



RAPPORT DE Mme LION, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 506 du 10 juillet 2024 (B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 24-10.157

Décision attaquée : Cour d'appel de Colmar du 17 octobre 2023

M. [F] [P]

C/

Mme [L] [B]

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [P] et Mme [B], qui vivaient en concubinage, ont acquis, le 25 juin 2002, chacun pour moitié indivise, un terrain sur lequel ils ont fait édifier une maison constituant le domicile familial et se sont séparés en août 2019, M. [P] demeurant dans les lieux.

Par un jugement du 6 mai 2021, le juge de proximité de Sélestat a ordonné l'ouverture des opérations de liquidation et de partage et a désigné un notaire pour y procéder.

Une première réunion a été organisée par le notaire le 5 janvier 2022, à l'issue de laquelle un procès-verbal de difficultés a été établi, les parties étant invitées à saisir le juge du fond pour trancher les difficultés.

Par acte du 8 février 2022, Mme [B] a assigné M. [P] devant le juge aux affaires familiales aux fins de voir juger qu'il ne pouvait prétendre à aucune créance à l'égard

de l'indivision au titre des remboursements anticipés opérés par ses soins des crédits souscrits par les parties pour l'achat du terrain et l'édification de la maison et de le voir condamné à payer à l'indivision une indemnité d'occupation de 1 000 euros par mois à compter d'août 2019 jusqu'au partage.

Par conclusions du 20 décembre 2022, Mme [B] a saisi le juge de la mise en état d'une demande tendant à voir déclarer prescrite toute créance de M. [P] à l'égard de l'indivision née avant le 6 mai 2016, en application de la prescription quinquennale.

Par ordonnance du 23 février 2023, le juge de la mise en état a dit qu'étaient prescrites toutes les créances de conservation du bien indivis dont voudrait se prévaloir M. [P] à l'égard de l'indivision constituée avec Mme [B], nées antérieurement au 6 mai 2016.

M. [P] a interjeté appel de cette décision le 6 mars 2023.

Par un arrêt du 17 octobre 2023, la cour d'appel de Colmar a :

- confirmé l'ordonnance en ses dispositions soumises à la cour,

Y ajoutant,

- dit que la créance d'apport de M. [P] est prescrite,

- condamné M. [P] aux dépens d'appel,

- dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi.

Le 7 mai 2024, M. [P] a déposé un mémoire distinct posant deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC).

2 - Analyse succincte de la question de constitutionnalité

M. [P] demande que soient renvoyées au Conseil constitutionnel les QPC suivantes :

« L'article 2236 du code civil, en ce qu'il ne prévoit la suspension de la prescription qu'entre époux et partenaires pacsés, et non entre concubins, méconnaît-il le principe d'égalité garanti par les articles 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 1er de la Constitution ? »

« L'article 2236 du code civil, qui ne prévoit la suspension de la prescription qu'entre époux et partenaires pacsés, ce qui contraint le concubin à agir en justice contre l'autre pendant le cours du concubinage pour interrompre la prescription applicable à ses créances patrimoniales contre ce dernier, laquelle peut se trouver acquise lors de sa rupture, méconnaît-il le droit de mener une vie familiale normale résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ? »

3- Examen des conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité

En application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, la Cour de cassation procède au renvoi d'une QPC lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites (article 23-2, 1°),
- elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances (article 23-2, 2°),
- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

3.1. L'applicabilité au litige des dispositions contestées

L'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 subordonne la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel à la condition que « *la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites.* »

Le critère selon lequel la disposition contestée doit commander l'issue du litige, qui figurait dans le projet de loi du Gouvernement, a été abandonné dans la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, qui a préféré adopter un critère plus souple, faisant seulement référence à l'applicabilité de la disposition critiquée au litige ou à la procédure.

A l'occasion de l'examen au Parlement du projet de loi organique, il était relevé que, selon le vœu du constituant, « *la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas uniquement (...) une question dans l'intérêt de la loi mais avant tout (...) une question en lien direct avec l'instance (d'où le fait de ne pas admettre un moyen soulevé d'office par le juge)* ». En effet, « *la procédure n'est pas celle d'une action directe : ce n'est pas au citoyen, mais au justiciable engagé dans un procès qu'est ouverte la possibilité de contester une disposition législative* »¹.

Ni le législateur ni le Conseil constitutionnel (lors de son contrôle de constitutionnalité de la loi organique) n'ont donné d'indication sur la notion « d'applicabilité au litige ». Le Conseil constitutionnel n'exerce en principe aucun contrôle sur l'appréciation faite par les juges de l'applicabilité au litige.

Mais pour la Cour de cassation, ce critère ne doit pas être dissocié de la question de savoir si la disposition est au nombre de celles en considération desquelles le litige doit être tranché (Civ. 1^{re}, 5 juill. 2012, pourvoi n° 12-12.356) et si l'inconstitutionnalité alléguée de la disposition contestée aurait une incidence sur sa solution (1^{re} Civ., 14 septembre 2010, pourvoi n° 10-13.616, 1^{re} Civ., 6 juillet 2011,

¹Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 1898, 3 septembre 2009

pourvoi n° 11-10.393 et 1^{re} Civ., 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.042, 2^e Civ., 10 avril 2014, pourvoi n° 13-24.746, 1^{re} Civ., 10 juin 2021, pourvoi n° 21-14.239).

La disposition législative contestée est considérée comme non applicable au litige lorsque celui-ci ne rentre pas dans son champ d'application.

Dans le répertoire Dalloz consacré à la question prioritaire de constitutionnalité², Marc Guillaume souligne que la condition d'applicabilité au litige est appréciée moins strictement par le Conseil d'Etat que par la Cour de cassation, et que cette conception plus restrictive « *s'avère particulièrement rigoureuse lorsque sont invoqués des griefs tirés de l'incompétence négative du législateur, les dispositions contestées "en tant qu'elles ne sont pas" étendues aux situations d'espèce pouvant être jugées, pour ce motif, comme n'étant pas applicables au litige* ».

Cette question est posée dans le guide élaboré en janvier 2019 par le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation sur la notion d'applicabilité au litige (page 7) : « *peut-on déclarer applicable au litige une disposition législative dont la question prioritaire de constitutionnalité admet qu'elle n'existe pas ou qu'elle ne s'applique pas ? L'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité peut-il agir sur le fondement d'une disposition qui ne lui est pas applicable pour s'ouvrir la voie d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori ?* »

Il faut sans doute distinguer les hypothèses où les dispositions sont critiquées en tant qu'elles sont insuffisantes à garantir les droits de nature constitutionnelle des requérants, de celles critiquées en tant qu'elles limitent un avantage à une catégorie particulière dont ne fait pas partie le requérant.

La Cour de cassation juge applicables au litige des dispositions critiquées en ce qu'elles ne prévoient pas de voies de recours (2^e Civ., 15 février 2018, pourvoi n° 18-60.031) ou de garanties procédurales suffisantes (Crim., 11 septembre 2018, pourvoi n° 18-83.360, à propos des textes sur la garde à vue des mineurs, en ce qu'ils ne prévoient pas les garanties procédurales de la garde à vue des majeurs ; 1^{re} Civ., 5 mars 2020, pourvoi n° 19-40.039, à propos de l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique en ce qu'il ne prévoit pas la compétence du juge des libertés et de la détention pour statuer sur la légalité des mesures d'isolement et de contention mises en oeuvre dans les établissements de soins psychiatriques).

S'agissant de dispositions qui excluent de leur champ d'application la situation du requérant, la Cour de cassation a, dans un premier temps, déclaré inapplicables au litige les QPC contestant de telles dispositions : 1^{re} Civ., 14 septembre 2010, n° 10-13.616 (à propos d'une contestation portant sur le fait que les dispositions de l'article L. 3314 du code de l'action sociale et des familles ne s'appliquent qu'aux personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés des établissements soumis à autorisation et à déclaration) ; 1^{re} Civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10.393 (à propos des dispositions réservant la sanction civile de l'indignité successorale aux auteurs de faits qui ont été pénalement condamnés ou à l'égard desquels l'action publique n'a pu être exercée ou s'est éteinte, à l'exclusion des auteurs d'infractions qui ont fait l'objet d'une décision de non-lieu rendue sur le fondement de l'article 122-1 du code pénal) ; voir également 1^{re} Civ., 19 janv. 2012, pourvoi n° 11-40.086 ; 2^e Civ., 18 avril 2013, pourvoi n° 12-27.710.

