nature onéreuse de l'opération permet d'éviter les restrictions des libéralités entre conjoints (ex. nullité des donations irrévocables) ou entre concubins (ex. nullité des donations pour cause immorale). L'acquisition en commun du bien par le mari séparé de fait et par sa concubine, risque de léser la communauté (228). Mais le hasard qui peut faire échapper à la communauté la propriété du bien acquis avec des deniers de la communauté (en cas de prédécès du mari) peut l'y faire intégrer en cas de prédécès de la concubine, entraînant ainsi l'absolution de l'ensemble de l'opération (229). Soustrait, par l'habilité de la rédaction de la clause, à la succession du prémourant, susceptible de l'être à la communauté, le bien acquis avec clause d'accroissement, sera de fait (230) sinon de droit (231), inaliénable donc insaisissable, par conséquent, soustrait au gage général de chaque coacquéreur. Deux personnes peuvent alors s'unir pour acheter tous leurs biens avec stipulation d'accroissement « pour être à l'abri de toute poursuite de leur vivant » (232). La jouissance commune avec clause de reversion « exclut tout droit de partage » (233) malgré l'adage : nul n'est tenu de rester dans « l'indivision ». Curieux exemple où l'on échappe aux principes les plus fondamentaux par l'aléa, la spéculation et où le jeu (le pari sur la mort de l'autre) semble faire exception à toutes les règles. Cependant, l'affection – entre membres de la même famille ou entre concubins – exclut la spéculation (234) (à la différence du pacte tontinier proprement dit). Il n'y a pas de « pari macabre », seulement volonté d'organiser « l'avenir matériel de celui qui aura la chance de survivre mais le malheur de vivre seul » (235), de prémunir chacun contre l'infortune (236). Quant au jeu, il suppose un contrat,

(227) Morin, *La clause d'accroissement* (à propos de l'arrêt de la chambre mixte du 27 nov. 1970), *D.* 1971, ch. 55; *adde,* Civ. 3 févr. 1959, *D.* 1960.592, n. De la Marnierre.

(228) Aussi préconise-t-on que « le pacte tontinier » porte seulement sur l'usufruit, comp. Rubellin-Devichi, « La condition juridique de la famille de fait en France », *J.C.P.* 1986.I.3241, no 11.

(229) Henry, « Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial », *J.C.P.* 1987.I.3281, nos 9, 26, 31.

(230) Un tiers hésitera avant d'acquérir un bien affecté de la clause et dont il sera dépouillé en cas de prédécès de son vendeur.

(231) En cas de stipulation d'inaliénabilité.

(232) Raffray et Sénéchal, n. sous Civ. 27 mai 1986, *J.C.P.* 1987, éd. N. 166.

(233) Civ. 27 mai 1986 précité.

(234) Dumortier, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », *Rev. Trim. dr. civ.* 1987.667.

(235) *Ibid.,* 685.

(236) *Ibid.,* 689.

donc liberté d'y entrer et d'y mettre fin (237). Dans la clause d'accroissement, il y a aussi peu d'élément ludique que de liberté, les coacquéreurs étant « prisonniers » (238) de leur acquisition. Dès lors, la clause d'accroissement est diamétralement à l'opposé du concubinage. Même forcé d'entrer en concubinage, on est tout à fait libre d'en sortir par la répudiation (v. *supra*, n° 38). Par contre, si on est libre de stipuler une clause d'accroissement, on est forcé d'y rester jusqu'à la fin des jours du prémourant, toute demande de partage étant exclue. Curieuse indissolubilité du lien patrimonial qui se greffe sur la précarité du concubinage. La situation se complique quand vient le temps des brouilles et de la rupture. Le concubin abandonnant sa compagne, peut se désintéresser du remboursement du prêt ayant permis l'acquisition en commun du bien, pour se retrouver, par sa chance de survie, seul acquéreur du bien! Cependant, la propriété exclusive du survivant ne sera pas à l'abri de toute contestation portant sur l'aléa, « les circonstances de fait peuvent, en effet, réduire l'aléa, voire même l'anéantir complètement; ainsi en est-il de la différence d'âge ou de l'état de santé des coacquéreurs » (239). Encore une fois, la propriété entre concubins risque d'être aussi instable que leur situation. Cette instabilité est tragique quand l'acquisition était destinée à assurer un foyer au survivant.

57. g) **Le logement familial : absence de devoir pour l'épouse de cohabiter avec la concubine :** Le logement de famille suppose une habitation en rapport avec la condition sociale des époux et où se trouvent sauvegardées la sécurité et la dignité de chacun (240). Une jurisprudence constante refuse de considérer comme logement de famille le domicile où le mari entretient sa concubine (241). Spécialement ne peut être considéré comme tel, une pièce de neuf à dix mètres carrés où le mari vit en liaison avec une autre femme! (242). Non seulement l'épouse pourra alors se retirer dans une résidence séparée (art. 108 C.C.) – ce qui serait une mesure provisoire, face à un danger passager et ne mettant pas fin au *debitum conjugale* – mais aussi se dispenser de cohabiter avec son mari (sorte « d'astreinte personnelle ») (243), ce qui entraînerait la suspension du devoir conjugal, du régime matrimonial

(237) Huizinga, *Homo ludens*, Gallimard, 1951; Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, P.U.F. 1992.

(238) Henry, *op. cit.*, n° 33.

(239) Dumortier, *op. cit.*, 690; Pillebout, « A propos de la tontine et de la réversion », *J.C.P.* 1979, éd. N B 33, n° 7; comp. civ. 11 janv. 1983, *J.C.P.* 1984.II.20127, n. Boulanger.

(240) Req. 2 janv. 1877, *D.* 1877, concl. Onoffrio, *adde*, Bastia, 20 mai 1902, *D.* 1904.231; Req. 27 janv. 1908, *D.* 1908.I.154.

