

1221. Avec la consécration du devoir de respect, la reconnaissance nécessaire de l'autre est mise en valeur, ce qui conduit à une appréhension plus individualiste des relations entre époux (499). Ainsi que le souligne Marc Azavant, « *l'ajout apporté à l'article 212 du Code civil ne fait que confirmer l'orientation contemporaine de l'ordre public matrimonial tendu aujourd'hui vers la protection individuelle* » (500).

L'exigence de respect traduit dans le domaine des droits fondamentaux un besoin contemporain exprimant l'aspiration à la reconnaissance de la dignité de l'être humain, et constitue la base d'une vie de couple harmonieuse.

Section II – La question de l'existence du devoir de respect au sein du couple de partenaires pacsés ou de concubins

Sous-section I – *Unification du traitement pénal du couple*

1222. Le dispositif pénal introduit par la loi du 4 avril 2006 sanctionne les violences conjugales, sans tenir compte de la situation matrimoniale des victimes. L'article 12 de la loi du 4 avril 2006 étend les mesures d'éloignement du domicile du couple de l'auteur des violences aux partenaires liés par un Pacs, aux conjoints et aux concubins.

De même, l'article 1^{er} de la loi du 4 avril 2006 ajoute un alinéa 2 à l'article 222-22 du Code pénal qui dispose désormais que : « *Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime (...) quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ».

Enfin, l'article 9 de la loi du 4 avril 2006 complète l'article 311-12 du Code pénal selon lequel le vol commis par une personne, au préjudice de son conjoint, ne peut donner lieu à des poursuites pénales, à moins que les époux ne soient séparés de corps ou autorisés à résider séparément.

L'apport de la loi du 4 avril 2006 est fondamental : **le dispositif pénal de protection contre les violences conjugales a pour effet d'unifier le traitement pénal des couples** et ce par une indifférence totale à l'ordre public de direction familial dominé jusqu'à présent par le mariage. **En outre, la loi du 4 avril 2006 confirme la prééminence de l'ordre public de protection de la personne.** A cet égard elle opère un renversement majeur des priorités, les droits de la personne et les intérêts privés prévalant sans conteste sur l'intérêt général.

La loi du 4 avril 2006 consacre une convergence des droits liés à la protection pénale de l'individu dans le couple, et ce quel que soit le mode de conjugalité, dont pourrait s'inspirer le législateur civil pour améliorer le dispositif civil de

(499) P. Courbe, op. cité, n° 159-2.

(500) M. Azavant, *Dr. fam.* n° 10, oct. 2006, étude 40 : « *Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple* ».

protection au sein du couple non marié. Toutefois, ainsi que le souligne Marc Azavant, « *le droit répressif n'est pas en charge de la construction de modèles familiaux, cette fonction normative revient au droit civil. Une rupture trop brutale avec l'ordre civil contient en germe un risque de confusion et de neutralisation de la portée normative du premier* ». Sur ce risque d'interférence normative, l'auteur renvoie aux travaux de Françoise Dekeuwer-Défossez (501).

Il est intéressant de mentionner qu'au moment de la rédaction du présent rapport s'est tenue, le 25 novembre 2009, la Journée internationale de lutte contre les violences faites aux femmes, à l'occasion de laquelle le Premier Ministre a désigné la lutte contre ces violences « Grande cause nationale 2010 ». Ainsi, un certain nombre de mesures devraient, avant l'été 2010, renforcer l'arsenal juridique déjà développé par la loi du 4 avril 2006.

Sous-section II – *Inexistence en droit civil du devoir de respect dans le Pacs et le concubinage*

1223. Il faut remarquer que le droit civil n'offre de protection qu'aux époux en cas de violences physiques ou morales perpétrés par l'un d'eux. Les mesures d'éloignement de l'article 220-1 du Code civil (502) et le devoir de respect de l'article 212 du Code civil ne s'appliquent qu'aux époux.

Aux termes d'une décision en date du 21 février 2006, le tribunal de grande instance de Lille a confirmé que les dispositions de l'article 220-1 du Code civil sont exclusivement applicables aux époux et qu'il convient donc de rejeter la demande de résidences séparées du couple de concubins et de changement de résidence de l'enfant.

En conséquence, au regard du droit civil, les articles 212 et 220-1 du Code civil confirment la dimension éminemment protectrice du mariage (503).

Sous-section III – *L'ouverture du devoir de respect de l'article 212 du Code civil aux partenaires pacsés et aux concubins*

1224. **Ne serait-il pas opportun d'ouvrir le devoir de respect de l'article 212 du Code civil aux partenaires pacsés et aux concubins, dans le cadre d'une convergence relative de certains droits catégoriels entre les trois modes légaux de conjugalité ?**

Certains auteurs se demandent si au-delà ou en deçà des obligations propres à chaque mode de conjugalité, il n'existe pas, dans tout couple, et pas seulement dans le couple marié, un devoir de respect mutuel que les juges tenteront de faire respecter en équité (504).

(501) F. Dekeuwer-Défossez, *Modèles et normes en droit contemporain de la famille : Mélanges Mouly*, 1998, p. 281.

(502) Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce précitée.

(503) De même la modification des articles 63, 170, 170-1, 175-2, 180 et 181 du Code civil renforce également la dimension protectrice du mariage, par une extension des pouvoirs des officiers d'état civil et du parquet pour contrôler le consentement au mariage.

(504) Ph. Malaurie et H. Fulchiron, op. cité, n° 390.