² Répertoire Dalloz contentieux administratif, Question prioritaire de constitutionnalité - avril 2022, n° 153, 154

On peut cependant relever un infléchissement de la jurisprudence de la Cour lorsque la QPC vise à critiquer des dispositions dont l'objet ou le champ d'application exclut une catégorie juridique concernée par le litige.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé applicables au litige des dispositions :

- en ce qu'elles ne visent pas les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (1re Civ., 1er septembre 2015, pourvoi n° 15-50.062),
- en ce qu'elles ne visent pas le vendeur n'agissant pas à l'occasion de son activité professionnelle ou commerciale (1re Civ., 25 novembre 2015, pourvoi n°15-40.035),
- en ce que, en matière de produits de santé défectueux, elles n'écartent la cause d'exonération du producteur pour risque de développement que lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci (1re Civ., 5 janvier 2023, pourvoi n° 22-17.439 :

« 4. La disposition contestée est applicable au litige, au sens et pour l'application des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, dès lors qu'en écartant la possibilité pour le producteur d'invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1386-11, devenu 1245-10, du code civil, lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci, elle détermine le champ d'application de ce texte sur le fondement duquel les demandes formées par les consorts [C] ont été rejetées. »

Mais elle a jugé inapplicables au litige :

- les dispositions de l'article 569 du code de procédure pénale prévoyant l'effet suspensif du pourvoi en cassation en matière pénale, dont se prévalait un dirigeant condamné à une interdiction de gérer par le tribunal de commerce (Com., 2 mars 2022, pourvoi n° 21-21.767),
- les dispositions de l'article L. 110 du code électoral, qui proscriit l'exercice de poursuites à l'encontre d'un candidat à une fonction électorale avant la proclamation du scrutin s'agissant des infractions prévues aux articles L. 106 et L. 108 de ce code, considérant que ce texte, dont le champ d'application ne couvrait pas le litige, qui concernait d'autres infractions, n'était pas entaché de l'incompétence négative qu'alléguait le mémoire spécial, dès lors que la question posée entendait reprocher, en réalité, au législateur de ne pas avoir conféré à cette disposition un objet différent (Crim., 28 juin 2023, pourvoi n° 22-83.466).

Il semble se dégager de ces arrêts l'idée que l'applicabilité au litige dépende du point de savoir si le requérant pourrait avoir vocation à bénéficier du texte qui l'exclut de son champ d'application, ou, autrement dit, du degré de convergence existant entre la catégorie juridique exclue et l'objet du texte critiqué.

En l'espèce, les dispositions contestées sont celles de l'article 2236, aux termes desquelles la prescription *« ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité »*.

Le litige porte sur la prescription des créances dont un concubin se prévaut à l'encontre de l'indivision.

Pour déclarer prescrites les créances de conservation du bien indivis de M. [P] contre l'indivision, nées antérieurement au 6 mai 2016, le juge de la mise en état a retenu que ces créances, immédiatement exigibles, se prescrivent selon les règles de droit commun édictées par l'article 2224 du code civil, soit par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits qui lui permettent de l'exercer, que la comparaison que fait M. [P] avec les règles régissant le patrimoine des couples mariés n'est pas pertinente, dès lors qu'il est mal fondé à ne retenir dans le régime global du mariage que les règles qui lui seraient favorables et que la seule vie commune sans cadre juridiquement contraignant ne peut constituer un obstacle moral pour chacune des parties à faire valoir ses droits.

L'arrêt relève que M. [P] ne tire aucune conséquence juridique de son moyen tiré d'une rupture d'égalité entre les couples résultant du fait que l'article 2236 du code civil ne prévoit pas que la prescription ne court pas ou est suspendue entre concubins.

Il retient que ce texte n'est pas applicable aux concubins, dont la communauté de vie et la séparation ne sont pas soumises aux mêmes règles que celles des époux ou des partenaires de pactes civils de solidarité.

Il énonce que, s'agissant d'une créance mobilière et d'une action sollicitée sur le fondement de l'enrichissement injustifié, l'article 2224 du code civil, qui dispose que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, est applicable.

Il retient que les conditions de la force majeure ne sont pas réunies, de sorte que l'article 2234 du code civil, qui dispose que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir en raison de la force majeure, n'est pas applicable en l'espèce.

Enfin, il retient que l'article 2240 du code civil, qui dispose que la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription, n'est pas davantage applicable en l'espèce, dès lors que si M. [P] invoque la reconnaissance de ses dettes par Mme [B], les seules déclarations de cette dernière lors de réunions de famille ou de moments de convivialité entre amis, non datées, ne sauraient valoir reconnaissance de dette au sens de ce texte.

Il en déduit que Mme [B] est fondée à invoquer la prescription des créances de M. [P] antérieures au 6 mai 2016, l'ouverture des opérations de partage datant du 6 mai 2021.

La présente QPC critique le fait que le code civil ne prévoit pas, pour les concubins, une suspension de la prescription, analogue à celle qu'il prévoit à l'article 2236, pour les époux et les partenaires de pacte civil de solidarité.

Eu égard à ces éléments, il conviendra de déterminer si l'article 2236 du code civil, dont la constitutionnalité est contestée en ce que ce texte ne s'applique pas aux concubins, est applicable au litige.

3.2 L'absence de décision de conformité

Il résulte de la consultation du [recueil des dispositions déclarées conformes par le Conseil constitutionnel](#) que l'article 2236 du code civil n'a jamais été déclaré conformes à la Constitution et que ce texte ne fait l'objet d'aucune autre [QPC en instance devant la Cour de cassation](#).

3.3 Le caractère nouveau de la question

Il résulte de la [décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009](#) que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne sont tenus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel qu'en présence d'un moyen obligeant à l'interprétation d'un texte ou principe constitutionnel dont le Conseil n'a jamais fait application.

La présente question prioritaire de constitutionnalité ne semble pas nouvelle, le Conseil constitutionnel ayant déjà eu l'occasion, à de nombreuses reprises, de faire application du principe d'égalité des droits résultant des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration de 1789 et du droit de mener une vie familiale normale résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946.

3.4 Le caractère sérieux de la question

Les dispositions contestées

La suspension de la prescription entre époux et entre partenaires d'un liés par un pacte civil de solidarité

L'article 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, dispose : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

L'article 2236 du même code dispose : « *[La prescription] ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité* ».

Selon le rapport n° 847 de M. Emile Blessig, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, la finalité de ce dispositif est de préserver la « paix des ménages ». En effet, en l'absence de cette disposition spécifique, un époux pourrait être contraint d'intenter une action contre son conjoint pendant la durée du mariage pour interrompre la prescription et, ainsi, éviter d'être forclos.

La proposition de loi a repris les termes de l'ancien article 2253, qui prévoyait que la prescription ne court pas entre époux, et son champ d'application a été étendu aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité (PACS) par adoption d'un amendement du Gouvernement.

Dans le Jurisclasseur consacré à la suspension de la prescription³, Jean-Jacques Taisne indique qu'il s'agit, pour le législateur de faire oeuvre de bon sens dans l'intérêt de la paix des ménages, que si les époux ou partenaires étaient demeurés soumis au droit commun en ce qui concerne la prescription, l'un des deux aurait pu se voir forcer d'intenter pendant la durée de l'union une action contre l'autre pour interrompre la prescription commencée, et que la paix domestique en aurait été inévitablement troublée.

L'article 2230 du code civil dispose : « *la suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* ».

Ainsi, à la différence de l'interruption, qui, aux termes de l'article 2231, efface le délai de prescription acquis et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien, quand la prescription est suspendue, elle reprend son cours quand a disparu la cause de la suspension, pour le reliquat du délai, déduction faite de ce celui ayant déjà couru.

Entre époux ou entre partenaires liés par un PACS, le délai de prescription, qui a pu commencer à courir avant le mariage ou la conclusion du PACS, est donc suspendu tant que court le mariage ou le PACS, le cours de la prescription reprenant à la dissolution du mariage ou du PACS, déduction faite de l'éventuel délai ayant préalablement couru.

La prescription des actions personnelles ou mobilières entre concubins

A la différence du mariage ou du PACS, le concubinage n'emporte pas suspension de la prescription entre les concubins. C'est donc la prescription de droit commun qui régit leurs relations patrimoniales.