(241) Paris, 24 mai 1897, S. 1897.2.296; Bordeaux, 7 juin 1946, *D.* 1947.11; 16 févr. 1955, *J.C.P.* 1955.8768; Douai, 30 oct. 1961, *J.C.P.* 1962.II.12576.

(242) Paris, 28 oct. 1954.776.

(243) Rouland sous Toulouse, 30 juin 1961, *D.* 1961.324 : dispense de cohabitation admise alors que le mari vivait avec sa maîtresse en dehors du domicile conjugal, *contra* Civ. 1er juill. 1969, *D.* 1970.148, n. Le Calonnec, *Rev. trim. dr. civ.* 1970.156.

(art. 1442, al. 2; 262-1 C.C.) (244), du devoir de secours (245) et jusqu'au devoir de fidélité, l'adultère de l'un justifiant l'adultère de l'autre (246). Mais si la femme, en pareil cas, n'a pas l'obligation de rejoindre son mari, elle n'en conserve pas moins le droit. « Elle peut signifier à l'époux volage sommation de la recevoir, et même (sans risquer une poursuite pour violation de domicile) tenter de forcer sa porte... » (247). Rien ne s'oppose, en effet, à ce que la réintégration volontaire de l'époux innocent dans le logement familial voire dans le domicile de l'autre, s'effectue *manu militari* (248).

58. Accueil ou rejet de l'enfant de la concubine : L'accueil de l'enfant adultérin dans le foyer légitime est subordonné au consentement du conjoint (art. 334-7, C.C.). L'épouse peut refuser cet accueil. De même, elle peut prouver qu'elle n'a pas accouché de l'enfant inscrit dans l'acte de naissance comme étant le sien et que la femme qui a accouché au domicile du mari était la maîtresse de ce dernier (249).

59. Conservation du logement familial : Le conjoint a plus de possibilités de conserver le logement familial que le concubin. Ainsi, peut-il le conserver après veuvage s'il en est l'usufruitier (art. 1094-2, C.C.) ou en demander l'attribution préférentielle (art. 832 C.C.) s'il s'agit d'un bien commun (art. 1476 C.C.) ou d'un bien indivis (art. 1542 C.C.) même en l'absence d'une clause spéciale dans la convention d'indivis ou encore s'il est appelé à la succession en tant que propriétaire par legs ou institution contractuelle (250). Le concubin ne peut demander l'attribution préférentielle du logement que dans les cas suivants : société de fait (251); clause d'acquisition après décès prévue dans la convention d'indivision (art. 1873-13 C.C.); consentement de l'autre indivisaire lors de la rupture (252).

60. Droit au bail après divorce ou rupture de concubinage : Une femme divorcée peut se faire judiciairement concéder à bail le logement de la famille

(244) Manigne, « La communauté de vie », *J.C.P.* 1976.2803, n° 4.

(245) La faute peut justifier l'abandon du conjoint même malade, Civ. 20 nov. 1964, B. II, n° 740, p. 543.

(246) Créteil, 3 févr. 1977, *D.* 1978.I.R.20, n. Breton.

(247) Souquières, n. sous Civ. 11 mars 1959, *J.C.P.* 1959.II.11217. Mais il est interdit de forcer la porte du domicile du concubin même pour faire un constat de concubinage, Paris, 5 nov. 1981, *D.* 1982.342, n. Mossip.

(248) Civ. 27 janv. 1874, *D.* 1874.I.140. Ce qui est interdit, c'est de forcer à la réintégration, Brest, 9 juill. 1974, *D.* 1975.418, n. Prévault ou de permettre à l'époux « fautif » de gagner le domaine de l'autre.

(249) Aix, 25 nov. 1940, *D.C.* 1942.85, n. Holleaux; Brill, « L'article 322-1 du Code civil », *D.* 1976, ch. 81.

(250) Grimaldi, « Le logement de la famille », *Defrénois*, 1983, art. 33-30 sp. 1109 et s.; Chartier, « Domicile conjugal et vie familiale », *Rev. tr. dr. civ.* 1971, sp. 576 et s.; Civ. 7 juin 1988, *D.* 1989.141, n. Breton : attribution préférentielle même si « l'indivision a pris naissance par une convention antérieure au mariage ».

(251) Civ. 4 nov. 1993, *B.* I, nos 256, 230.

(252) Paris, 21 nov. 1986, *J.C.P.* 1987.II.20836, précité.

appartenant à son ex-conjoint si le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune (art. 285-1, al. 2, C.C.) ou si l'un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement et ce jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants (art. 285-1, al. 1, C.C.) (253). Dans le dernier cas, elle n'est pas déchue de ce droit au bail alors qu'elle vit en concubinage. Un tel droit au bail est refusé aux concubins après rupture de la liaison.

61. Droit au bail après décès : Le droit au bail continue au profit du concubin après décès de l'autre (art. 14, loi 6 juill. 1989). De même, le propriétaire peut exercer son droit de reprise pour faire loger son concubin, germe de solidarité dans le concubinage (art. 15, loi du 6 juill. 1989). Mais alors que le conjoint survivant qui, ni usufruitier, ni copropriétaire du logement, dispose contre la communauté d'un droit au logement pendant neuf mois (art. 1481 C.C.), le concubin survivant peut être forcé à quitter les lieux.

62. L'expulsion de la concubine : Le locataire de mauvaise foi qui ne paye pas le loyer, s'il ne bénéficie pas d'un délai de grâce, peut toutefois compter sur l'inertie des forces de l'ordre et sur l'ineffectivité des décisions judiciaires d'expulsion (254). La concubine, qui a mené une vie exemplaire de dévouement, devient au décès du propriétaire, son compagnon, un occupant sans titre sommé de déguerpir sur le champ. « En faisant procéder à l'expulsion de la concubine et en lui demandant paiement d'une indemnité d'occupation, les héritiers ne font qu'user des droits reconnus par la loi à tout propriétaire et ces procédures, quoiqu'inélégantes, ne sont ni malicieuses ni abusives » (255). Le droit de propriété est le plus individualiste des droits. Le logement, jadis enceinte de célébration du culte des morts est, par excellence, le lieu de l'intimité et de l'isolement. La propriété des citoyens, concentrée pour l'essentiel sur le logement, a pour corollaire le rétrécissement du noyau familial. La propriété du logement – sommet de la juridicité – ne s'accommode que d'une conception très restrictive de la famille. D'où le rejet du *domus,* sacré et exclusif de tout ce qui n'est pas soi. Encore une fois, le concubin est privé de la propriété, de la jouissance de l'immeuble et des meubles meublants.

