

Une fidélité conventionnelle mais exclusive

(TGI Lille, 26 nov. 1999, D. 2000.254, note X. Labbé¹ et Paris 1^{er} déc. 1999, D. 2000, Somm. p. 415, obs. J.-J. Lemouland²)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

C'est une bien curieuse question qui se posait au juge aux affaires familiales de Lille, deux époux ayant inclus dans leur convention provisoire la clause suivante : « Les époux X. Y. qui vivent chacun séparément se dispensent mutuellement du devoir de fidélité » mais qui ne l'a pas troublé puisque ladite convention a reçu force exécutoire sans que d'ailleurs le juge s'en explique autrement. En pratique la clause est inutile puisque les époux divorcent d'accord et qu'ils font donc ce qu'ils veulent. A supposer qu'ils changent d'avis et se dirigent vers un divorce pour faute, la clause sera sans effets à l'égard du juge du divorce qui, à son tour, fera ce qu'il veut. C'est donc plus au plan des principes - l'indisponibilité des droits et obligations nées du mariage - qu'au plan pratique qu'il faut aborder cette curiosité. L'environnement de la question mérite d'être rappelé brièvement.

Dès 1972 la présomption de paternité a été nettement affaiblie pendant les procédures de divorce, signe limité mais symbolique. Depuis 1975 on ne compte plus les décisions qui constatent qu'un adultère en cours de procédure de divorce peut ne pas constituer une cause d'attribution des torts. Pourvu que la décision ne soit pas rédigée en termes absolus et généraux, elle est couverte par le fait que l'adultère est devenu cause facultative (V. RTD civ. 1994.571³, 1999.819⁴ et 2000.91⁵). Mais ce sont les juges qui en décident ainsi. Depuis 1999 les libéralités à concubin adultère échappent à la nullité (RTD civ. 1999.817⁶; *adde*, reprenant la même solution, Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, Droit et patrimoine, n° 327) et depuis février 2000 on sait que les infériorités successorales de l'enfant adultérin sont en sursis (V. l'arrêt *Mazurek*, *infra* n° 27⁷).

Il reste que l'obligation de fidélité ne se trouve pas ainsi versée dans le droit commun des droits disponibles et que la confection d'un mariage sans obligation de fidélité n'est guère concevable sauf à redéfinir le mariage pour en faire autre chose qu'il faudrait appeler autrement (le PACS ?). Aussi bien si nous persistons à penser que la sanction de l'obligation de fidélité qui reste d'ordre public ne peut être indirectement d'annuler des dispositions en faveur de tiers ou de restreindre les droits de ces tiers mais bel et bien le prononcé étendu de dommages-intérêts, on s'arrêtera là. La jurisprudence maintient la nullité des conventions prévoyant directement une séparation et continue plus positivement à défendre le devoir conjugal (sur quoi, J.-M. Bruguière, *Le devoir conjugal*, D. 2000.Chron.10⁸). Elle continue, plus curieusement, à voir une atteinte à cette fidélité dans le fait de chercher un autre conjoint par courtage matrimonial alors qu'on n'est pas encore libéré de l'autre (V. Paris, 1^{er} déc. 1999, cité et déjà, RTD civ. 1996.880⁹). Ce n'est guère que le jour où le divorce sans juge et la suppression du divorce pour faute auront gagné la partie emportés par une coalition hétéroclite à la complicité objective (sociologues qui n'ont pas vu que toucher au divorce c'est toucher au mariage, libertaires modèle 1968, adversaires du mariage civil modèle 1816, comptables judiciaires de tout temps ?) que la question pourrait être reposée mais elle sera alors sans intérêt puisque le mariage aura disparu dans son originalité.

En sens inverse on pourrait, *jocandi causa*, se demander s'il serait possible d'insérer une obligation de fidélité dans un PACS. La réponse doit être également négative. La liberté sexuelle de l'individu doit pouvoir être restreinte par la loi mais sa volonté individuelle ne peut ni revenir sur ce statut légal s'il a été accepté, ni construire un équivalent

L'obligation de fidélité peut être d'ordre public, elle ne saurait être d'ordre privé.

Mots clés :

MARIAGE * Devoir des époux * Devoir de fidélité * Pacte de libertinage * Ordre public

RTD Civ. © Editions Dalloz 2012