Selon Jean-Jacques Taisne ⁴, les concubins sont renvoyés à plaider la force majeure selon l'article 2234 (CA Agen, 1re ch. , 17 mars 2016, n° 15/00841 . - CA Rennes, 20 oct. 2020, n° 19/04656 : JurisData n° 2020-017012 . - CA Versailles, 11 mai 2021, n° 19/03381 : JurisData n° 2021-007184 qui observe que la durée et la stabilité du concubinage ne peuvent à elles seules caractériser une impossibilité d'agir). »

Selon une étude rédigée par Xavier Guédé et François Letellier⁵,

« Les créances entre simples concubins ne se distinguent pas des créances entre personnes étrangères. Le droit ignore cette situation de vie commune et fait abstraction de cette affection entre les parties qui a pu modifier la gestion de leur patrimoine ou de leurs rapports juridiques (droits de créance). Aussi, il

³J.-Cl. Notarial Répertoire - Encyclopédies - Prescription - Fasc. 20 : « Prescription. – Suspension de la prescription », n° 28

⁴ *Ibid.*

⁵ *L'absence d'uniformité du régime des créances conjugales, source d'insécurité juridique* - La semaine juridique notariale et immobilière n° 18, 1^{er} mai 2015, 1144

ne peut qu'être fait renvoi au droit commun des contrats et quasi-contrats. Les créances entre concubins devront être prouvées conformément au droit de la preuve (exigence d'un écrit... etc.). Le concubin désarmé pourra toujours revendiquer l'enrichissement sans cause ».

Si les concubins ont acquis des biens en indivision, la prescription de leurs créances sur l'indivision obéit au droit de l'indivision.

Il a été jugé :

- qu'un coindivisaire qui est créancier de l'indivision peut être payé par prélèvement sur l'actif avant le partage (1^{re} Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-13.770, Bull. 2007, I, n° 254) ;

- qu'il résulte des articles 815-13 et 815-17, alinéa 1^{er}, du code civil qu'un indivisaire qui a conservé à ses frais un bien indivis peut revendiquer une créance sur l'indivision et être payé par prélèvement sur l'actif indivis, avant le partage, et que cette créance, immédiatement exigible, se prescrit selon les règles de droit commun édictées par l'article 2224 du code civil, soit, s'agissant du remboursement d'échéances du prêt bancaire ayant permis l'acquisition du bien immobilier indivis, cinq ans à compter du paiement de chaque échéance (1^{re} Civ., 14 avril 2021, pourvoi n° 19-21.313, publié).

Selon un commentaire de cet arrêt⁶,

*« l'indivisaire qui engage des frais pour conserver un bien indivis doit avoir en vue que l'indemnité auquel il peut prétendre se prescrit selon un délai relativement bref de 5 ans. **On entrevoit dès lors toutes les difficultés que cela peut soulever. Si, en l'espèce, les indivisaires ne vivaient pas (plus ?) en concubinage, on perçoit combien les choses pourraient se gâter lorsque les indivisaires vivent en couple : s'il est des comptes que l'on peut parfaitement réclamer à son co-indivisaire, la chose est moins évidente lorsque celui-ci est aussi son conjoint... et que l'on tient à la paix des ménages. On touche ici à un point sensible : « indivision » et « conjugalité » s'entremêlent** (V. not. X. Guedé et F. Letellier, L'absence d'uniformité des créances conjugales, source d'insécurité juridique : JCP N 2015, n° 18, 1144. – A. Karm, Vers un renouveau des créances conjugales ? : JCP N 2015, n° 49, 1226). Il en va bien sûr ainsi en matière de concubinage, mais aussi de pacs ou de mariage, soit en cours d'union (séparation de biens, participation aux acquêts...), soit au cours de l'indivision post communautaire. Or, on sait que tout ceci ne se résout pas de la même manière ; en plus du fait que la prescription « ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires » (C. civ., art. 2236). D'une part, il faut soigneusement distinguer les « récompenses » et « créances entre époux » des « créances contre l'indivision » (Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 17-27.822 : JurisData n° 2018-024030 ; Dr. famille 2019, comm. 54, S. Torricelli-Chrifi. – Cass. 1^{re}*

⁶ Alex Tani, Droit de la famille n° 6 du 1^{er} juin 2021 - Indivision - Créance de l'indivisaire : exigibilité immédiate et prescription quinquennale

civ., 5 oct. 2016, n° 15, n° 16.794 : JurisData n° 2016-020510 ; Dr. famille 2016, comm. 257, S. Torricelli-Chrifi). **D'autre part, il faut évidemment tenir compte de la jurisprudence qui se développe très nettement pour faire entrer certaines dépenses dans la contribution aux charges du mariage ;** et, en présence de la fameuse double clause de « contribution au jour le jour » et « de non-recours », sans possibilité – a posteriori – d'invoquer une indemnité sur le fondement de l'article 214 du Code civil (en dernier lieu, Cass. 1re civ., 18 nov. 2020, n° 19-15.353 : JurisData n° 2020-018937 ; Dr. famille 2021, comm. 6, S. Torricelli-Chrifi. – Déjà, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-21.892 : JurisData n° 2013-020492). **Ce tropisme matrimonial influence dorénavant les solutions retenues à propos des partenaires** (Cass. 1re civ., 27 janv. 2021, n° 19-26.140 : JurisData n° 2021-000808 ; JCP G 2021, 288, M. Mignot ; Dr. famille 2021, comm. 52, V. Bouchard ; JCP N 2021, n° 14, 1150, B. Barthelet et C. Guilloteau Palisse) **ou des concubins** (du moins en présence d'une convention – même tacite, par la constatation d'une « volonté commune » – de concubinage : Cass. 1re civ., 2 sept. 2020, n° 19-10.477 : Dr. famille 2020, comm. 143, S. Ben Hadj Yahia ; JCP N 2020, n° 38, 755, F. Gasnier ; AJ fam. 2020, p. 531, M. Saulier). »

L'interruption ou la suspension de la prescription entre concubins

Le délai de cinq ans est interrompu par la demande en justice tendant au recouvrement de la créance, une telle demande pouvant être implicite et résulter de demandes d'expertise pour évaluer la valeur locative d'un bien indivis (1re Civ., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-15.487, Bull. 2001, I, n° 190, 1re Civ., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-21.659).

Mais elle ne peut résulter :

- d'une assignation en vue d'obtenir la désignation d'un notaire pour procéder aux opérations de liquidation de communauté en remplacement du notaire précédemment désigné ne mentionnant pas de demande spécifique (1re Civ., 10 février 1998, pourvoi n° 96-16.735, Bull. 1998, I, n° 47),

- d'une simple demande de « donner acte » (1re Civ., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-17.707),

Une assignation en liquidation et partage d'une indivision n'interrompt la prescription de créances invoquées par un indivisaire à l'encontre de l'indivision, au titre du remboursement de prêts, que si elle contient une réclamation, ne serait-ce qu'implicite, à ce titre (1re Civ., 18 mai 2022, pourvoi n° 20-22.234).

Par ailleurs, la prescription peut être interrompue par une reconnaissance de dettes. En effet, aux termes de l'article 2240 du code civil, la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription.

Sous l'empire de l'ancien article 2248, qui prévoyait cette cause d'interruption de la prescription, il a été jugé qu'une telle reconnaissance n'est soumise à aucune condition de forme et peut être contenue dans n'importe quel acte écrit, dès lors que

l'aveu que cet acte contient ne prête à aucune discussion » (1^{re} Civ., 25 janvier 1954, Bull. 1954, I, n° 35), qu'elle peut donc être tacite (3^e Civ., 29 avril 1986, pourvoi n° 84-12.668, Bulletin 1986 III N° 54) mais doit être dénuée d'équivoque (Com., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-22.097).

La reconnaissance de dettes doit respecter les formes de l'article 1376 du code civil (signature de celui qui souscrit l'engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres).

La reconnaissance du droit d'un indivisaire solvens peut être faite dans l'acte d'acquisition s'agissant de l'apport, qui génère une créance entre indivisaires et non envers l'indivision (1^{re} Civ., 26 mai 2021, pourvoi n° 19-21.302).

Si des paiements à venir ne peuvent faire l'objet d'une reconnaissance anticipée du droit de l'indivisaire solvens, il est possible de recourir à une convention postérieure par laquelle l'indivisaire débiteur peut, expressément ou implicitement, renoncer à l'application de la prescription quinquennale pour le passé (1^{re} Civ., 4 octobre 2005, pourvoi n° 03-19.459, Bull. 2005, I, n° 358).

Les concubins peuvent également se prévaloir d'autres causes de suspension de la prescription, visant :

- les créances conditionnelles ou à terme jusqu'à ce que la condition ou le terme arrive (article 2233 du code civil),
- l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure (article 2234 du code civil),
- la minorité ou la tutelle, sauf pour « les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts » (article 2235 du code civil).

Par ailleurs, l'article 2254 du code civil autorise expressément les parties à convenir, outre de la réduction ou de l'allongement de la durée de la prescription, dans une fourchette comprise entre un et dix ans, de l'ajout d'une cause de suspension ou d'interruption non prévue par la loi.

Toutefois, selon l'alinéa 3 de ce texte, ces dispositions ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts.