63. h) **La preuve de la propriété mobilière :** C'est le problème qui a motivé cette étude : la preuve de la propriété des meubles entre concubins. Mais d'abord sera examinée la preuve de la propriété mobilière en général.

1. – La preuve de la propriété mobilière

64. La charge de la preuve : Lorsque deux personnes se disputent un meuble, le juge ne peut pas les renvoyer dos à dos sous peine de commettre un déni de justice (256). Il ne peut pas non plus, sans autres recherches, déclarer ce bien indivis et le partager entre les litigiants au motif que la possession de deux personnes est équivoque. Car la possession équivoque, si elle évince certes l'article 2279 du Code civil (on verra dans quel sens) est sans influence sur l'article 1315 exprimant l'adage : *Actori incubit probitie.* C'est au demandeur d'apporter la preuve du bien-fondé de sa prétention, en l'occurrence, de sa propriété, sinon il perd le procès.

65. Les moyens de preuve : La propriété mobilière peut être prouvée par le titre ou par la possession qui, selon l'article 2279 du Code civil, vaut titre. Le titre résulte par exemple d'une facture (257), d'un inventaire (258), d'une dédicace des livres ou des lettres du donateur adressées au donataire (259). La possession consiste dans la main mise sur la chose *(corpus)* à titre de propriétaire *(animus domini).*

66. Les deux fonctions de la possession au sens de l'article 2279 du Code civil : L'article 2279 du Code civil dispose « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Traditionnellement, on dégage deux fonctions de cet article (260), *acquisitive et probatoire.* La fonction **acquisitive** joue en cas d'acquisition *a non domino,* c'est-à-dire à un non-propriétaire. L'acquéreur de bonne foi (arg. art. 1141 C.C.) d'un bien corporel *a non domino* en devient propriétaire instantanément dès son entrée en possession. La possession *vaut titre,* tient lieu de titre, constitue en soi un titre nouveau distinct de celui que l'acquéreur tient de son auteur (261). La fonction acquisitive a un caractère purgatoire. Dans le conflit qui éclate entre l'acquéreur et le véritable propriétaire, elle purge tous les vices qui entachent la chaîne intermédiaire de transmission du bien : annulation, résolution du contrat, révocation de la donation, abus de confiance, escroquerie, etc. L'article 2279 du Code civil a ensuite une fonction **probatoire** qui joue en cas d'acquisition **a domino.** Elle fait présumer l'existence et la régularité de l'acquisition (ex. don manuel). Elle dispense alors – dans un premier temps – de la preuve du titre dans le conflit qui oppose le possesseur à son auteur (ou ses ayants cause), propriétaire véritable (ou prétendu tel) qui exerce l'action réelle de revendication ou l'action personnelle en vertu d'une obligation de restitution née du contrat ou du délit (262). En réalité, la fonction acquisitive traduit l'application directe de l'article 2279, la fonction probatoire concerne une hypothèse non envisagée par cet article et exprime son application par analogie (sur la différence entre application directe et analo-

---

(253) Civ. 8 juill. 1981, *B.* II, n^{os} 149, 96.

(254) Sur l'effectivité des décisions de justice, v. *Trav. Ass. Capitant,* t. 36, Economica 1985.

(255) Paris, 27 avr. 1987, *D.* 1987.I.R.123.

(256) Civ. 16 avr. 1970, *D.* 1970, *J.C.P.* 1970.II.16459.

(257) Civ. 28 janv. 1953.I, *Gaz. Pal.,* 1953.I.218.

(258) Paris, 23 juin 1937, *D.H.* 574 : inventaire en présence d'enfant du premier lit ou lorsque l'homme demeure débiteur de son ex-femme.

(259) Paris, 3 oct. 1990, *Gaz. Pal.* 1991.I.113, n. Frémond.

(260) Ces deux fonctions sont constamment rappelées par les auteurs, Donnier, n. sous Civ. 2 mars 1976, *D.* 1977.354.

(261) Alex Weill, *Droit civil,* « Les biens », 406.

(262) L'action en revendication – à la supposer imprescriptible – peut s'exercer malgré l'extinction de l'action personnelle ou l'inexistence de celle-ci en raison de l'incapacité de l'acquéreur (art. 1926 C.C.) ou l'absence de relations contractuelles avec lui (v. Weill, p. 43).

gique du texte, v. *supra,* nos 29 et s.). On peut aussi distinguer effet absolu et effet relatif de la possession.

67. La force probante : a) **L'effet absolu de la possession. La présomption irréfragable de propriété :** La seule possession de bonne foi d'un bien corporel acquis *a non domino* équivaut au titre de propriété. Le fait crée le droit, fait exception à un principe d'évidence : « *Nemo plus juris...* » (263) et dénie l'action en revendication (264). L'effet de la possession est immédiat. Il est absolu. Le possesseur est présumé irréfragablement propriétaire. La preuve contraire est interdite. Ainsi il est interdit au revendiquant de prouver, *contre* la présomption, qu'il est le véritable propriétaire (265). Il lui est également prohibé d'exercer l'action personnelle en restitution. En effet, l'obligation de restitution est née soit d'un contrat, soit d'un délit. Or il ne peut y avoir d'obligation contractuelle de restitution en l'absence de toute relation directe entre le revendiquant et le revendiqué. Il n'existe pas non plus une obligation de restitution née du délit sauf en cas de dépossession involontaire du propriétaire originaire suite à un vol ou une perte de moins de trois ans (si l'acquéreur actuel est de bonne foi, art. 2279, al. 2). L'obligation de restituer ne peut résulter ni d'un abus de confiance (266), ni d'une escroquerie (267). L'action en revendication est seulement possible en établissant (*en dehors* de la présomption) soit un vol ou une perte de l'objet de moins de trois ans (hypothèse qui ne sera pas examinée ici) (268), soit une circonstance de nature à détruire l'existence de la possession ou affecter ses qualités.

