

---

## La fidélité dans le couple (annales 2002)

### Ch. André

Il y a actuellement en France environ 15 millions de couples, dont 12 millions sont mariés. Les autres sont des couples qui, dans leur majorité, ont choisi de vivre en concubinage afin de préserver leur liberté.

Le devoir de fidélité dans le mariage figure à l'article 212 du Code civil. Il n'existe pas de définition de l'infidélité car il s'agit d'une notion qui varie avec les mœurs. Cependant, la forme la plus caractéristique est aujourd'hui l'entretien d'une relation amoureuse avec un tiers : cela suppose en général un commerce sexuel consommé même si l'infidélité intellectuelle a pu parfois être admise en jurisprudence. Plus largement, si l'on considère la fidélité dans toutes formes de couples, mariés ou non, le constat d'un affaiblissement de l'obligation de fidélité conjugale s'impose.

D'une part, si l'on considère l'obligation de fidélité au sein du mariage, l'adultère n'est plus un délit pénal depuis 1975. Par ailleurs, le caractère d'ordre public de cette obligation est battu en brèche par de nombreuses décisions jurisprudentielles. D'aucuns y voient une érosion de l'obligation de fidélité, d'autres n'hésitant pas à parler d'un véritable dépeçage des obligations du mariage : le contentieux familial d'ordre public serait peu à peu remplacé par un contentieux contractuel sur l'inexécution des conventions, contentieux qui ne sera du reste ni moins abondant ni plus facile. D'autre part, la Loi du 15 novembre 1999 a institué des formes de couple concurrentes tel que le Pacte Civil de Solidarité, où l'obligation de fidélité est absente.

Toutefois cette première vue ne dévoile qu'un aspect du sujet, car dans le même temps le droit contemporain paraît renforcer un devoir de fidélité aux engagements pris dans le couple, qui se manifeste aussi bien pour les couples mariés que pour ceux qui ne le sont pas. Ainsi, la fidélité à la parole donnée conduit-elle à maintenir des liens entre les couples, même après leur séparation, comme on l'observe notamment sur le terrain de la prestation compensatoire.

Nous étudierons ce double mouvement en envisageant successivement l'affaiblissement de l'obligation de fidélité conjugale **(I)** et le renforcement du devoir de fidélité aux engagements pris dans le couple **(II)**.

#### **I – L'affaiblissement de l'obligation de fidélité conjugale**

L'affaiblissement de l'obligation de fidélité conjugale se signale à la fois par la relativité de cette obligation **(A)** et par les atteintes qui y sont parfois portées **(B)**.

##### **A - La relativité de l'obligation de fidélité conjugale**

L'obligation de fidélité conjugale apparaît aujourd'hui doublement relative. D'une part, l'obligation de fidélité est relative à l'égard des tiers au mariage **(1)**, d'autre part l'obligation de fidélité est relative si l'on considère les autres formes de couple **(2)**.

##### 1/ La relativité à l'égard des tiers

Selon une jurisprudence traditionnelle, le tiers qui s'était rendu complice d'un adultère, et avait ainsi contribué au manquement à l'obligation de fidélité, pouvait voir sa responsabilité engagée sur le terrain de l'article 1382 du Code civil. Il s'agissait d'une solution logique dans la mesure où bien que l'adultère n'était plus un délit pénal il n'en demeurait pas moins un délit civil. Or cette position classique semble aujourd'hui remise en cause, comme en témoigne notamment un arrêt de la première Chambre civile du 4 mai 2000 : non seulement l'épouse trompée a été déboutée de son action contre la

maîtresse, mais encore elle a été condamnée à verser à cette dernière des dommages-intérêts en raison de son attitude agressive.

## 2/ La relativité au regard des autres formes de couple

Il n'existe pas d'obligation de fidélité en matière de PACS ou de concubinage. S'agissant du PACS, il s'agit d'après l'article 515-1 du Code civil d'un contrat. Dans leurs rapports personnels, les pacsés se doivent une aide mutuelle et matérielle (article 515-4) mais ce n'est pas une obligation d'assistance ni de fidélité.

S'agissant du concubinage, il a été défini par la Loi du 15 novembre 1999, et sa définition a été insérée à l'article 515-8 du Code civil : il s'agit d'une « union de fait entre deux personnes de sexes différents ou de même sexe vivant en couple ». Pas davantage que dans le PACS une obligation de fidélité n'est mise à la charge des concubins.

## **B - Les atteintes à l'obligation de fidélité conjugale**

Les atteintes à l'obligation de fidélité conjugale peuvent être observées non seulement dans les rapports entre époux **(1)** mais encore dans les rapports avec les tiers **(2)**.