Ainsi, pour Catherine Philippe (505), « *le concubinage est un contrat de couple respectable au sein duquel doit régner le respect et non l'incivilité tellement décriée en d'autres domaines* ». Le devoir de respect apparaît déjà notamment dans le contentieux relatif aux circonstances de la rupture et pourrait, par conséquent, avoir sa place dans le concubinage. Les juges du fond ont ainsi pu allouer des dommages-intérêts lorsqu'un des concubins avait avoué à l'autre qu'il le trompait et le quittait le jour même où ce dernier passait un concours (506) ou lorsque la rupture s'est accompagnée d'une assignation brutale en expulsion (507), ou encore dans l'hypothèse d'une séparation soudaine après quarante ans de vie commune (508).

C. Philippe fait également remarquer que, dès 1993, les professeurs Hauser et Huet-Weiller (509) exigeaient en matière de concubinage une « *loyauté minimum* » et affirmaient « *quand l'abus se fait jour, quand l'exploitation de l'un par l'autre apparaît, quand le mépris s'installe, faut-il que le droit s'abstienne en répondant "vous l'avez voulu ?" Non, le droit au respect de l'autre peut y pallier* ».

Il apparaît, dans le prolongement de l'argumentation de cet auteur, que le devoir de respect pourrait effectivement être élargi, non seulement au Pacs mais également au concubinage. Plusieurs arguments peuvent être retenus dans ce sens :

– tout d'abord, la consécration par le Code civil de la notion de couple, dont l'essence même est la communauté de vie (*supra* n° 1094) : le mariage, le Pacs et le concubinage s'articulent aujourd'hui principalement autour de la communauté de vie. Le devoir de respect n'a de raison d'être que s'il s'inscrit dans une communauté de vie pour créer entre les membres du couple une véritable communauté conjugale ;

– ensuite, l'influence sur le droit civil du traitement pénal unitaire du couple confronté aux violences conjugales, et ce au nom du respect de la dignité humaine. En effet, l'élargissement du devoir de respect à une communauté de vie non maritale doit pouvoir s'inscrire dans l'objectif d'un ordre civil de protection ouvert aux trois modes légaux de conjugalité, au-delà même de la simple prévention des violences conjugales.

Quel contour donner au devoir de respect ?

1225. Catherine Philippe estime que le devoir de respect pourrait englober les devoirs d'assistance et de fidélité (510). La fidélité ne serait plus un enjeu de la filiation, les tests scientifiques, la possession d'état étant là pour rétablir

(505) C. Philippe, Colloque organisé par l'Institut du droit et de l'éthique de l'université de Lille 2, sous la direction de X. Labbé, mai 2007 ; Petites affiches, 20 déc. 2007 n° 254, p. 18.

(506) CA Bordeaux, 4 janv. 2000, *Dr. fam.*, mars 2000, p. 7, H. Lécuyer.

(507) CA Rennes, 4 juin 1999, *Dr. fam.* 2000, p. 15, H. Lécuyer.

(508) CA Montpellier, 11 oct. 2004, *Dr. fam.*, mars 2005, p. 23, V. Larribau-Terneyre.

(509) Droit civil, T. 1, n° 1113.

(510) C. Philippe, op. cit., Les Petites affiches, 20 déc. 2007, n° 254 p. 18 : « *Vers un droit commun des effets du contrat de couple* ». « *La fidélité pourrait, elle aussi, être absorbée par le devoir de respect. La gravité de l'adultère se situe sur une échelle qui va du péché véniel au péché mortel, son intensité se mesurant à l'aune de l'offense suscitée. On en vient parfois à se demander si la réelle infidélité n'apparaîtrait pas seulement lorsque se concrétise une relation suivie, s'instaure un double ménage ou que le complice de l'adultère accède au lit conjugal* ».

la vérité. La fidélité ne serait également plus un enjeu du pouvoir de l'homme sur la femme, l'égalité étant la règle. L'infidélité n'existe plus qu'en tant qu'injure, qu'outrage, l'évolution de la jurisprudence le fait nettement apparaître (*infra* n° 1228).

Envisagé ainsi, cet auteur considère que le devoir de fidélité pourrait constituer une obligation légale inhérente au Pacs.

Pour les raisons qui seront évoquées ci-après, il ne nous semble pas opportun « d'ouvrir » le devoir de fidélité aux partenaires pacsés (*infra* n° 1234). Cependant, le fait pour un partenaire pacsé d'entretenir des relations sexuelles avec un autre pourrait peut-être s'analyser en une forme de déloyauté s'apparentant à un manque de respect (exécution de bonne foi de l'article 1134 du Code civil), c'est-à-dire à un manquement aux obligations positives de reconnaissance et de promotion de la personnalité de l'autre qu'implique justement le devoir de respect.

CHAPITRE III

LE DEVOIR DE FIDELITE

Section I – Le devoir de fidélité conjugale

Sous-section I – *La fidélité, spécificité du mariage*

1226. Le devoir de fidélité est un des devoirs explicites énoncés par les articles 212 à 215 du Code civil lus par l'officier de l'état civil lors de la célébration du mariage et qui constituent « *la charte de base de la communion et de l'entraide conjugale* » (511).

Les époux « *se doivent mutuellement fidélité (...)* » (512).

Réciproque entre les époux, le devoir de fidélité est également d'ordre public (513).

Ce devoir est le plus significatif du mariage bien que, dans la hiérarchie des devoirs conjugaux énoncés par l'article 212 du Code civil, le devoir de respect ait été inséré en tête de l'article (*supra* n° 1219). Il n'est imposé qu'aux époux, et non aux partenaires pacsés et aux concubins. **Le devoir de fidélité est d'autant plus**

(511) P. Courbe, op. cité, n° 158-1, p. 83.

(512) C. civ. art. 212.

(513) J. Carbonnier, op. cité, p. 472 : « *S'il n'est pas au pouvoir du droit de contraindre les époux à l'accomplir, il lui appartient cependant de leur interdire de s'en écarter* ».