68. Circonstances destructrices de l'existence de la possession : Il s'agit de toutes circonstances qui anéantissent la possession dans ses deux éléments : matériel et moral. L'élément matérel consiste dans la mainmise, réelle, continue, paisible sur la chose *(corpus)*. L'élément moral signifie de se comporter de bonne foi comme propriétaire *(animus domini)*.

69. Circonstances destructrices de l'élément matériel de la possession... La possession réelle... : La possession est, comme la rétention, un fait, une notion réelle et même physique, charnelle, rustique, rendant irrecevable toute définition stipulative (269) (c'est-à-dire conventionnelle sans égard à la nature des choses) et qui suppose une tradition effective (transmission de la main à la main) et non fictive ou feinte à travers une simple remise de lettres de voiture et

(263) La nulleté de la vente de la chose d'autrui est écartée, Civ. 12 déc. 1921, *D.* 1922.I.28.

(264) Req. 21 nov. 1927, *D.* 1928.I.172.

(265) *Rapp.* Bricourt sous Req. 21 nov. 1927, *D.* 1928.I.172.

(266) Civ. 6 juill. 1886, *D.* 1887.I.25.

(267) Civ. 19 janv. 1928, *D.* 1929.I.45.

(268) Civ. 1er juin 1977, *B.* 1, nos 2, 61, p. 206; Civ. 10 mai 1950, *D.* 1950.429 (une pouliche appartenant à Dame Poulet).

(269) Sur la différence entre définition réelle et définition stipulative, Franco Bonsignori, *Concetto di diritto e validità giuridice,* Milano 1985.127. *Adde* sur les définitions en droit, *Rev. de la Rech. Jur.* 1984.4.1013 et s.; 1986-4, 11 et s.

récépissés qui représentent symboliquement des marchandises (270) ou encore la remise de carte grise de véhicules qui est un document administratif (271).

70. ... La possession continue... : La discontinuité vicie la possession immobilière mais n'affecte pas la possession mobilière. Celle-ci crée instantanément la propriété, sans condition de durée. Cependant, il est admis que la propriété s'éteint par le dessaisissement volontaire de l'acquéreur de bonne foi en faveur du propriétaire originaire notamment en lui restituant, sur invitation des policiers, l'objet volé (272). Cela a pu surprendre car le possesseur était devenu propriétaire. Et la propriété ne cesse pas en cas de non usage même prolongé. Mais il ne faut pas oublier que la propriété de l'article 2279 du Code civil est fondamentalement *causée* par la possession. La disparition de la cause (la possession) entraîne celle de l'effet (la propriété) (273).

71. ... La possession paisible... : La violence transforme la possession en usurpation (274). Elle démolit donc l'élément matériel de la possession mais aussi son élément moral en constituant l'acquéreur *a non domino* de mauvaise foi.

72. Circonstances destructrices de l'élément moral de la possession : L'élément moral de la possession est composé de la bonne foi de l'acquéreur et du fait de se comporter en propriétaire *(animus domini)*.

73. ... La bonne foi... : La bonne foi, présumée et appréciée au moment de l'acquisition (275), consiste dans la croyance de l'acquéreur de traiter avec le véritable propriétaire (276). Elle cesse à défaut de cette croyance ou en présence de soupçons sur l'origine de la propriété. Ainsi, l'acquéreur est de mauvaise foi s'il « ferme les yeux » alors qu'il tire de l'opération des avantages insolites (277) : ex. : acquérir une automobile sans la payer (278) ou un tableau de maître (Toulouse-Lautrec (279)) à un faible prix, ou une œuvre d'art non encore entrée dans le commerce telle une toile inachevée sur laquelle le peintre n'a pas exercé son droit de divulgation, comme ne pouvait l'ignorer tout marchand de tableaux (280) ou un objet entré dans le commerce mais

(270) Alex Weill, *op. cit.* 414, no 2.

(271) Riom, 1er déc. 1947, S. 1948.2.193, n. Lemercier : en l'espèce, il y a eu remise de la carte grise et du véhicule.

(272) Civ. 11 juin 1950, *D.* 1950.125, n. Lenoan; Civ. 3 mai 1960, *Gaz. Pal.* 1960.2.69.

(273) Comp. Muller, « L'acquéreur de bonne foi d'un meuble, *Rev. tr. dr. civ.* 1989.6.97 : l'auteur explique cette conséquence par l'idée de propriété conditionnelle.

(274) A propos d'une altercation, v. Crim. 28 oct. 1991, *D.* 1993, som. 34, n. Robert.

(275) Crim. 24 nov. 1977, *D.* 1978.42, n. Kehrig; *Gaz. Pal.* 1977, 2.262, n. P. M.

(276) Civ. 23 mars 1965, *B.* I, no 206, p. 151.

(277) Civ. 11 janv. 1937, *D.H.* 1937.97.

(278) Dijon, 2 déc. 1942, *D.C.* 1944, n. Lalou.

(279) Civ. 16 juin 1971, *D.* 1971.566.

(280) Orléans, 17 mars 1965, *Gaz. Pal.* 1965.45.

avec clause de réserve de propriété (281). De même, la femme ne pouvait ignorer l'absence de droit de son auteur, son mari, qui a acheté avec clause de réserve de propriété, douze volumes de la collection « chefs-d'œuvres de Shakespeare » (282).