Les créances périodiques ne peuvent donc faire l'objet d'un aménagement conventionnel de la prescription.

Selon Antoine Hontebeyrie ⁷, la raison d'être de cette interdiction doit être rapprochée de celle qui avait justifié, avant la loi de 2008, l'édiction d'une prescription quinquennale en ce domaine.

⁷ Répertoire de droit immobilier - Prescription extinctive - délais spéciaux

L'ancien article 2277 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, disposait que « *se prescrivent par cinq ans les actions en paiement : des salaires ; des arrérages des rentes perpétuelles et viagères et de ceux des pensions alimentaires ; des loyers, des fermages et des charges locatives ; des intérêts des sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts* ».

L'objectif de cette disposition était de mettre le débiteur à l'abri de la ruine à laquelle la demande de paiement d'un passif accumulé sur de longues années pouvait l'exposer.

C'est la périodicité qui déclenchait l'application de cette disposition générale. Celle-ci supposait le renouvellement régulier de la dette à chaque échéance, sans que ladite dette soit diminuée pour l'avenir (V. Topor, La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du code civil, RTD civ. 1986. 1).

Ainsi, la dette d'un capital, quoique divisé en annuités ou mensualités, ne s'éteignait-elle pas par cinq ans.

On peut donc penser qu'une créance relative au paiement des échéances d'un prêt ne soit pas exclue de la possibilité de convenir de la suspension de la prescription prévue le nouvel article 2254, pendant la durée de la vie commune.

Selon Elisabeth Rousseau et Olivier Boudeville⁸, une solution peut être trouvée à la situation délicate des concubins par l'insertion d'une clause relative à la prescription dans l'acte d'acquisition indivise.

Il pourrait s'agir d'ajouter dans l'acte d'acquisition des concubins à la suite de la formule : « remboursement de l'emprunt », une des clauses suivantes :

- « *de convention expresse entre les acquéreurs cette créance ne deviendra exigible que du jour de la liquidation de l'indivision ou de l'aliénation du bien objet des présentes, date à laquelle elle sera liquidée dans le cadre du règlement global de l'indivision* »,

- « *de convention expresse entre les acquéreurs, l'existence de la présente indivision est érigée en cause de suspension de la prescription de ladite créance comme l'autorise l'art. 2254, al. 2, c. civ.* ».

Dans la première option, il s'agit de stipuler conventionnellement que la créance est une obligation à terme (article 1305-1 du code civil) suspendant son exigibilité à la liquidation de l'indivision. La prescription ne pourra alors courir qu'à compter de cette date.

Dans la seconde option, il s'agit de prévoir une cause de suspension conventionnelle de la prescription, mais dans ce dernier cas, le délai butoir de l'article 2232 s'appliquera (et non dans le premier, par combinaison des articles 2232, al. 2, et 2233, 3°, du code civil).

⁸ Le régime de la créance - Elisabeth Rousseau – Olivier Boudeville – AJ fam. 2022. 532

Selon un autre auteur⁹, une clause prévoyant la suspension de la prescription entre concubins jusqu'à la fin de leur vie commune pourrait être rédigée ainsi : « *l'article 2236 du code de procédure civile qui dispose que la prescription ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité, n'étant pas applicable aux concubins, ces derniers décident par volonté que la prescription soit suspendue pendant toute la durée de leur concubinage et ils déclarent qu'il existe une impossibilité morale pour que l'un puisse agir contre l'autre en cours de concubinage (de sorte que leur situation relève au besoin de l'article 2234 du Code civil) ».*

Cet auteur ajoute qu'il « *reste le délai butoir de 20 ans qui brise la suspension du délai de prescription (C. civ., art. 2232). Or la vie de couple est parfois de longue durée. Écarté par le second alinéa de l'article 2232 entre époux ou entre partenaires, le délai butoir s'applique entre concubins . La possibilité d'écarter ce texte est douteuse car elle s'inscrirait à rebours de l'esprit de la loi qui est de rompre avec le régime antérieur qui laissait place à l'existence d'un délai flottant et partant un temps d'insécurité long (...)* ».

Pour éviter ce délai butoir, il préconise également de prévoir « *de retarder l'exigibilité de la créance au jour de la liquidation des intérêts patrimoniaux des concubins, mais de façon globale, afin d'éviter un dépeçage de la liquidation, ou dans la stipulation que les créances nées à l'occasion de l'achat qui seront à comprendre dans le compte d'indivision dont la liquidation s'opérera à cette même date. Pour les actes déjà signés, cette correction passera par la signature d'une convention de concubinage* ».

Ainsi, les concubins, qui ne bénéficient pas de la suspension de la prescription réservée aux époux et aux partenaires liés par un PACS, ont cependant à leur disposition plusieurs solutions contractuelles pour éviter la prescription des créances dont l'un dispose à l'égard de l'autre. Sur cette question, voir également [Le logement du couple non marié pendant l'union, A. Chamoulaud-Trapiers et J.-C. Bernard, Defrénois 8 sept. 2022, n° 36-37.](#)

Similitudes et différences entre les trois formes de conjugalité reconnues par le droit français

Rappelons que, depuis la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS), le droit civil connaît trois formes de conjugalité : le mariage, le PACS et le concubinage.

Cette loi a ajouté un titre XII au livre 1^{er} du code civil, intitulé « Du pacte civil de solidarité et du concubinage », devenu, après les différentes réformes subies par le code civil, le titre XIII.

⁹ Concubinage - Les concubins victimes de l'amour durable en cas d'achat indivis - Formule », Fabrice Collard, La semaine juridique notariale et immobilière n° 21, 26 mai 2023, 1099

Ce titre est lui-même composé d'un chapitre 1^{er}, « Du pacte civil de solidarité » et d'un chapitre II, « Du concubinage ».

Enfin, le premier chapitre consacré au PACS comprend les articles 515-1 à 515-7 et le second chapitre est composé du seul article 515-8, qui définit le concubinage :

« Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

Ainsi, si les droits et obligations associés à chacun de ces régimes juridiques diffèrent nettement, ils ont tous pour point commun une communauté de vie.

En effet, aux termes de l'article 215 du code civil, *« les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie »*.

Et l'article 515-4 du code civil dispose que *« [l]es partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune »*.

La notion de « vie commune » n'est pas définie par la loi. Le Conseil constitutionnel a toutefois relevé que *« la vie commune [...] suppose, outre une résidence commune, une vie de couple »* ([Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999](#), cons. 26).

La loi PACS a fait perdre au mariage son exclusivité dans l'organisation juridique du couple. Les nouvelles dispositions étaient destinées, selon le doyen Carbonnier¹⁰, *« à faire passer globalement le hors-mariage du non-droit au droit. On voulait en finir de l'empirisme antérieur, des simples accommodements fragmentaires : l'ambition était de construire un ensemble cohérent de droits et d'obligations – bref d'offrir aux concubins – car ce ne serait jamais que facultatif – un statut, qui, sans pour autant s'identifier au mariage, leur garantirait une part de la sécurité juridique des gens mariés »*.

Auparavant, le mariage était la seule forme d'union légale dotée d'un statut et donc susceptible de produire un ensemble cohérent d'effets de droit.

Les unions hors mariage n'étaient pas pour autant ignorées du droit. Le concubinage, qui englobait toute la diversité des formes d'union hors mariage, n'était pas dépourvu de tout effet de droit.

Pour autant, ces effets étaient ponctuels, disséminés dans les différentes branches du droit, et surtout se heurtaient, d'une part, à la définition même de l'union susceptible de produire des effets et, d'autre part, à la preuve de l'existence de cette union de fait.

Les dispositions sur le PACS, modifiées par des textes postérieurs à la loi de 1999 (dont la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle) conduisent aujourd'hui les partenaires à une obligation d'assistance et à un devoir de vie commune.

¹⁰ Droit civil, vol. I, 2004, coll. Quadriga Manuels, PUF, n° 658

Sur le plan patrimonial, le régime de la solidarité des dettes a été amélioré et les partenaires ne sont plus soumis automatiquement à une présomption d'indivision de leurs biens. Le « régime légal » est désormais celui de la séparation des biens. Des règles de liquidation, largement similaires à celles du droit des régimes matrimoniaux, permettent enfin d'encadrer de façon un peu plus précise les modalités d'ordre patrimonial de la rupture.

On retrouve à l'article 515-4 du code civil les principales obligations et les effets du mariage prévus de façon impérative par les articles 212 et suivants du même code :

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante (...)»

La copie demeure malgré tout imparfaite : les devoirs et obligations de nature personnelle sont amputés du devoir de fidélité en matière de PACS et les rapports entre partenaires (autonomie ou interdépendance, en matière bancaire, professionnelle, ou encore de logement familial) sont envisagés dans le cadre du PACS de façon beaucoup plus succincte qu'en matière de mariage.