### 1/ Les atteintes dans les rapports entre époux

L'évolution du droit du divorce depuis son rétablissement en 1884 montre que les atteintes à l'obligation de fidélité ont perdu de leur importance. En effet, la Loi du 11 juillet 1975 a dépénalisé l'adultère, mais elle a aussi cessé d'y voir une cause péremptoire de divorce. Sur le terrain de l'article 242 du Code civil, c'est-à-dire du divorce pour faute, on exige un fait imputable à un époux qui constitue une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune. Parmi les principaux devoirs que la loi attache explicitement au mariage figure l'obligation de fidélité prévue à l'article 212 du Code civil, si bien qu'un adultère peut, s'il satisfait aux conditions légales, motiver un divorce pour faute.

Cependant ces conditions ne sont plus contrôlées par la Cour de cassation (Civ 2<sup>ème</sup> 30 novembre 2000), et l'on peut observer chez les juges du fond que l'adultère n'est pas toujours considéré comme fautif au sens de l'article 242 du Code civil.

L'appréciation concrète à laquelle se livrent les juges du fond conduit parfois à excuser certains adultères. Ainsi lorsqu'il est commis par un époux abandonné depuis longtemps par son conjoint : auquel cas le divorce pourra être prononcé aux torts exclusifs de ce dernier. Par ailleurs, lorsque l'adultère est commis au cours d'une procédure de divorce, donc avant le prononcé de la dissolution du mariage, la question de son caractère fautif est souvent posée. Selon le principe énoncé à plusieurs reprises par la Cour de cassation, il s'agit d'une violation caractérisée de l'obligation de fidélité et donc d'une faute (Civ. 2<sup>ème</sup> 23 septembre 1999). Mais les circonstances dans lesquelles l'adultère a été commis peuvent lui enlever le caractère de gravité qui justifierait le prononcé du divorce. Un arrêt de la deuxième Chambre civile du 29 avril 1994 affirme ainsi que « *le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure* ». Cette hypothèse d'un adultère excusé a été analysée par certains auteurs comme le symptôme d'une contractualisation de l'obligation de fidélité qui apparaît comme réciproque et non plus mutuelle : l'interdépendance des obligations des époux justifierait un parallèle avec l'exception d'inexécution.

### 2/ Les atteintes dans les rapports avec les tiers

De façon classique la jurisprudence admettait que l'adultère en tant que délit civil pouvait être une cause de révocation des donations, d'autant que le devoir de fidélité est d'ordre public (Civ. 1<sup>ère</sup> 6 mars 1962 ; Civ. 1<sup>ère</sup> 19 mars 1985). Cependant, ici encore, l'obligation de fidélité conjugale a été érodée par des arrêts récents. Par un arrêt du 3 février 1999 la première Chambre civile a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'annuler pour cause immorale la donation destinée à maintenir une relation adultère. Cette solution libérale a

été confirmée par un arrêt de la première Chambre civile du 16 mai 2000, ce qui prouve que sur ce terrain comme ailleurs, l'obligation de fidélité conjugale est fragilisée.

Sur le terrain du droit des successions, si un enfant adultérin se trouvait en présence d'un ou de plusieurs enfants légitimes issus du mariage, au cours duquel l'adultère a été commis, il ne recevait que la moitié de la part successorale à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, avaient été légitimes (article 760 du Code civil). Cette disposition avait été prise par la législateur afin de concilier les intérêts en jeu et de protéger la famille légitime. Or la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France le 1<sup>er</sup> février 2000 dans la célèbre affaire Mazurek en considérant que l'article 760 portait atteinte à l'article premier du protocole n° 1 de la Convention combiné à l'article 14 de la Convention posant le principe de non discrimination. En effet, la Cour ne trouve « *aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage* ». En conséquence l'article 760 du Code civil a été abrogé par la Loi du 3 décembre 2001 : l'égalité des enfants adultérins avec les enfants légitimes se trouve confortée, au détriment une fois encore de l'obligation de fidélité.

Que l'on considère les formes de couple concurrentes du mariage ou le mariage lui-même, l'obligation de fidélité conjugale paraît en déclin : cet affaiblissement est particulièrement net dans de la jurisprudence récente relative au divorce et aux libéralités. Cependant, et parallèlement, il est possible de relever un renforcement du devoir de fidélité dans le couple, qui s'entend aujourd'hui avant tout d'une fidélité aux engagements pris dans le couple.

