



HAL
open science

Libres propos jouant fantaisiste balade autour de l'amitié

Anne Brobbel Dorsman

► To cite this version:

Anne Brobbel Dorsman. Libres propos jouant fantaisiste balade autour de l'amitié. Anne Brobbel Dorsman; Laurent Kondratuk; Béatrice Lapérou-Schneider. Genre, famille et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe, L'Harmattan, pp.147-175, 2017, 978-2-343-11240-4. hal-04569726

HAL Id: hal-04569726

<https://univ-fcomte.hal.science/hal-04569726v1>

Submitted on 6 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sous la coordination de
Anne Brobbel Dorsman
Béatrice Lapérou-Schneider
Laurent Kondratuk

Genre, famille, vulnérabilité

Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe

L'Harmattan

© L'Harmattan, 2017
5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.harmattan.fr>

ISBN : 978-2-343-11240-4

EAN : 9782343112404

Libres propos jouant fantaisiste balade autour de l'amitié

Anne BROBBEL DORSMAN

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de Bourgogne Franche-Comté – CRJFC EA3225

I. Une évidence

Il fut une évidence : un livre tissé de nos pages composées de mots et songes juridiques se devait de naître en hommage vibrant, respectueux et amical à Catherine. Nous ne pouvions endurer sa révérence sans dire par nos travaux combien nous lui étions reconnaissants des si précieux et nombreux cadeaux quotidiens qu'elle a généreusement et talentueusement offerts durant toutes ces années à ses étudiants, à notre faculté, à notre centre de recherches et à nous, ses collègues.

L'évidence était là. Mais quant à savoir autour de quel thème j'allais broder ma petite part d'hommage, l'évidence se déroba. J'eus alors une idée, une traîtresse idée : soutirer à la dame ses propres et belles idées. Une idée née de l'observation. Ayant eu l'immense privilège durant toutes ces années de vivre au côté de Catherine, de collaborer avec elle, je l'ai vue. Je l'ai vue offrir à ses étudiants en recherches, en recherches de sujets, de magnifiques thèmes, de ceux originaux qui apportent à l'édifice, qui savent inspirer, qui aspire à la nouveauté, à l'évolution, à la création, de vrais beaux et utiles sujets de recherche, qui savent vous grandir et enrichir la science juridique.

Moi qui avais eu la chance de suivre en mon temps étudiant ses cours captivants, mais qui n'avais pas eu la chance de bénéficier en mon temps doctorant, de sa science et inventivité de chercheuse, j'allais me rattraper, j'allais profiter de son inspiration si féconde, j'allais lui piquer mon sujet d'hommage en toute discrétion espiègle. Nous avions convenu de jouer en catimini le livre cadeau, le pensant plus savoureux s'il était surprise. Tout en préservant ladite surprise, j'allais pouvoir partager avec Catherine un morceau du livre, sans qu'elle n'en soupçonne la destination, tout en me surveillant sans cesse pour n'en rien trahir.

Je ne fus pas déçue, le sujet proposé par notre inventive amie était beau, original et passionnant, mais totalement infaisable, tant il était ambitieux, pour le temps qu'il nous restait pour lui rendre hommage. Je ne vous dirai rien du sujet en question, ayant bien trop peur de me le voir dérober : aurais-je mal retenu les leçons de générosité de la dame généreuse en idées, en conseils de tous ordres ? Je me le garde égoïstement comme un précieux présent propre à alimenter mon futur scientifique. Et puis n'est-il pas inconvenant de donner un cadeau en cadeau à un autre ?

Je méditai le beau sujet, le disséquai, observai tous ses personnages formant improbable farandole dans l'ombre, dans l'ombre juridique de la famille ; c'est alors que l'un d'eux lâcha un instant la main de son voisin, me fit un signe discret, mais courtois de la sienne ainsi libérée, créant de ce geste aimable et innocent mon évidence : il était l'ami de la belle farandole, il s'imposait naturellement de sa belle qualité, l'amitié, comme le sujet devant animé l'hommage que je destinais à mon amie. En se restreignant ainsi, le sujet originel perdait considérablement de son originalité, d'autres juristes l'ayant déjà exploité, mais il était séduisant, empli à l'affection et tellement de circonstance. Je le ferai mien pour mieux l'offrir.

En relisant cette première page, je souris d'aise. Si jamais je soumettais celle-ci à l'avis avisé de Catherine, je suis certaine que cette dernière avancerait avec tact (ne voulant pas me froisser), mais avec sa légendaire et époustouflante franchise, sur mise en harmonie chromatique de son teint et de ses flamboyants cheveux, quelques phrases du genre : « Anne, qu'est-ce que toutes ces élucubrations non juridiques ? Tous ses superlatifs frisant la flagornerie ? Allez immédiatement à l'essentiel. Moi je supprimerais tout jusque-là, tenez-en vous à vos développements essentiellement juridiques ».

