

Table des Matières

Introduction.....	3
I- Le sentiment est omniprésent dans toutes les branches du droit.....	7
A- Le sentiment et le droit pénal.....	7
B- Le sentiment et le droit civil	9
C- Le sentiment et la procédure civile	10
D- Le sentiment et le droit commercial	18
E- Le sentiment et le droit du travail	21
1- Le sentiment de loyauté.....	21
a) L'obligation de loyauté du salarié dans le contrat de travail	21
b) L'obligation de loyauté du salarié et les clauses de non concurrence	24
c) L'obligation de loyauté dans l'exécution des conventions collectives	25
2- L'amour.....	25
II- Le sentiment d'affection a son domaine d'élection dans le droit de la famille.....	27
A- Le sentiment d'affection de la famille légitime à la notion de couple	28
B- Le sentiment d'affection et la formation du lien matrimonial :	38
C- Le sentiment d'affection et les devoirs conjugaux :	41
D- Le sentiment d'affection dans les rapports parents-enfant	44
A- Le droit de garde.....	46
B- Le droit de visite	48
C- L'obligation alimentaire.....	49
D- La réparation du préjudice affectif résultant de la perte ou de l'infirmité d'un être cher	52
E- La filiation purement affective : l'adoption.....	53

Titre premier:

La protection du sentiment d'affection familial

Chapitre 1- La protection de l'affection conjugale contre elle-même.....	57
Section 1- La protection immédiate.....	57
Paragraphe 1- Les règles relatives aux libéralités entre époux	57
A- Le principe de la révocabilité des donations entre époux.....	57
1- Les précédents historiques.....	58

a- Le droit romain	58
b- L'Ancien droit.....	58
2- La solution du Code civil.....	60
a- L'évolution du fondement du régime particulier des donations entre époux.....	60
b- Les conséquences du fondement du régime particulier des donations entre époux	61
B- Le régime particulier édicté par le Code civil à l'égard des libéralités adressées au second conjoint en présence d'enfants d'un premier lit.....	63
1- Les motifs de l'institution d'un régime particulier	63
a- La crainte des entraînements de l'affection conjugale.....	63
b- Applications	65
2- Le but de l'institution	66
a- La protection des enfants légitimes d'un premier lit	67
b- Seuls les descendants du premier lit étaient protégés par l'ancien article 1098.....	67
Paragraphe 2- Les dispositions relatives aux modifications des conventions matrimoniales	68
A- La prévention légale des entraînements de l'affection conjugale.	68
I- La protection des époux	69
II- La protection de leurs familles respectives.....	71
B- La protection judiciaire contre les entraînements de l'affection conjugale	72
I- La nécessité d'un contrôle.....	73
II- L'intérêt de la famille	75
Section 2- La protection avancée.....	78
Paragraphe 1- La nullité des donations interposées entre époux : les caractéristiques de la sanction des articles 1099 alinéa 2 et 1100 du Code civil.....	78
A- La nature de la sanction	79
B- Le fondement de la sanction	80
1- Du Code Napoléon à 1941.....	80
a- Le système retenu	80
b- Examen critique.....	81
2- L'arrêt de la Cour de cassation du 30 Avril 1941	85
3- L'extension à l'époux donateur de l'action en nullité	86
Paragraphe 2- La méfiance à l'égard des contrats à titre onéreux entre époux.....	87