74. ... L'*animus domini*... : L'*animus domini* consiste dans le fait de posséder pour son propre compte. Posséder pour le compte d'autrui transforme la possession en détention précaire, expression aussi pléonasmatique que celle de possession réelle. La précarité qui interdit de conserver la chose contre la volonté de son cocontractant, n'empêche pas le gagiste (pourtant tenu à restituer) ayant traité *a non domino,* d'opposer son droit réel au tiers, véritable propriétaire (283).

75. Circonstances affectant la qualité de la possession... La clandestinité... : Chaque fois que la clandestinité était retenue, pour exclure l'article 2279 du Code civil, elle affectait plutôt l'existence même de la possession en détruisant la bonne foi du possesseur (284). En matière mobilière, la clandestinité n'est pas en soi un vice affectant la qualité de la possession. Pourquoi? Parce que la possession des meubles est intimiste (285) : « Il n'est pas d'usage d'afficher ses titres de rente à la fenêtre et peu nombreux sont les particuliers qui exposent leurs tableaux dans les galeries d'art » (286). Il était jugé que « la détention de titres au porteur, non susceptibles d'usage commun, dans un coffre loué sans dissimulation, n'est pas de nature à vicier la possession » (287). Il n'y a pas non plus de vice dans la détention par un Israélite, pour échapper aux spoliations nazies, d'objets d'art (livres, estampes, tableaux de maîtres impressionnistes) dans un coffre de banque (288).

76. ... L'équivoque... : L'équivoque est le vice le plus fréquemment invoqué surtout dans les conflits opposant le possesseur à son auteur. Elle résulterait de la cohabitation avec parents (289), domestiques (290), secrétaires (291)

(281) Com. 11 mai 1993, *D.* 1993.I.R.145.

(282) Civ. 4 avr. 1984, *B.* I n° 130, p. 108, v. en sens contraire dans la même affaire, Civ. 13 févr. 1980, *D.* 1980.491, n. Robert.

(283) Civ. 19 janv. 1928, *D.* 1929.I.45; *adde,* Com. 28 nov. 1989, R. 4, n° 300, p. 202; gage opposable au vendeur avec clause de réserve de propriété sauf si le vendeur avait conservé la maîtrise de la chose, Com. 13 févr. 1990, *B.* 4, n^{os} 45, 38.

(284) Req. 5 avr. 1890, *D.* 1891.I.388.

(285) Planiol, n. sous Nancy, 30 déc. 1891, *D.* 1892.2.441.

(286) Mimier, n. sous Pithiviers, 3 nov. 1943, *D.* 1944.135.

(287) Civ. 11 juin 1991, *B.* I, n^{os} 199, 130.

(288) Paris, 3 oct. 1990, *Gaz. Pal.* 1991.I.113, n. Frémond.

(289) Entre oncle et nièce, Req. 16 janv. 1901, S. 1902.I.85; entre mère et fils, Req. 21 juin 1911, S. 1912.I.8.

(290) Civ. 24 avr. 1866, *D.* 1866.I.347.

(291) Un secrétaire d'un homme de lettres, Paris, 19 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985.I, som. 32.

ou entre conjoints (292) ou... concubins (question qui sera examinée plus loin). Selon une opinion largement partagée par la communauté des juristes, le vice d'équivoque rend inapplicable l'article 2279 (293). Le possesseur équivoque perd la propriété et doit restituer le meuble. Ainsi l'équivoque qui n'est qu'un vice affectant seulement la qualité de la possession, serait assimilée aux circonstances qui détruisent l'existence même de la possession à l'instar de la mauvaise foi. Or, comme le dit excellemment la 1re chambre civile de la Cour de cassation le 13 juin 1963, ce vice d'équivoque est sans relation avec la mauvaise foi, « l'équivoque supposant le doute dans l'esprit des tiers mais non dans celui du possesseur » (294). Logiquement, le vice d'équivoque n'est pas une preuve d'inexistence mais d'imperfection de la possession. S'il évince l'article 2279 du Code civil dans sa fonction acquisitive, il ne doit pas automatiquement dénier tout effet à la possession (fonction probatoire). Le vice transforme la possession parfaite en possession imparfaite, la présomption irréfragable de propriété en présomption simple, l'effet absolu de l'article 2279 du Code civil en effet relatif avec possibilité d'application analogique de ce dernier.

77. L'effet relatif de la possession. La présomption simple de propriété : L'article 2279 du Code civil envisage une seule et unique situation : possession parfaite de l'acquéreur du meuble corporel *a non domino,* le conflit opposant le possesseur au véritable propriétaire. L'article 2279 cesse de recevoir application directe dans tous les autres cas : possession imparfaite de l'acquéreur *a non domino* ou encore lorsque le conflit oppose le possesseur à son auteur (ou ses ayants cause), que la possession soit parfaite ou non. En pareilles hypothèses, la possession ne constitue plus une présomption irréfragable de propriété (application directe de l'article 2279 du Code civil, fonction dite acquisitive) mais une présomption simple (application analogique, fonction dite probatoire) susceptible d'être renversée par la preuve contraire.

78. Première hypothèse : possession imparfaite de l'acquéreur *a non domino* : Si le véritable propriétaire réussit à détruire l'élément matériel ou moral de la possession, il gagne aussitôt le procès. S'il a seulement réussi à démontrer l'imperfection de la possession (l'équivoque), il doit, contrairement à l'opinion dominante, continuer le combat judiciaire. Il ne peut certes pas faire état d'une obligation de restitution née du contrat en l'absence de toute relation contractuelle avec le défendeur. Il peut, en revanche, exercer l'action en revendication quelles que soient les circonstances de sa dépossession. Il peut donc faire état non seulement du vol ou de la perte de la chose (cas envisagés dans l'art. 2279

(292) Paris, 23 janv. 1937, *D.H.* 1937.574; Civ. 16 juin 1971, *B.* I n^{os} 167; Civ. 7 déc. 1977, *B.* I, n^{os} 469, 372.