S'agissant du concubinage, qui est une union de fait, aucune disposition légale ne règle leur contribution aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées.

Cependant, il semble se dégager d'une jurisprudence récente une obligation, pour les concubins, de contribuer aux charges de la vie commune :

- 1^{re} Civ. 1^{re}, 13 janv. 2016, n° 14-29.746, 1^{re} Civ., 7 février 2018, pourvoi n° 17-13.979 : le remboursement d'un emprunt par le concubin, souscrit pour acquérir un bien indivis, peut être considéré comme une dépense de la vie courante ;

- 1^{re} Civ., 10 févr. 2016, n° 15-10.150 : le travail de l'un des concubins bénéficiant à l'autre, effectué sans contrepartie financière, peut être considéré comme n'excédant pas l'obligation naturelle de participation aux charges de ménage qu'implique une vie de couple ;

- 1^{re} Civ., 2 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.477, publié : les frais exposés par l'un pour la construction et le financement de l'immeuble édifié sur le terrain de l'autre et ayant constitué le logement de famille peuvent l'avoir été au titre de sa contribution aux dépenses de la vie courante.

Dans le répertoire de droit civil consacré au concubinage¹¹, Sonia Ben Hadj Yahia indique que les droits des concubins se sont, progressivement, affirmés dans un souci d'équité et de justice, afin que ces personnes soient protégées autant que leurs enfants, que l'irruption des droits de l'homme dans le droit de la famille a

¹¹ Répertoire civil Concubinage - Sonia Ben Hadj Yahia - Octobre 2016 (actualisation : Juin 2023), n°6, 7

également contribué au renforcement des droits des concubins, que les principes d'égalité, de liberté, de convenance personnelle ont commandé la contractualisation du droit de la famille et que le principe de neutralité du droit et de l'État à l'égard des différentes formes de conjugalité a incité à l'harmonisation des unions dans les droits, mais aussi dans les devoirs.

Elle souligne que, face à un tel mouvement, le concubinage a désormais acquis une maturité telle qu'il sert de modèle d'union.

Elle rapporte les propos de Philippe Malaurie, selon lesquels « *le statut juridique du concubinage singe le mariage. L'inverse l'est aussi en fait. Le comportement de nombreux époux est d'imiter celui des concubins* »¹².

Parmi les avantages que procure le concubinage, qui ne se retrouvent pas dans les autres formes d'unions, elle évoque sa souplesse, en ce qu'il s'agit d'une union qui se forme et se défait en dehors d'un cadre juridique par la seule volonté des concubins, tout en affirmant qu'il serait erroné d'en déduire que le concubinage évolue dans une sphère de non-droit, en ce que le législateur et le juge l'humectent de règles juridiques en le définissant et en précisant les droits et devoirs des concubins.

Pour cette auteure, le concubinage, de par sa nature, obéit à un statut et à un régime juridique allégés : s'il est désormais une « situation de droit » dans le sens où le législateur consacre cette notion, la définit et lui fait produire des effets juridiques, cette union demeure une « union de fait », soit un lien non pas juridique mais conventionnel, informel. Ainsi, juridiquement, les concubins sont, l'un pour l'autre, deux étrangers (si bien, qu'ils n'héritent pas l'un de l'autre et sont soumis à une déclaration de revenus séparée). Cette union se distingue par là-même du mariage et du PACS, unions institutionnelles présentées comme des unions de droit entre deux personnes dont la formation, les effets et la dissolution sont régis par la loi.

S'agissant de la preuve du concubinage, qui peut être nécessaire au bénéfice d'un droit ou d'un avantage, elle indique qu'elle est, en principe, libre, s'inscrivant dans le droit commun de la preuve, de sorte que tout moyen de preuve est admis, mais que, souvent, les concubins, à titre préventif, établissent la preuve de leur concubinage, grâce à deux documents spéciaux :

- la déclaration sur l'honneur, document rédigé sur papier libre par lequel les concubins reconnaissent leur état de concubinage, qui doit être signé par les deux concubins et par deux témoins sans lien de parenté avec eux et doit mentionner la date à laquelle a commencé le partage de la vie commune,
- le certificat de concubinage, délivré par la mairie du lieu du domicile du couple, attestant que deux personnes vivent en union libre au même domicile, délivré sur la base de témoignages de deux personnes majeurs et non parents des concubins attestant de l'existence d'une vie de couple durable et stable entre eux.

L'établissement de ces documents est recommandé, mais non obligatoire.

¹²Mariage et concubinage en droit français contemporain, Archives Phil. dr. 1975

À côté de tels documents, il peut être également dressé un acte de notoriété constatant l'existence d'une vie commune entre les deux intéressés. Le juge peut lui-même être saisi afin d'établir un tel acte, une telle saisine étant rare.

Enfin, le contrat de concubinage imite le contrat de mariage en le prenant pour référent. Comme ce contrat classique, le contrat de concubinage permet d'organiser la vie des concubins en donnant un régime conventionnel à leur union. Il peut ainsi se proposer de fixer les règles de la communauté de vie et le régime primaire en matière pécuniaire.

Les juges limitent la portée des conventions entre concubins, lesquelles peuvent, notamment, être annulées si elles sont contraires aux dispositions légales ou aux libertés individuelles.

Il résulte de ces éléments que, s'il existe de nombreux points de convergence entre les trois modes de conjugalité, chacun conserve sa spécificité, celle du concubinage pouvant se résumer par la souplesse et la liberté résultant de l'absence de cadre juridique nécessaire à sa formation et à sa dissolution, qui rend la preuve de son existence plus difficile, ce dont il découle des droits et des devoirs allégés par rapport à ceux des couples mariés ou pacsés.

Les principes constitutionnels invoqués

Les dispositions attaquées par une QPC doivent porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le bloc de constitutionnalité issu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel entre en son entier dans le champ des droits et libertés garantis. Il convient donc d'ajouter au texte même de la Constitution et son préambule, les droits économiques et sociaux du préambule à la Constitution de 1946, auxquels renvoie celui de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ainsi que les droits et devoirs définis dans la charte de l'environnement de 2004.

- **Le principe d'égalité devant la loi, invoqué par la première QPC**

Aux termes de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*

Aux termes de son article 6, *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.*

Et selon l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.*

L'égalité consacrée par la déclaration de 1789 est une égalité de droit qui, comme le rappelle Raymond Odent¹³, « exige que toutes les personnes placées dans des

¹³ Contentieux administratif, Dalloz, T. II., p. 353

situations identiques soient soumises au même régime juridique, soient traitées de la même façon, sans privilège et sans discrimination ».

Selon le professeur Melin-Soucramanien¹⁴,

*« Depuis une décision du 9 avril 1996 ([décision n° 96-375 DC](#)), le Conseil constitutionnel juge que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». **Il appert clairement de ce standard jurisprudentiel que l'égalité ne peut être un droit fondamental absolu et inconditionnel, mais au contraire une norme relative et contingente (...).** »*

Cet auteur évoque deux degrés de contrôle du juge constitutionnel en matière d'égalité, d'intensité différente :

- le contrôle strict ne s'appliquant que lorsque sont examinées des discriminations expressément interdites par la Constitution, ou des discriminations ayant pour effet de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux,
- le contrôle normal dans tous les autres cas, c'est-à-dire en présence de simples différences de traitement entre situations de droit ou de fait comparables, pour lesquelles le contrôle exercé s'apparente à un contrôle de proportionnalité limité à la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies, ne donnant lieu que très rarement à des annulations, dans l'hypothèse d'une absence de rationalité du choix du législateur. Il prend l'exemple du contrôle exercé dans la décision du 29 décembre 2009 concernant la taxe carbone ([décision n° 2009-599 DC](#), cons. 80 : *« le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »*, le Conseil constitutionnel ayant considéré que tel n'était pas le cas s'agissant de cette imposition).

Selon une étude récente¹⁵ :

« L'invocation massive du principe d'égalité devant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel a fourni à ces juridictions l'occasion d'une jurisprudence abondante sur les conditions de sa mise en œuvre et sur le rôle du juge dans le contrôle de son application.

De façon concordante, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel déduisent du principe d'égalité deux types d'obligations : l'interdiction de certaines discriminations et l'application uniforme de la règle de droit.

¹⁴ Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? Cahiers du Conseil constitutionnel n°29 (dossier : la question prioritaire de constitutionnalité) - octobre 2010

¹⁵ Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, Cécile Barrois de Sarigny, publication du Conseil constitutionnel, Titre VII, avril 2020, n°4

(...)