A- Les éléments de solution.....	88
I- Les éléments légaux	88
II- L'esprit des lois	90
B- Les solutions rigoureuses de la jurisprudence	92
I- L'interprétation rigoureuse de l'article 1595 du Code civil	92
a- La prohibition de l'article 1595	92
b- L'interprétation rigoureuse des exceptions visées par l'article 1595.....	93
II- La force attractive de la prohibition de l'article 1595.....	95
a- L'échange entre époux	95
b- Les sociétés entre époux.....	96
Chapitre 2- La protection de l'affection familiale contre les tiers	99
Section 1- L'action en réparation du préjudice d'affection d'un époux contre le tiers responsable du trouble conjugal.....	99
Paragraphe 1- L'action en « alienation of affections » des pays de Common Law et de la Province du Québec.....	100
Paragraphe 2- L'action en dommages-intérêts contre celui qui a détourné un époux de l'affection conjugale en droit français.....	103
A- L'action en dommages-intérêts contre le complice d'adultère : réparation de l'injure à l'honneur ou de l'injure aux sentiments d'affection conjugale ?.....	103
I- Existence de l'action	103
II- Objet de l'action.....	106
III- Les titulaires de l'action	108
B- L'action en dommages-intérêts pour les agissements fautifs d'un tiers qui ne constituent pas l'adultère.....	110
Section 2- La protection de l'autorité et de l'affection des parents .	112
Paragraphe 1- La position du problème	112
Paragraphe 2- Les bénéficiaires du droit de visite dans le cadre de la parenté légale	117
A- Le droit de visite des père et mère	118
I- Le principe.....	118
II- Les atténuations au principe.....	119
a- La privation du droit de visite liée à la protection de l'enfant.....	119
b- La privation du droit de visite liée à la protection du mariage	120
B- Le droit de visite des autres parents.....	121
II- Le droit de visite des autres membres de la famille.....	124
Paragraphe 3- Le droit de visite en l'absence d'un lien juridique de parenté.....	125

A- Le droit de visite des grands-parents naturels.....	125
B- Le droit de visite du père adultérin	127
I- La sévérité de la Cour de cassation jusqu'en 1966	128
a- La résistance des juridictions du fond.....	128
b- L'alignement des juridictions du fond	129
II- L'attribution au parent adultérin d'un droit de visite	129
III- Le retour à une certaine intransigeance	131
Section 3- L'action en réparation du préjudice affectif occasionné par le décès ou l'infirmité d'un être cher	133
Paragraphe 1- La réparation du préjudice d'affection et l'exigence d'un lien de famille	133
Paragraphe 2- Les conséquences tirées de l'exigence d'un lien de famille	138
A- Le refus d'indemnisation en l'absence d'un lien de famille.....	138
I- La réparation du préjudice d'affection en cas de rupture accidentelle du concubinage	138
II- La réparation du préjudice d'affection en cas de rupture accidentelle des fiançailles.....	145
B- Existence d'une présomption d'affection au profit des parents et alliés les plus proches.....	149

Titre deuxième :

**La preuve de l'affection familiale : la présomption
d'affection familiale**

Chapitre 1^{er} : Le rôle protecteur de la présomption d'affection familiale	155
Section 1- La présomption d'affection familiale et la protection des biens.....	155
Paragraphe 1- Le régime particulier des souvenirs de famille.....	156
A- Détermination de la nature juridique des souvenirs de famille ..	156
B- La protection des souvenirs de famille contre les tiers	157
1- L'insaisissabilité des biens de famille.....	157
2- Les solutions relatives à la disposition des biens de famille	158
C- La dévolution des souvenirs de famille à l'intérieur de la famille	158
Paragraphe 2- La présomption d'affection familiale de l'article 1113	160
A- Etendue de la présomption d'affection de l'article 1113 du Code civil.....	160
1- Existence de la présomption	160