(293) Ex. Weill, *op. cit.,* p. 430 « en démontrant que la possession est entachée de l'un de ces vices (dont l'équivoque), le demandeur écartera la présomption que le possesseur voulait en déduire ».

(294) Civ. 13 juin 1963, *B.* I, n^{os} 317, 268.

C.C.) mais aussi d'abus de confiance ou d'escroquerie dont il était victime. La poursuite du combat s'impose tant que l'on n'a pas établi son propre titre et l'absence de titre de l'adversaire. En effet, on ne saurait dépouiller un possesseur, fût-il équivoque, si l'on ne démontre pas que l'on est soi-même propriétaire, pas plus qu'on n'arrache un enfant à ses parents bénéficiaires d'une possession d'état ambiguë, si l'on ne prouve pas la filiation véritable (du moins la plus vraisemblable, art. 311-12, C.C.) de l'enfant.

79. Deuxième hypothèse. Conflit entre le possesseur et son auteur (ou ayants cause) : Le conflit peut éclater entre le possesseur et son auteur (ou ses ayants cause) c'est-à-dire la personne dont il a tenu directement la chose (contrat, délit, invention du trésor...). Cette hypothèse – non envisagée par l'article 2279 du Code civil – présente des points communs et des points de divergence avec la situation visée par cet article.

80. Points communs entre cette hypothèse et la situation visée par l'article 2279 du Code civil : Entre les deux situations, il existe des points communs, ce qui autorise l'analogie : dépossession volontaire du demandeur et possession du défendeur. L'analogie consiste dans les deux cas dans la dispense de preuve (295). Le possesseur *a domino* (comme le possesseur *a non domino*) n'est pas tenu de faire état de son titre, par exemple d'un acte translatif (296). « Celui qui possède la chose qu'il prétend avoir reçue à titre de don manuel n'a pas, en principe, à faire la preuve de ce don » (297). « En se prétendant gratifié par un don manuel, le possesseur allègue une défense inutile » (298).

81. Points de divergence entre cette hypothèse et la situation visée par l'article 2279 du Code civil : En revanche, les deux situations présentent quelques points de divergence : 1) Le conflit envisagé par l'article 2279 éclate entre le possesseur qui a reçu la chose d'un non-propriétaire et le véritable propriétaire. Cet article ne concerne pas le conflit entre le possesseur et son auteur direct. 2) L'article 2279 suppose la bonne foi du possesseur qui croyait traiter avec le véritable propriétaire. Cette bonne foi n'a pas à être exigée dans l'hypothèse où le possesseur traite avec le véritable propriétaire et ne se trouve donc pas victime d'une quelconque erreur (299). 3) Le créancier gagiste – détenteur précaire –, s'il a contracté *a non domino* peut opposer l'article 2279 au véritable propriétaire mais non s'il a eu affaire avec ce dernier. Ces points de divergence écartent l'application directe de l'article 2279 au profit d'une application analogique – pouvant avoir lieu en raison des points communs – laquelle analogie ne peut être que pondérée comme on l'a vu précédemment à propos de la distinction entre l'application directe et analogique des textes (v. *supra*, n° 33). La présomption irréfragable cède à la présomption simple (300), susceptible d'être renversée par la preuve contraire. Et c'est là une 4e différence entre les deux cas. L'article 2279 du Code civil dans sa fonction acquisitive est situé dans une zone ultra-sensible où la possession crée la propriété. Il est donc évincé dans son application directe, dès le moindre soupçon sur la qualité de la possession. La seule preuve de l'imperfection de la possession permet d'écarter l'effet absolu de la possession : la présomption irréfragable de propriété (à plus forte raison la preuve de l'inexistence de la possession), alors qu'il ne suffit pas, contrairement à ce que l'on pense, de prouver l'imperfection de la possession pour lui dénier tout effet probatoire. La possession peut encore avoir un effet relatif et jouer comme présomption simple de propriété. Quels sont les moyens permettant de combattre cette présomption simple?

82. Les moyens de combattre la présomption simple : Doctrine et jurisprudence font état de trois moyens pour combattre la présomption simple : preuve de l'absence de titre du défendeur; obligation de restituer née d'un délit ou d'un contrat; caractère équivoque de la possession (301).

83. ... L'absence de titre... : Si le demandeur parvient à prouver l'absence de titre du défendeur, « ainsi lorsque les héritiers établissent l'animosité du prétendu donateur à l'encontre du possesseur », il gagne le procès (302).

84. ... L'obligation de restituer... : Elle résulte d'un délit (escroquerie, abus de confiance, fraude... pour rester dans l'hypothèse de la dépossession volontaire; le vol et la perte de la chose qui impliquent dépossession involontaire étant envisagés par l'art. 2279, al. 2 C.C. ou d'un contrat : ex. dépôt (303), dépôt-vente (304), bail (305), prêt (306)... Si le demandeur parvient à prouver la précarité de la détention, il appartiendra au possesseur de prouver l'interversion du titre (souvent don manuel) (307). Si le possesseur succombe dans cette preuve, le demandeur gagne le procès.

85. ... Le vice d'équivoque... : Le possesseur cesse-t-il d'être défendeur dès que le revendiquant établit le vice de possession? On l'affirme souvent à la suite de certaines décisions anciennes (308), assimilant ainsi, à tort, l'imperfection de la possession à son absence. La doctrine classique serait donc partisan du

---

(295) Pau, 1er avr. 1890, *D.* 1891.2.232; Civ. 18 janv. 1954, *B.* I, nos 23, 18; Civ. 16 juin 1971, *B.* I, nos 199, 167.

(296) Civ. 7 févr. 1952, *B.* I, nos 91, 81.

(297) Civ. 28 avr. 1986, *B.* I, nos 106, 108.