L'application du principe d'égalité entendu comme obligation d'uniformité de la règle de droit est plus délicate à saisir. Dans ce second cadre, les juges appréhendent la norme prise dans sa généralité, ce qui les conduit à opérer un contrôle distancié garantissant qu'ils ne substitueront pas leur propre appréciation à celle des pouvoirs publics quant au meilleur moyen de parvenir aux objectifs visés.

Cette prise de distance se traduit dans la formulation même du principe d'égalité, lequel est présenté par la jurisprudence comme un principe "en creux" qui "ne s'oppose pas" à ce que le législateur ou - devant le Conseil d'État - l'autorité investie du pouvoir réglementaire "règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit". Le principe d'égalité est ainsi accommodant. A la fois relatif et contingent, il s'applique "toutes choses égales d'ailleurs" à des situations identiques sous réserves des aménagements que l'intérêt général commande. »

Ainsi, le Conseil constitutionnel juge, dans un considérant de principe, que :

« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »
(voir par exemple [décision n° 2021-957 QPC du 17 décembre 2021](#)).

Dans sa [décision n° 2023-1045 QPC du 21 avril 2023](#), le Conseil constitutionnel a jugé que la différence de traitement instaurée par les dispositions de l'article 1242 du code civil, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui prévoient qu'en cas de divorce ou de séparation, la responsabilité de plein droit des dommages causés par l'enfant mineur incombe au seul parent chez lequel la résidence habituelle a été fixée, quand bien même l'autre parent exercerait conjointement l'autorité parentale, est fondée sur une différence de situation qui est en rapport avec l'objet de la loi, et que ces dispositions, qui n'instituent, par elles-mêmes, aucune différence de traitement entre les victimes d'un dommage causé par un enfant mineur, ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la loi.

[Dans sa décision n° 2023-1036 QPC du 10 mars 2023](#), le Conseil constitutionnel a jugé, à propos des dispositions de l'article 1386-11 du code civil, qui prévoient que le producteur d'un produit de santé défectueux ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité de plein droit en prouvant que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence de ce défaut, dans l'hypothèse où le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par un produit issu de celui-ci, qu'il en résulte une différence de traitement dans l'engagement de la responsabilité du producteur selon que le dommage a été causé par un tel élément ou produit ou par tout autre produit défectueux, mais que cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la

loi qui, afin de préserver la recherche et l'innovation, permet une telle exonération, sauf pour les produits issus du corps humain, qui présentent une nature et des risques spécifiques.

S'agissant plus particulièrement de questions portant sur des différences de traitement résultant de régimes de prescription différents, on peut citer les décisions suivantes :

- saisi d'une question par laquelle il était soutenu qu'en ne prévoyant pas que la prescription des créances détenues par un mineur non émancipé à l'encontre d'une personne publique est suspendue en raison de son état de minorité, alors qu'une telle suspension était prévue pour les créances civiles par l'article 2235 du code civil, les dispositions de la loi du 31 décembre 1968 méconnaissaient le principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa [décision n° 2012-256 QPC du 18 juin 2012](#) :

« aucune exigence constitutionnelle n'impose que les créances sur les personnes publiques soient soumises aux mêmes règles que les créances civiles ; qu'en instituant un régime particulier applicable aux créances contre certaines personnes publiques, le législateur pouvait prévoir des causes de suspension de la prescription différentes de celles applicables aux relations entre personnes privées ; qu'ainsi, la différence de traitement instaurée par le législateur entre les créanciers mineurs non émancipés soumis aux dispositions du code civil et ceux qui se prévalent d'une créance à l'encontre d'une personne publique visée par l'article premier de la loi précitée est fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » ;

- dans sa [décision n° 2013-354 QPC du 22 novembre 2013](#), le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions ne soumettant à aucune prescription l'action du ministère public en négation de nationalité. Il a considéré, à ce titre, que :

« l'action en négation de nationalité a pour objet de faire reconnaître qu'une personne n'a pas la qualité de Français ; qu'elle a donc un objet différent tant de l'action en contestation de la déclaration de nationalité, qui vise à contester l'acte ayant conféré à une personne la nationalité française, que de la déchéance de nationalité, qui vise à priver une personne, en raison des faits qu'elle a commis, de la nationalité française qu'elle avait régulièrement acquise ; qu'en instaurant des règles de prescription différentes pour des actions ayant un objet différent, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité » ;

- le Conseil constitutionnel a ensuite jugé, dans sa [décision n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019](#), que les dispositions de l'article 7 du code de procédure pénale, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, selon lesquelles le délai de prescription de l'action publique pour les infractions continues ne commence à courir qu'à compter du jour où elles ont cessé, qui instaurent une différence de traitement entre les infractions instantanées et les infractions continues dont le terme ne peut être déterminé, fixent des règles qui ne sont pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions,

- dans sa [décision n° 2021-957 QPC du 17 décembre 2021](#), le Conseil constitutionnel décide que, le contrat d'assurance se distinguant des autres contrats, la prescription spéciale de deux ans applicable aux actions dérivant d'un tel contrat, prévue à l'article L. 114-1 du code des assurances, ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi en ce que la différence de traitement critiquée, qui est fondée sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de la loi,

- et très récemment, en matière de responsabilité des auxiliaires de justice, la première chambre civile a renvoyé au Conseil constitutionnel une question portant sur la constitutionnalité des dispositions de l'article 2225 du code civil, qui fixent le point de départ du délai de cinq ans pour agir contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice à la fin de leur mission alors que les autres activités exercées par ces personnes demeurent soumises à la prescription de droit commun de l'article 2224 du code civil prévoyant un point de départ au jour où la personne a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'agir, au motif que la dualité de régime était susceptible de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi : [1^{re} Civ., 28 juin 2023, pourvoi n° 23-13.689](#) ; or le Conseil constitutionnel a décidé que cette différence de traitement, fondée sur une différence de situation, était en rapport avec l'objet de la loi : [décision n° 2023-1061 QPC du 28 septembre 2023](#) :

14. La mission de représentation et d'assistance en justice, qui s'exerce devant les juridictions et ne peut être accomplie que par les avocats ou certaines personnes spécialement habilitées, se distingue par sa nature de l'activité de conseil et de rédaction d'actes.

15. Ainsi, au regard de l'objet de la loi tel que défini au paragraphe 9, le législateur a pu prévoir un point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité différent pour chacune de ces missions.

S'agissant de la différence de traitement entre concubins d'une part, et couples mariés ou pacsés d'autre part, le mémoire spécial cite la [décision n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020](#), qui a déclaré non-conformes à la Constitution comme contraires au principe d'égalité devant la loi les dispositions de l'article 335 du code de procédure pénale, telles qu'interprétées par la jurisprudence, qui prévoient seulement que ne peuvent être reçues sous la foi du serment les dépositions du mari ou de la femme de l'accusé et non pas celles de son concubin ou de sa concubine, tenu de déposer sous serment en vertu de l'article 331 du même code, en ce que la différence de traitement instaurée par ces dispositions n'est justifiée ni par une différence de situation ni par un motif d'intérêt général.

Le Conseil constitutionnel a retenu :

- qu'en dispensant de déposer sous serment le mari ou la femme de l'accusé, le législateur a entendu préserver le conjoint appelé à témoigner du dilemme moral auquel il serait exposé s'il devait choisir entre mentir ou se taire, sous peine de poursuites, et dire la vérité, pour ou contre la cause de l'accusé,

- que si l'intensité des droits et obligations qui s'imposent aux membres du couple diffèrent selon qu'ils choisissent l'une ou l'autre de ces unions, les concubins ou les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ne sont pas moins exposés que les conjoints au dilemme moral dont le législateur a entendu préserver ces derniers lorsqu'ils sont appelés à témoigner au procès de leur conjoint accusé,

- que la limitation de la liste des personnes susceptibles d'être dispensées de la formalité du serment, à raison de leur proximité avec l'accusé, peut être justifiée par l'intérêt qui s'attache à ce que la cour d'assises puisse facilement s'assurer de l'existence ou non du lien du témoin avec l'accusé ; que tel est notamment le cas du mariage, compte tenu de la publicité dont il fait l'objet, mais aussi du pacte civil de solidarité, qui fait l'objet d'un enregistrement en mairie, et que, par ailleurs, l'article 515-8 du code civil définit le concubinage comme une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes qui vivent en couple, et que, compte tenu de ces critères de stabilité et de continuité, la cour d'assises est en mesure, au regard notamment des éléments recueillis lors de l'instruction, de s'assurer de l'existence d'une vie commune constitutive d'un concubinage, de sorte que la différence de traitement établie par les dispositions contestées entre le mariage, le concubinage et le pacte civil de solidarité n'apparaît pas justifiée par cet objectif.