2- Etendue de la présomption	162
a- Les problèmes soulevés lors de l'établissement de la liste des personnes visées par l'article 1113 du Code civil.....	163
b- Les problèmes soulevés par l'interprétation de la liste des personnes visées par l'article 1113.....	164
B- Portée de la présomption d'affection de l'article 1113	164
1- La présomption admet-elle la preuve contraire à l'égard des personnes visées ?.....	165
2- La présomption exclue-t-elle la prise en considération de l'affection portée aux personnes non visées	166
C- Valeur de la présomption d'affection de l'article 1113	168
1- La valeur psychologique de la présomption	168
2- Valeur juridique de la présomption.....	170
3- Valeur pratique de la présomption	171
Section 2- La présomption d'affection familiale et la protection des personnes	172
Paragraphe 1- la présomption d'affection familiale et les infractions contre l'administration de la justice.....	172
A- La présomption d'affection familiale fait naître un droit au silence	172
1- La solution légale à l'irréductibilité des devoirs	173
2- Force de la présomption d'affection	175
B- La présomption d'affection ne fait naître qu'un droit au silence	176
1- Les déclarations mensongères des parents et alliés lors de l'instruction	177
2- Les déclarations mensongères des parents et alliés devant la juridiction de jugement	177
Paragraphe 2- La présomption d'affection familiale et l'atteinte juridique aux biens.....	179
A- L'importance du mariage en tant que source formelle de la présomption d'affection	182
I- La nécessité du mariage	182
a- L'absence d'immunité entre concubins	182
b- Le mariage et le moment de la commission de l'acte frauduleux	184
II- L'immunité ne couvre pas les délits réalisés antérieurement au mariage.....	184
à la disparition du mariage par divorce.....	185
2- La force de la présomption d'affection entre parents	186

a- L'immunité survit entre les époux à leur séparation de corps	187
b- L'immunité disparaît entre alliés à la séparation de corps des époux	
B- Les limites de l'immunité familiale posée par l'article 380	188
1- Quant aux bénéficiaires	188
2- Quant aux biens susceptibles d'être impunément soustraits ou détournés	189
a- La protection des droits des tiers	189
b- La protection de la personne physique ou de la réputation du parent victime de l'infraction	190
Chapitre 2- Le rôle dynamique de la présomption d'affection familiale	193
Section 1- L'affection conjugale sert l'esprit de certains contrats ...	193
Paragraphe 1- L'affection conjugale et les contrats de bienfaisance	193
A- L'affection conjugale et la collaboration désintéressée des époux	194
B- L'affection conjugale, intérêt suffisant pour valider la stipulation pour autrui	196
Paragraphe 2- L'affection conjugale et les contrats intuitu personae	197
A- L'affection conjugale imprime aux mandats entre époux un régime particulier	197
I- Faveurs relatives à l'existence et à l'étendue du mandat entre époux	198
a- L'affection conjugale et l'existence du mandat entre époux	198
b- L'affection conjugale et l'étendue du mandat entre époux	200
1- Le mandat de disposer entre époux ne peut être que spécial	200
2- La jurisprudence interprète largement les mandats spéciaux entre époux	203
II- Faveurs relatives à la reddition des comptes	204
a- Sous le régime de communauté	204
b- Sous le régime de la séparation de biens	205
1- Les solutions antérieures à la loi de 1965	205
2- La solution de l'article 1539 modifié par la loi de 1965	206
B- L'affection conjugale et la validité des sociétés entre époux	206
Section 2- La présomption d'affection familiale et l'interprétation de la volonté	208
Paragraphe 1- L'affection familiale renforce la qualification des actes juridiques	208
A- Les deux hypothèses se réclament d'un fondement commun	208
B- Les deux hypothèses obéissent à des règles légales identiques ..	210
C- Les juges leur ont donné la qualification la plus favorable	212