(298) Riom, 1er déc. 1947, *op. cit.*, la réflexion est inspirée de Planiol, *D.* 1892.2.442, C.C.

(299) Civ. 8 déc. 1987, *B.* I, nos 338, 243.

(300) Angers, 1er juill. 1947, *D.* 1947.421, à ne pas confondre avec une décision ancienne jugeant que, dans tous les cas, la présomption établie par l'art. 2279 est une présomption simple (Nancy, 30 déc. 1891, *D.* 1892.2.441, n. Planiol), ce qui est évidemment inexact.

(301) Paris, 1er avr. 1890, *D.* 1891.2.232.

(302) Alex Weill, *op. cit.* 431.

(303) Civ. 21 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978.2, *Pan.* 337; Civ. 25 févr. 1981, *B.* I, nos 107.82, dépôt « conformément aux usages des orfèvres et bijoutiers ».

(304) Paris, 23 janv. 1991, *D.* 1991, som. 306, n. Robert.

(305) Civ. 8 déc. 1987, *B.* I no 338.243.

(306) A propos de bijoux de famille, Civ. 20 juin 1961, *D.* 1961.641, n. R. Savatier.

(307) Civ. 7 févr. 1962, *B.* I, nos 91, 81.

(308) Toulouse, 30 juin 1890, *D.* 1891.2.328; Lyon, 12 mai 1932, *D.H.* 1934, som. 23; Civ. 21 oct. 1929, *D.* 1931.I.56. Possession équivoque, le défendeur cesse d'être protégé.

tout (possession parfaite avec double fonction acquisitive et probatoire) ou rien (possession imparfaite sans aucune fonction même probatoire, à titre de présomption simple de preuve). Or, logiquement le vice d'équivoque est une preuve non d'inexistence mais d'imperfection de la possession. L'article 2279 du Code civil n'exige la possession parfaite que dans sa fonction acquisitive, pour son application directe mais non dans sa fonction probatoire, pour son application analogique, essentiellement pondérée suivant le degré de similitude entre la situation prévue et celle non prévue. Il n'est de présomption irréfragable de propriété que fondée sur une possession parfaite. La présomption simple, tolérant la preuve contraire, peut, en revanche, être plus ou moins caractérisée. Une fois que l'on est sorti de l'unique hypothèse envisagée par l'art. 2279 (acquisition *a non domino*) c'est-à-dire de la présomption irréfragable (fonction acquisitive), la possession, même imparfaite, peut jouer comme présomption simple, comme toute autre présomption de l'homme. Une preuve insuffisante n'est pas une preuve nulle! (309) sinon on n'admettra au prétoire que l'écrit, l'aveu et le serment décisoire (et encore... ces modes de preuve sont-ils toujours concluants?) Certes, les tribunaux ont tendance à donner gain de cause au demandeur qui, après avoir réussi à ébranler la possession du défendeur, parvient à établir sa propriété antérieure. Mais cela ne signifie pas que toute possession imparfaite soit systématiquement sans aucune valeur probatoire. La jurisprudence s'explique aisément : « Il est naturel que la possession ancienne, mais parfaite, l'emporte sur la possession nouvelle, mais imparfaite, quand on n'établit pas l'origine de celle-ci. Une présomption plus forte l'emporte sur une présomption moins forte, voilà tout. Mais, si la possession du revendiquant n'offre pas elle-même toutes les qualités requises, présomption contre présomption, des possessions plus ou moins vicieuses ayant été exercées de part et d'autre à des époques différentes, celle des possessions qui sera la moins vicieuse, la « plus pleine », devant triompher, ce ne sera pas nécessairement celle du revendiquant, encore que le détenteur actuel ne fasse pas voir la source de la sienne » (310). La possession imparfaite – affaiblie mais non détruite – est, donc, à ranger parmi les présomptions de l'homme.

86. ... Autres présomptions de l'homme... : La présomption de propriété tirée de la possession peut être remplacée ou consolidée par d'autres présomptions de l'homme... Ex. : épreuve de mémoire sur un animal (311)..., assurance du mobilier prise par l'un des époux (312)... le caractère ancien des meubles faisant présumer leur appartenance plutôt à la mère qu'au fils (313)..., le

(309) Comp. DIENER, *D.* 1978.392 : « Une possession insuffisamment caractérisée n'a aucun effet probatoire. »

(310) Mimin., n. sous Pithiviers, 3 nov. 1943, *D.C.* 1944.137.

(311) Grenoble, 20 juill. 1949, *D.* 1952.551, n. Gervésie (comp. sur une épreuve d'affection d'un chien, le film Josepha, de Christopher Frank).

(312) Paris, 23 juin 1937, *D.H.* 1937.574, en l'espèce, cette présomption ne fut pas retenue car l'épouse ne justifiait pas de ressources personnelles.

(313) Colmar, 8 juill. 1960, *D.* 1961.299.

maître du logis, propriétaire ou locataire, est présumé propriétaire des meubles (314). Mais il s'agit toujours d'une présomption simple susceptible de pondération (315) et de preuve contraire (316). Les propriétaires indivisaires d'un immeuble étaient déclarés propriétaires d'un objet qui y était laissé par l'un d'eux (317). Dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles – qui est à l'origine de la présente étude – les meubles garnissaient l'appartement commun. Pourtant, la Cour n'a pas considéré ces meubles comme des biens indivis.

2. – Situation des concubins

87. Déficience du système immunitaire des concubins : Les concubins sont privés, pour paraphraser Jhering, « des ouvrages avancés » de défense et de protection de leur ménage. Exemples : Il n'y a pas d'immunité en cas de vol entre concubins (v. *supra,* n° 45), l'article 215, alinéa 3 qui interdit à chaque époux de disposer seul des meubles garnissant le logement de la famille ne concerne pas les concubins. L'article 220-1 du Code civil qui a pu être utilisé par un conjoint pour réclamer la restitution du mobilier (318) ne s'applique pas aux concubins. Ces derniers seront en peine de solliciter que leur soit appliqué par analogie l'article 1538, alinéa 3 du Code civil qui crée une présomption d'indivision entre les époux séparés de biens. En revanche, l'article 2279 du Code civil leur sera applicable directement.