L'article 335 du code de procédure pénale a donc été modifié par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 qui a ajouté l'expression « du partenaire lié à l'accusé par un pacte civil de solidarité ou de son concubin » à la liste des dépositions pouvant être reçues sans la foi du serment.

Préalablement, dans une [décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996](#), le Conseil constitutionnel avait été saisi de la différence de traitement entre les époux, qui bénéficiaient d'une immunité pénale en cas d'aide au séjour irrégulier de leur conjoint, et les concubins qui n'en bénéficiaient pas, et jugé :

« qu'eu égard à l'objectif qu'il s'est fixé tendant à concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine, le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, faire bénéficier d'une immunité pénale les ascendants, descendants et conjoints sans l'étendre aux frères et sœurs ainsi qu'aux concubins » (cons. 13).

En matière d'allocations familiales, dans sa [décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997](#), le Conseil a formulé une réserve d'interprétation imposant que les ressources à prendre en compte pour déterminer le droit au bénéfice des allocations familiales soient celles des deux membres du couple qui ont en charge l'entretien et l'éducation des enfants, indépendamment du fait que les intéressés sont ou non mariés :

« Considérant que le régime des allocations familiales répond à l'exigence constitutionnelle de solidarité nationale en faveur de la famille ; que les charges familiales sont indépendantes de l'état civil des membres du couple ; que, par suite, les ressources à prendre en compte pour déterminer le droit au bénéfice des allocations familiales sont celles des deux membres du couple qui ont en charge l'entretien et l'éducation des enfants, indépendamment du fait que les intéressés sont ou non mariés ; que, sous cette réserve, le grief doit être écarté » (cons. 41).

Saisi de la loi PACS, le Conseil s'est appuyé sur les différences existant entre les époux et les partenaires de PACS d'une part, les concubins d'autre part, au regard des droits et obligations reconnus au sein du couple, notamment au regard de l'aide mutuelle apportée à chacun, pour justifier les différences de traitement établies par

le législateur s'agissant de la soumission à une imposition commune ou du bénéfice de règles d'abattement spécifiques pour les droits de mutation à titre gratuit : [décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999](#) :

« Considérant, en deuxième lieu, que le législateur a entendu accorder des droits particuliers aux personnes qui ne peuvent ou ne veulent se marier, mais qui souhaitent se lier par un pacte de vie commune ; que, contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires d'un tel pacte sont assujettis à certaines obligations ; qu'ils se doivent, en particulier, « une aide mutuelle et matérielle » ; que cette différence de situation justifie, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement critiquée entre personnes vivant en concubinage et personnes liées par un pacte civil de solidarité » (cons. 43).

De la même manière, après avoir relevé les différences existant entre les devoirs d'assistance respectifs des époux, des partenaires de PACS et des concubins, le Conseil constitutionnel a jugé conforme au principe d'égalité devant la loi la différence de traitement instaurée en matière de bénéfice de la pension de réversion : [décision n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011](#) :

« Considérant, en premier lieu, que le concubinage est défini par le seul article 515-8 du code civil comme "une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple" ; qu'à la différence des époux, les concubins ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque ; (cons. 5) ;

Considérant, par suite, que le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents ; que la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un pacte civil de solidarité ne méconnaît pas le principe d'égalité » (cons. 8).

Le mémoire spécial fait valoir que l'article 2236 du code civil établit une différence de traitement qui ne repose sur aucune justification entre les personnes vivant « en couple » et même ayant fondé une famille, suivant le régime juridique sous lequel elles ont voulu placer leur union : mariage, PACS ou concubinage.

Il ajoute qu'imposer au concubin, pour interrompre la prescription, d'agir préventivement en justice contre la personne avec laquelle il vit sous le même toit et a fondé une famille, dans l'hypothèse où il aurait une créance à faire valoir (ce qui est fréquent du fait du financement du logement de famille, où les différences de fortune donnent souvent lieu à des apports inégaux), revient à introduire dans sa vie intime un ferment de discorde que le législateur a voulu éviter pour les personnes mariées et pour les partenaires de PACS mais pas pour les concubins, qui devraient pourtant bénéficier de la même exigence de préservation de la paix de leurs ménages.

En égard à ces éléments, il conviendra de déterminer si l'atteinte au principe d'égalité invoquée dans la première QPC présente un caractère sérieux justifiant le

renvoi de la question au Conseil constitutionnel, ou si la différence de situation existant entre époux et partenaires liés par un PACS d'une part, et entre concubins d'autre part, justifie la différence de traitement relative à la prescription de leurs créances, au regard de l'objet de la loi qui l'instaure.

- **Le droit de mener une vie familiale normale, invoqué par la seconde QPC**

La Constitution garantit le droit au respect de la vie familiale.

A l'occasion de sa [décision n° 93-325 DC du 13 août 1993](#), (cons. 69), le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle du droit de mener une vie familiale normale, qui découle du dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui découle de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, rattaché au bloc de constitutionnalité, qui dispose : « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* »

Ce droit découle également de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution, selon lequel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère (...), la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

Le Conseil constitutionnel a récemment rangé le droit de mener une vie familiale normale au nombre des « *droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République* » ([décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024](#), para. 113).

Il veille au respect de ce droit par le législateur.

De nombreuses décisions ont été rendues en droit des étrangers.

Dans sa décision n° [2003-484 DC du 20 novembre 2003](#), le Conseil constitutionnel a précisé la conception retenue par lui de ce principe en déniant son caractère général et absolu et en énonçant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle et les exigences du droit de mener une vie familiale normale (Cons. 28).

Dans sa décision [n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010](#) concernant l'adoption au sein d'un couple non marié, le Conseil constitutionnel a précisé la portée limitée qu'il accorde au droit de mener une vie familiale normale en jugeant conformes à ce droit les dispositions qui empêchent, par la voie de l'adoption simple, qu'un enfant mineur puisse voir établir un deuxième lien de filiation à l'égard du concubin ou du partenaire de son père ou sa mère :

« *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* » (cons. 8).

Il a confirmé cette position dans sa décision [n° 2013-669 DC du 17 mai 2013](#) - Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe dont le commentaire autorisé précise les contours :

« le droit à une vie familiale normale doit être entendu dans un sens concret (possibilité de vivre ensemble), plus que dans un sens proprement formel qui impliquerait une consécration en droit des liens biologiques ».

Le Conseil constitutionnel assimile donc le droit de mener une vie familiale normale à la possibilité concrète donnée aux membres d'une famille de vivre ensemble, peu important le régime juridique de cette vie commune.

En d'autres termes, le droit de mener une vie familiale normale doit être entendu comme la protection contre les mesures qui empêchent ou entravent, en fait, directement ou indirectement, la conduite d'une vie familiale unie.

Certaines décisions semblent confirmer l'acceptation restrictive retenue par le Conseil de ce droit, comme, par exemple :

- [décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011](#), portant sur l'interdiction de se marier entre personnes de même sexe :

« le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale » ;

- [décision n° 2016-557 QPC du 29 juillet 2016](#), portant sur le prononcé du divorce subordonné à la constitution d'une garantie par l'époux débiteur d'une prestation compensatoire en capital :

« les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'empêcher les membres d'une même famille de vivre ensemble. Le grief tiré de la méconnaissance du droit de mener une vie familiale normale doit donc être écarté ».

Selon le mémoire spécial, l'article 2236 du code civil, dans sa rédaction actuelle, en ce qu'il contraint la personne vivant en concubinage avec une autre d'agir en justice à son encontre pendant le cours de la relation intime et familiale pour interrompre la prescription, porte atteinte à la paix des ménages et méconnaît directement son droit de mener une vie familiale normale, en y introduisant un ferment de discorde que rien ne justifie.

On peut cependant relever que l'article 2236 du code civil, qui prévoit la suspension de la prescription entre époux ou entre partenaires de PACS et ne concerne pas les concubins, ne contraint pas, en lui-même, les concubins à agir en justice pendant le cours de leur relation pour éviter la prescription de leurs créances réciproques.

Si le mémoire spécial n'invoque pas la méconnaissance que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, il soutient que l'article 2236 du code civil n'est pas conforme à la Constitution faute pour le législateur d'avoir prévu, en même temps que la suspension de la prescription des créances entre époux et entre partenaires de PACS, la suspension de la prescription des créances entre concubins.

On peut donc se demander si, en critiquant une abstention du législateur, la question ne formule pas, implicitement, un grief tiré de son incompétence négative.