Paragraphe 2- La présomption d'affection familiale assure la validité de certains actes juridiques	215
A- La présomption d'affection familiale et la captation de libéralité	215
1- La présomption d'affection familiale et l'action en captation de libéralités	215
a- L'absence de lien familial faisait présumer la captation de libéralité sous l'Ancien droit.....	215
b- L'existence d'un lien familial est de nature à assurer la validité de la libéralité.....	216
2- La présomption d'affection familiale et les présomptions de captation de l'article 909 du Code civil	217
a- La présomption de captation disparaît à l'intérieur de la famille affective.....	219
1- Les limites de la présomption d'affection familiale	219
2- La force de la présomption d'affection familiale	220
b- La présomption de captation peut réapparaître en dehors de la famille affective	221
1- Les membres de la famille non bénéficiaires de l'exception posée par l'article 909 du Code civil	221
2- Les parents, bénéficiaires virtuels, mais exclus par la présence d'un membre de la famille affective	222
B- La présomption d'affection conjugale et le sort des clauses de viduité.....	223
I- La jurisprudence a rejeté les solutions extrêmes.....	223
a- La condamnation des clauses de viduité.....	224
1- Les précédents historiques.....	224
2- Les justifications tirées des principes et solutions du droit positif.....	225
b- La validité inconditionnelle des clauses de viduité	226
1- Les précédents historiques.....	226
2- Les justifications tirées des principes et solutions du droit positif	226
2- La jurisprudence a retenu une solution intermédiaire	228
a- Les difficultés rencontrées	228
I- Au niveau de l'analyse de la volonté du disposant.....	229
II- Au niveau de la détermination de la légitimité des mobiles du disposant	230
b- Les efforts déployés pour y remédier	231
1- L'objectivation du processus d'analyse de la volonté du défunt	231
2- La précision du critère de validité des clauses de viduité.....	232
Conclusion de la deuxième partie	235

Titre troisième :
**Vers une prise en considération
du sentiment d'affection à l'état pur**

Chapitre 1- La promotion juridique de l'idée de prévoyance affectueuse	245
Section 1- La gradation des affections probables du défunt commande aujourd'hui celle de ses devoirs dans le droit successoral	
contemporain.....	245
Paragraphe 1- Analyse de l'évolution législative.....	246
I- La promotion du mariage	246
II- La protection du mariage	251
III- Vers un concept nouveau : la famille affective	253
Paragraphe 2- La jurisprudence au secours de la loi.....	254
Section 2- Les techniques élaborées pour favoriser la prévoyance affectueuse entre époux.....	258
Paragraphe 1- L'insertion pendant le mariage dans un régime de communauté d'une clause d'attribution intégrable de la communauté au conjoint survivant.....	259
A- La position du problème	260
1- L'intérêt de l'insertion pendant le mariage dans un régime de communauté d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant.....	260
a- Elle s'inscrit dans l'évolution des mœurs et du droit.....	260
b- Les avantages résultant pour le conjoint survivant de l'insertion d'une telle clause.....	262
2- Les critiques suscitées par une telle pratique.....	263
B- La tendance favorable de la jurisprudence.....	265
Paragraphe 2- La pratique des donations mutuelles entre époux.....	268
A- La jurisprudence a souvent éludé l'article 1097 du Code civil ..	269
1- Certaines décisions ont validé les dons mutuels.....	270
2- Certaines décisions ont disqualifié des donations mutuelles entre époux.....	271
B- Le législateur a progressivement corrodé l'article 1097 du Code civil	273
1- Les exceptions légales à l'article 1097 du Code civil	274
2- L'abrogation de l'article 1097 du Code civil.....	274
Chapitre 2- La recherche de la réalité affective.....	277
Section 1- Les éléments de recherche de la réalité affective	277