88. Application directe de l'article 2279 du Code civil aux concubins : Un homme remet à son fils, lors du mariage de celui-ci, du mobilier destiné à l'installation du jeune ménage. Le fils remet ce mobilier à sa maîtresse en simulant une vente à celle-ci. Le père a pu valablement revendiquer ce mobilier, resté sa propriété, et dont le transfert dans l'appartement de la maîtresse n'avait d'autre but que de le détourner (319). Le même raisonnement peut être adopté en cas de remise par les parents de bijoux de famille, en vue d'être portés par l'épouse de leur fils si ces bijoux viennent à être frauduleusement transportés dans le logis de la concubine du fils (320).

(314) Civ. 31 janv. 1900, *D.* 1900.I.181, n. Poncet; S. 1902.I.33, n. Naquet (l'immeuble appartenait à la mère); en sens contraire, Civ. 12 juill. 1948, S. 1949.19 (l'immeuble appartenait au mineur).

(315) Orléans, 25 juin 1909, *D.* 1909.2.243. La femme propriétaire de l'immeuble est propriétaire d'un grand nombre d'objets.

(316) Montpellier, 20 févr. 1952, *D.* 1952, som. 51.

(317) Bordeaux, 20 mars 1978, *D.* 1978.390.

(318) Nancy, 12 déc. 1968, *D.* 1969.299, note Foulon-Piganiol.

(319) Req. 22 nov. 1932, S. 1933.I.60 : l'arrêt fait état de la fraude et de la simulation de la prétendue vente consentie par le fils à sa maîtresse ainsi que du caractère précaire, équivoque et clandestine de la possession.

(320) Le droit de suite des parents se justifie du fait que la Cour de cassation considère que la possession des bijoux est équivoque en raison de l'origine du bien et non de sa nature, Civ. 20 juin 1961, *op. cit.*

89. Concubinage et absence de cohabitation : Le Tribunal de Pau a pu considérer que la possession de la concubine n'est pas entachée d'équivoque en précisant que l'amant résidait dans la maison de son père où il avait son argent et ses papiers (321). L'absence de cohabitation ne met pas la concubine à l'abri de toute poursuite. Si un homme installe sa maîtresse dans un appartement garni de meubles dont il garde la propriété, cette femme est susceptible de commettre un abus de confiance en aliénant les meubles dont elle est dépositaire (322).

90. Concubinage et cohabitation : La cohabitation ne rend pas de plein droit équivoque la possession des meubles. Une concubine était fondée à revendiquer des meubles lui appartenant et qui avaient été saisis par le créancier de son concubin (323). Lorsque la jurisprudence considère que la cohabitation rend la possession équivoque, c'était pour évincer l'article 2279 du Code civil mais sans aboutir à la propriété indivise entre concubins (324). De même, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui écartait le témoignage des tiers relatif à l'achat en commun du mobilier garnissant le logement de la famille (325).

91. Concubinage et indivision : Certes, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation selon lequel l'association sentimentale a pu créer une indivision entre des concubins pour les meubles dont ils ont la libre disposition. Mais cette affirmation était destinée à écarter la société de fait concernant le fonds de commerce qui n'appartenait qu'au seul concubin (326). Cette décision était rendue dans le sens du rétrécissement de la propriété entre concubins et non dans le sens de son élargissement. Et lorsque l'indivision fut admise entre concubins, cela ne conduisait pas au partage par moitié. Ainsi l'Arrêt rendu par la Cour de Rennes le 19 décembre 1833 (327) avait attribué à la concubine qui ne parvenait pas à prouver sa propriété exclusive après le décès de son concubin, le quart du mobilier! Décidément, concubinage et meubles, s'ils sont des thèmes de liberté (v. *supra*, n° 9), ce n'est pas pour s'enrichir mutuellement. Les meubles, accessoires de la personne (le droit international privé ne soumet-il pas la succession des meubles à la loi du domicile du défunt?) ne risquent pas d'être emportés par l'ami qui s'en va.

(321) Pau, 12 janv. 1874, *D.* 1875.2.15.

(322) Émile Garçon, *Code pénal annoté*, 1901-1906, art. 379, n° 211; *adde*, Pierrard, 1947, *J.C.P.* II.3779.

(323) Paris, 3 mai 1993, *D.* 1993, som. 305, n. Robert.

(324) Civ. 21 févr. 1956, *D.* 1956.257; *adde*, sur la possession clandestine et précaire de la concubine, Req. 15 avr. 1890, *D.* 1891.I.388.

(325) Civ. 2 déc. 1968, *B.* I, nos 305, 231.

(326) Com. 27 juin 1961, nos 297, 255.

(327) Cité en note sous Paris, 19 août 1851, *D.* 1854.2.84.

⁂

92. Un ordre caché : Derrière le désordre apparent qui règne en la matière et défie la synthèse (d'où l'abondante littérature sur le sujet), derrière l'impression de chaos et d'incohérence, se cache, en réalité, un ordre bien rôdé. Le droit cède sur les créances, des créances au rabais, somme toute (un secours, une « obligation naturelle », une indemnité pour enrichissement sans cause...) mais il ne cède pas sur la propriété, sauf exceptions rares (nos 48, 55). C'est donc là que réside le secret intime du combat feutré livré par le droit contre le concubinage.

93. Limites de la juridicisation : Le concubinage, à la différence du mariage, n'est pas un moyen d'acquérir la propriété. Vivre hors mariage, c'est un peu vivre hors la grâce de la propriété. Le refoulement du droit de propriété est le signe distinctif du concubinage, la marque de sa spécificité profonde et la limite difficilement franchissable de de sa parfaite juridicisation...

Magdi Sami Zaki