## **II – Le renforcement du devoir de fidélité dans le couple**

Le renforcement du devoir de fidélité dans le couple tient à la fois à l'extension de la notion de fidélité **(A)** et à l'extension de la notion de couple **(B)**.

### **A - L'extension de la notion de fidélité**

L'extension de la notion de fidélité est d'abord chronologique **(1)** en ce sens qu'elle peut être constatée avant et après l'union conjugale. On peut ensuite noter une intensité accrue de la notion de fidélité **(2)** comme on l'observe dans le droit du divorce et dans le droit de la filiation.

#### 1/ L'extension chronologique

La fidélité aux promesses et aux engagements peut être sanctionnée avant le mariage dans le contentieux des fiançailles, mais aussi après le mariage dans le contentieux du divorce.

Si l'on considère le contentieux de la rupture des fiançailles, le principe classique est que la promesse de mariage n'est pas en droit une convention et qu'elle peut être librement rompue. Par exception, il est toutefois possible d'obtenir une indemnisation en cas de rupture unilatérale des fiançailles sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, si les circonstances le justifient. Or la jurisprudence a parfois admis qu'il pouvait y avoir faute dans le simple fait de rompre sans justifier d'un motif légitime (Civ. 24 mars 1958). Certains ont vu dans l'obligation pour le fiancé de justifier sa rupture un renversement de la charge de la preuve et le glissement vers un fondement contractuel de la rupture des fiançailles. En tout état de cause, cette jurisprudence témoigne d'une volonté de sanctionner l'infidélité aux engagements pris par le fiancé, ce qui est du reste de nature à entraver la liberté du mariage.

Par ailleurs, le divorce met en principe fin au devoir de secours entre époux. Mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Il s'agit de la prestation compensatoire créée par la Loi du 11 juillet 1975 et

qui figure à l'article 270 du Code civil. Le législateur de 1975 avait cherché à concentrer le règlement des réparations pécuniaires au moment du prononcé du divorce en donnant un caractère forfaitaire, non susceptible de révision, à la prestation compensatoire. Les juges ayant accordé massivement des rentes à vie, il s'en suivit des situations humainement intolérables. La Loi du 30 juin 2000 a cherché à renouer avec la politique de concentration qui a inspiré la Loi de 1975 en posant le principe de l'octroi d'un capital, la rente n'étant qu'exceptionnelle. Cependant, les premières applications de la Loi du 30 juin 2000 peuvent laisser craindre un contournement de la loi par le juge (Versailles 30 novembre 2000) si bien que l'octroi d'une prestation sous forme de rente ne serait pas davantage qu'hier exceptionnel. Si tel était le cas, le lien entre les époux divorcés pourrait survivre longtemps après la dissolution du mariage au travers le versement de la rente. La fidélité au devoir de secours dépasserait alors largement les limites chronologiques du mariage.

## 2/ Le renforcement de l'intensité

Il est possible d'observer dans la jurisprudence mais aussi dans certaines lois contemporaines qu'on a fait jouer à la fidélité un rôle inédit qui intensifie la portée de la fidélité dans le couple.

S'agissant du divorce, la jurisprudence a admis dans la procédure du divorce pour faute que l'on puisse produire le journal intime de son époux (Civ. 2<sup>ème</sup> 6 mai 1999). La solution a été contestée par certains commentateurs, qui faisaient valoir notamment la position des juges du fond selon laquelle la production du journal intime constitue une atteinte à la vie privée. Malgré tout la Cour de cassation admet ce mode de preuve, sauf fraude ou violence, comme si l'intimité au sein du couple justifiait une certaine transparence entre les époux et, à tout le moins, une abdication minimum quant à la protection de la vie privée.

S'agissant du droit de la filiation, les conditions de l'insémination artificielle provenant d'un concubin requièrent que les concubins vivent maritalement depuis au moins deux ans. La fidélité dans le couple non marié devient donc une condition d'accès à la procréation médicalement assistée, qui demeure par ailleurs dans un rapport de subsidiarité au regard de la procréation charnelle.

En outre, le consentement donné par le mari ou le concubin qui refuse ensuite de reconnaître l'enfant permet de fonder une action en recherche de paternité naturelle sur le terrain de l'article 340 du Code civil.

## **B - L'extension de la notion de couple**

L'extension de la notion de couple permet aujourd'hui d'y inclure les concubins **(1)** mais aussi les pacsés **(2)**.