Paragraphe 1- La possession d'état qui témoigne de l'existence de liens affectifs.....	278
A- La mise en œuvre de la possession d'état dans la loi du 3 Janvier 1972	278
I- Les éléments constitutifs de la possession d'état et ses caractères.....	279
a- Les éléments constitutifs de la possession d'état.....	279
b- Les caractères de la possession d'état.....	281
II- La preuve de la possession d'état.....	281
B- La recherche de la vérité affective dans la réforme du droit de la filiation	282
1- Le rôle probatoire élargi de la possession d'état dans la filiation légitime	282
a- La possession d'état et la présomption de paternité	282
b- La possession d'état et la preuve de la filiation légitime	283
2- Le rôle de la possession d'état dans la filiation en dehors du mariage.....	284
a- L'importance de la possession d'état dans l'établissement de la maternité naturelle	284
b- L'importance de la possession d'état dans la légitimation par autorité de justice	285
Paragraphe 2- La cohabitation qui établit les liens affectifs	286
A- Les liens de parenté ou d'alliance ne sont parfois retenus qu'appuyés sur la cohabitation.....	287
I- Cohabitation et présomption d'affection familiale.....	287
a- La réparation du préjudice affectif des frères et sœurs occasionné par le décès accidentel de l'un d'eux	287
b- La cohabitation et la présomption d'affection familiale de l'article 380 du Code pénal	288
II- Cohabitation et situations successorales	290
a- Les dispositions du droit civil.....	290
b- Les dispositions du droit fiscal	291
B- La cohabitation peut suppléer la famille.....	292
Section 2- Les conséquences de la recherche de la réalité affective	295
Paragraphe 1- Les conséquences tirées de la recherche de la réalité affective.....	295
A- La prise en considération du sentiment d'affection en présence d'un lien de famille	296
I- L'attribution de certains droits au conjoint survivant.....	296

a- Les droits du conjoint survivant à la conservation des souvenirs de famille	296
b- Les droits du conjoint survivant en matière de sépulture	297
II- L'autorité parentale exercée sur l'enfant naturel.....	298
a- L'autorité parentale en cas de reconnaissance volontaire (article 374 du Code civil).....	298
b- L'autorité parentale en cas de « reconnaissance forcée » (article 374-1 nouveau du Code civil).....	300
B- La prise en considération du sentiment d'affection en l'absence d'un lien juridique de famille.....	301
I- Le droit à la réparation du préjudice affectif.....	301
II- Le droit à la manifestation du sentiment d'affection des parents nourriciers des parrains et des marraines	305
a- Le droit de visite des parents nourriciers	305
b- Le droit de visite des parrains et marraines	307
Paragraphe 2- Les conséquences possibles de la recherche de la réalité affective.....	309
A- Le sentiment d'affection et les relations patrimoniales entre époux.....	309
I- La condition successorale du conjoint survivant.....	310
II- Les contrats entre époux	311
B- Le sentiment d'affection et l'union libre.....	313
I- Le droit à la réparation du préjudice affectif des concubins adultérins.....	313
2- Les libéralités entre concubins	315
Chapitre 3- La filiation affective : L'adoption.....	317
Section 1- Ancienneté de l'institution de l'adoption en occident et pérennité de la filiation affective.....	317
Section 2 : L'adoption, une institution absente voire prohibée du droit musulman	322
Section 3- L'adoption en droit tunisien et dans les pays musulmans.....	324
Paragraphe 1 : L'adoption en Tunisie	324
A- La pratique de l'adoption.....	324
B- La législation de l'adoption	326
I- La petite adoption : la tutelle officieuse	326
II- L'adoption proprement dite.....	327
1- L'adoption, une institution légale audacieuse.....	327
a- L'affection glorifiée.....	328
b- L'affection disputée	330

2- L'adoption, une institution légale laconique.....	333
Paragraphe 2- L'adoption dans les pays arabo-musulmans	335
A- Une prohibition légale généralisée de l'adoption	335
I- La formulation de la prohibition	336
II- Les effets de la prohibition.....	336
B- Les pratiques reconnues, techniques de substitution à la prohibition de l'adoption.....	336
I- Les initiatives légales	337
II- Les pratiques coutumières.....	338
C- L'espoir raisonnable d'une évolution.....	340
I- Le développement de la famille moderne dans les pays arabo- musulmans	340
a- L'institutionnalisation et le développement de la famille nucléaire.....	340
b- La préférence pour le choix personnel du partenaire	341
c- Le resserrement familial sur l'enfant.....	342
II- Le recul du fondement traditionnel de la prohibition	343
a- Les assauts extérieurs.....	343
b- Les assauts intérieurs.....	343
Conclusion Générale.....	345
Table des Matières	349