- **La méconnaissance de l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution (notion d'incompétence négative)**

Apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dès la [décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967](#), le contrôle de l'incompétence négative du législateur sanctionne le fait, pour l'auteur de la loi, de ne pas avoir pleinement exercé sa compétence. Ce contrôle se fonde, en effet, sur la définition par la Constitution, notamment à son article 34, d'un domaine dans lequel le législateur doit fixer les règles et principes applicables.

Le Conseil constitutionnel ne manque pas de rappeler dans ses décisions qu'il « *incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution, en particulier son article 34, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ».

Le législateur doit éviter, par les imprécisions, les ambiguïtés ou les obscurités qu'il introduit, de renvoyer à d'autres (pouvoir réglementaire, juridictions...) la responsabilité de régler des questions placées dans le domaine de la loi par le constituant ([décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000](#), cons. 8).

Selon le Conseil, le législateur « *doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » ([décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014](#)).

Le Conseil constitutionnel a jugé que le grief d'incompétence négative ne pouvait être soulevé dans le cadre d'une QPC, « *que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » ([décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010](#), SNC Kimberly Clark).

Il a ensuite précisé que cette méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne pouvait être invoquée à l'appui d'une QPC « *que dans le cas où cette méconnaissance affecte **par elle-même** un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » ([décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012](#), cons. 3).

Cette formule peut apparaître surprenante, en ce qu'en soi, l'intervention du législateur n'affecte pas les droits et libertés. Elle signifie pourtant que, dans certaines situations, la défaillance du législateur va entraîner une atteinte à ces droits.

Selon le [commentaire autorisé de la décision n° 2015-485 QPC du 25 sept 2015](#), p 20, avant de s'interroger sur l'absence de garanties légales suffisantes dans la disposition contestée, il convient de déterminer si les incompétences négatives alléguées sont opérantes à l'encontre de la disposition critiquée :

*« En effet, il ne suffit pas pour le requérant de dénoncer une insuffisance du législateur, il faut encore que cette insuffisance transforme la disposition contestée en une disposition recelant une inconstitutionnalité au regard d'un droit ou liberté déterminé. **Pour cela, il est nécessaire que l'application de la disposition elle-même puisse entraîner une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, que cette atteinte ne résulte pas en réalité de l'application d'une autre disposition légale et qu'aucune disposition légale ne prévoie les garanties nécessaires** ».*

Dans sa [décision n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018](#), para. 73, le Conseil a précisé que *« S'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, le grief tiré de l'incompétence négative du législateur ne peut être utilement présenté devant le Conseil constitutionnel qu'à l'encontre de dispositions figurant dans la loi qui lui est soumise et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles instaurent. »*

Selon le [commentaire autorisé de cette décision](#), la jurisprudence sur l'incompétence négative entend s'assurer que le législateur exerce sa compétence dans toute l'étendue requise par la Constitution, mais qu'elle *« ne saurait aboutir à le contraindre à légiférer sur des sujets ou des questions ne faisant pas l'objet de dispositions dans la loi contrôlée »*. Ce commentaire ajoute qu'à l'inverse, *« suivre le raisonnement des requérants aurait conduit à rendre possible, à l'occasion du contrôle d'une loi (...), la contestation de la constitutionnalité de l'inaction du législateur »*.

Le [commentaire autorisé de la décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021](#) indique que le contrôle de l'incompétence négative du législateur se fonde sur la définition par la Constitution, notamment à son article 34, d'un domaine dans lequel le législateur doit fixer les règles et principes applicables et qu'une disposition législative peut être entachée d'incompétence négative dans deux situations :

- lorsque le législateur est intervenu sans avoir épuisé sa compétence dans un domaine qui lui est réservé par la Constitution, en cas de renvoi explicite à un acte réglementaire sur une question relevant du domaine législatif ou de dispositions excessivement imprécises ou ambiguës,
- lorsque le législateur a omis de prévoir les garanties légales dont le dispositif institué devait être entouré pour assurer le respect d'exigences constitutionnelles, pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Il est toutefois précisé que si la jurisprudence relative à l'incompétence négative amène le Conseil constitutionnel à veiller à ce que le législateur exerce sa compétence dans toute l'étendue requise par la Constitution, ce qui peut le conduire à contrôler les « insuffisances » ou les « lacunes » de la loi, **elle ne se confond pas avec un recours en carence du législateur et ne saurait donc permettre au Conseil de procéder à un contrôle général de l'inaction du législateur. Le Conseil ne peut ainsi valablement répondre à un grief tiré de l'incompétence négative du législateur que si celui-ci s'attache à dénoncer des insuffisances imputées à un dispositif instauré par ce dernier.**

Pour résumer, l'incompétence négative n'est opérante que pour critiquer l'insuffisance d'un dispositif législatif, et non pour critiquer son absence.

Le Conseil d'Etat ([CE , 12 février 2021, n° 440401](#)) a adopté cette même position en jugeant que :

« si le requérant invoque l'incompétence négative qui entacherait ces dispositions législatives faute de comporter des règles relatives à la transmission des titres nobiliaires, un tel grief ne peut être utilement présenté qu'à l'encontre de dispositions applicables au litige et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles instaurent et non pour revendiquer la création d'un régime dédié. Ce grief est, par suite, inopérant. »

Selon Guillaume Odinet, rapporteur public dans cette affaire :

« [cette QPC va] « au-delà de ce que permet la critique d'incompétence négative : elle ne critique pas l'insuffisance des règles relatives au contenu, à l'établissement ou à la preuve des actes d'état civil, pas davantage l'insuffisance des règles relatives au changement de nom, elle critique l'absence pure et simple de règles relatives à la transmission des titres nobiliaires. Une telle critique ne relève pas de l'incompétence négative, elle relève de la carence du législateur ; elle nous paraît en conséquence inopérante. »

Dans un arrêt postérieur ([CE, 10 octobre 2022, n° 465977](#)), le Conseil d'Etat a réitéré cette position en jugeant que :

« s'il incombe au législateur, lorsqu'il adopte des dispositions, d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, le grief tiré de son incompétence négative ne peut être utilement soulevé à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité qu'à l'encontre de dispositions résultant d'une loi promulguée et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles ont instaurées, la question prioritaire de constitutionnalité étant destinée à saisir le Conseil constitutionnel de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de dispositions législatives applicables et non à contraindre le législateur de légiférer sur un autre sujet que celui traité par les dispositions de la loi contestée. »

Selon Marie Sirinelli, rapporteure publique dans cette affaire,

*« à l'exception du cas particulier du contrôle du respect, par les lois de finances, de leur domaine obligatoire (défini par des dispositions organiques), **le Conseil constitutionnel ne dispose pas de base juridique pour censurer directement une abstention du législateur. Symétriquement, il juge qu'il ne saurait, "sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution", prononcer des injonctions à l'encontre de celui-ci (CC 14 août 2003, n° 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites, § 26). C'est donc au seul prisme de l'incompétence négative que le silence de la loi peut être censuré, mais il n'est pas question, dans ce cadre, de n'importe quel silence.** (...) Apparue dès une décision du 26 janvier 1967, la jurisprudence relative à l'incompétence négative a été transposée au contrôle de constitutionnalité a posteriori en voyant son*

*invocabilité conditionnée par le champ d'application de la QPC (...)(v. CC 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, SNC Kimberly Clark¹³ ; ou CC 18 juin 2012, n° 2012-254 QPC). Ces travaux rappellent l'axe premier et nécessaire de cette jurisprudence, consistant en la méconnaissance de la répartition des compétences fixée par l'article 34 de la Constitution – ce dont témoigne le fait que le Conseil constitutionnel n'accepte d'examiner ce grief que pour les lois postérieures au texte constitutionnel de 1958 (CC 17 décembre 2010, n° 2010-28 QPC, cons. 9). Le sujet est donc territorial, avant d'être thématique. **L'incompétence négative est inconstitutionnelle parce qu'elle laisse un espace excessif au pouvoir réglementaire, ou à une autre autorité.** Comme le résume la professeure Ariane Vidal-Naquet, (...) "(l)a défaillance du législateur doit être comprise dans une logique verticale de hiérarchie des compétences". Partant, la censure pour incompétence négative peut couvrir de nombreuses situations (le législateur n'a pas posé de règles suffisamment claires ou précises, ou il a prévu un renvoi trop large aux autorités administratives, juridictionnelles, ou même aux partenaires sociaux ou à des organismes privés). Mais, **quelle que soit sa manifestation, l'incompétence négative censure seulement le fait, pour le législateur, d'avoir laissé la main trop vite. Or, pour laisser la main, il faut l'avoir préalablement prise.** »*

En égard à l'ensemble de ces considérations, il conviendra de déterminer si une atteinte au droit à mener une vie familiale normale peut résulter des dispositions critiquées et justifier le renvoi de la seconde question au Conseil constitutionnel.