### 1/ Le concubinage

Le concubinage, même s'il fait aujourd'hui l'objet d'une définition légale, n'est pas doté d'un statut complet et cohérent. Il s'agit d'un ensemble hétéroclite et lacunaire de règles de droit où l'on peut observer une certaine imitation des règles propres au mariage. Ainsi, pendant la durée du concubinage, si la cohabitation n'est pas une obligation, son constat produit néanmoins des effets de droit. D'abord, la cohabitation était jusqu'en 1993 un cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle (article 340-4 du Code civil) et elle reste aujourd'hui un fait présumant la paternité. Ensuite, la cohabitation est entre concubins un cas d'équivoque dans la possession des biens. Enfin, les tiers peuvent se prévaloir de l'apparence de mariage que revêt le concubinage, si bien qu'il existe un phénomène de solidarité de fait entre les concubins. Si l'on considère le concubinage lors de sa dissolution, il apparaît encore que certains engagements lient les concubins. Certes le principe demeure que la rupture du concubinage est libre et qu'elle ne saurait à elle seule être source de responsabilité. Cependant ce principe connaît des tempéraments. D'abord, l'article 1382 du Code civil pourra être invoqué dès lors que les

circonstances le justifient (Civ. 2<sup>ème</sup> 30 juin 1992). Il pourra s'agir autant d'un comportement du concubin à l'origine de la relation (contrainte, abus d'autorité) ou bien encore d'un comportement lors de la rupture (brutalités, brusquerie, abandon d'enfant). Ensuite, l'engagement d'honneur peut aussi obliger, dans une certaine mesure, le concubin. Cela peut être une simple lettre où il promet de verser une somme d'argent. La promesse aurait pour cause une obligation qualifiée de naturelle. Enfin, les libéralités entre concubins sont valables mais elles sont irrévocables alors qu'elles sont toujours révocables entre époux (article 1096 du Code civil).

On pourrait ainsi multiplier les exemples – notamment sur le terrain des quasi-contrats et de l'enrichissement sans cause – qui prouvent que le concubinage induit une obligation de fidélité aux engagements pris au cours de la relation et cela d'autant plus que cette relation a été stable et durable. Cela renvoie en quelque sorte à une obligation de loyauté qui s'impose à tous les couples, que l'on retrouve donc sur le terrain du PACS.

## 2/ Le PACS

La Loi du 15 novembre 1999 relative au PACS a été en partie réécrite par le Conseil Constitutionnel dont les réserves d'interprétation importent autant pour la compréhension de la nouvelle institution que les textes laconiques du Code civil. Pour le Conseil Constitutionnel le PACS est bien un contrat mais c'est un contrat spécifique par son objet : organiser la vie commune de deux personnes. Aussi le Conseil Constitutionnel a-t-il précisé « *que la notion de vie commune ne recouvre pas seulement une communauté d'intérêt et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune mentionnée par la Loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple* » (considérant n° 26). Il est intéressant d'observer qu'à partir de la résidence commune exigée lors de la déclaration de PACS le Conseil Constitutionnel a induit une obligation de vie de couple qui va bien au-delà des intentions du législateur. Ce faisant, le Conseil a procédé à un rapprochement avec l'obligation de communauté de vie du mariage entendue comme une communauté de toit et de lit. Il va de soi que cette obligation ne remet pas en cause l'absence d'une obligation de fidélité au sens strict. Cependant, cette émergence d'une notion de couple au-delà du mariage implique nécessairement une certaine fidélité aux engagements qui auront pu être pris pendant la vie du couple. C'est ce qu'on peut observer au moment de la rupture du PACS. En effet, si les partenaires ne parviennent pas à s'entendre, ou si l'un d'eux est décédé ou sous tutelle, le partenaire qui s'estimera lésé pourra réclamer la réparation de son préjudice au juge, toute clause contraire étant réputée non écrite selon le Conseil Constitutionnel.

*Au terme de cette étude il apparaît que la fidélité dans le couple est révélatrice de la place croissante de la logique contractuelle en droit de la famille. En effet, si l'obligation de fidélité conjugale s'est affaiblie, c'est sans doute parce que le mariage-institution a perdu de sa solennité. Néanmoins, le mariage-contrat demeure vivace, et c'est d'ailleurs cette même nature contractuelle qui est au cœur du PACS. Or la fidélité à la parole donnée est une règle cardinale du droit des contrats que l'on retrouve en droit de la famille, ce qui contribue à métamorphoser la fidélité dans le couple : il s'agit moins d'une obligation conjugale intangible que d'un devoir de fidélité aux engagements pris dans le couple, cette dernière notion transcendant le mariage pour embrasser d'autres modes de vie à deux.*