Eh bien ne vous déplaie, très chère Catherine, il est trop tard pour jouer au censeur, ces pages sont sous presse ou presque ; en outre je divague en parfaite légalité. Reportez-vous au titre présent « libres propos jouant balade autour de l'amitié », autorisé, voire encouragé par les autres chefs d'orchestre de l'ouvrage présent. Liberté de propos, pouvant aller jusqu'à vous fourrer dans la bouche des propos de mon invention fidèle, me permettant de révéler sur large sourire tous les beaux gestes que je vous ai vu accomplir en toute discrétion. Je vous ai vue agir, je vous en rends hommage comme bon me semble : liberté !

II. L'amitié en voie de disparition ?

Tenter de cerner les rapports que le droit entretient avec l'amitié peut apparaître particulièrement hasardeux en un temps où l'amitié, elle-même, semble être en pleine mutation, où certains prétendent même qu'elle est en voie de disparition ; en effet, le terme d'amitié serait galvaudé par sa conjugaison à la mode Facebook, et perdrait dès lors toute saveur, toute consistance. En résumé assassin, Facebook aurait tué l'Amitié, parce que trop d'amis tueraient l'Ami.

Il paraît important de nous tourner un instant vers ces si prisés « amis Facebook » afin de les placer à leur juste place.

Indéniablement, Facebook et autres réseaux sociaux apparentés ont lancé une course aussi étrange, qu'effrénée à l'amitié. C'est à celui qui pourra se targuer de la plus abondante récolte amicale.

Facebook est souvent présenté comme un outil permettant le maintien, voire le rétablissement des liens d'« amitié » préexistants, grâce à une connexion constante, à une visibilité permanente, ce quelles que soient les circonstances de la vie, les éloignements physiques. Parallèlement, il apparaît comme un outil permettant la création de liens nouveaux, par le biais du mécanisme au pouvoir exponentiel suivant : « l'ami de mon ami peut devenir mon ami », fabriquant de l'amitié par contagion, mais également par la propension de Facebook à jouer un rôle d'entremetteur dynamique et prolifique, le système suggérant spontanément et sans cesse des rapprochements entre adhérents selon des algorithmes hardis et époustouflants de perspicacité.

L'on peut voir dans l'accroissement du nombre d'« amis » que Facebook rend possible, le signe d'une ouverture, d'un accueil sans précédent des autres, potentiellement de tous les autres, plus uniquement ceux gravitant dans nos différents milieux « de proximité » (cercles de camarades de classe, d'études, de collègues, de relations professionnelles, de famille, de voisinage, cercles de ceux rencontrés dans notre vie de tous les jours...), milieux au sein desquels nous élisions jusqu'alors nos amis.

Aujourd'hui via Facebook et autres sites *intern-nationaux*, l'on est susceptible de tisser du lien avec un parfait inconnu, autochtone d'un continent proche ou lointain, qui n'aurait jamais croisé notre chemin sans ces champions contemporains de la mise en contact. Un parfait

inconnu qui d'un click magique se transmue en ami. Le monde entier semble aujourd'hui susceptible d'enrichir miraculeusement notre cercle amical.

Ouverture au monde, ouverture aux autres, sans doute. Noble découverte dont il ne faut toutefois pas, bien évidemment, exagérer la portée, ni ennoblir à l'excès les motivations, l'altruisme et la saine curiosité n'étant pas toujours ses moteurs. En outre une rencontre demeure essentiellement factice, même (surtout ?) gracieusement estampillée Facebook, si elle ne se double pas d'un réel échange, d'un dialogue effectif.

Penchons-nous un instant sur les autres motifs possibles de cette quête désespérée d'« amis ». Le nombre d'« amis Facebook » semble jouer le rôle de baromètre de popularité, permettant au quidam d'avoir l'illusion grisante d'accéder à la célébrité, à la *peopolisation*, qui semblent si recherchées dans notre société contemporaine. Au-delà de ce constat « extrême », et plus fondamentalement, il semble que nos « amis Facebook » assurent notre reconnaissance (*reconnnaissance*), leur nombre révélant notre valeur sociale. Plus j'ai d'« amis », plus je révèle mon existence, plus j'existe, plus je prouve mon « attractivité », non ? Les enquêtes diligentées par d'éventuels employeurs, par la police elle-même semblent le confirmer ; ne s'emploient-elles pas à quantifier le nombre d'amis d'un individu donné pour mesurer la sociabilité de celui-ci¹ !? Bien étrange valeur référente.

J'oserai une dernière esquisse d'analyse du phénomène amical Facebook : au-delà du fait que Facebook satisfait nos besoins-envies d'exhibitionnisme, d'autopromotion et parallèlement de voyeurisme, il semble souligner notre besoin viscéral de vivre sous le regard de l'autre. Dans nos sociétés occidentales, avant l'ère de l'urbanisation, bien avant l'ère de la mondialisation, les individus vivaient principalement dans des sociétés fermées, exposés en permanence au regard, aux jugements des autres. L'urbanisation a sonné le glas de ce phénomène en instaurant l'anonymat, ce bienheureux, si séduisant anonymat que l'on considéra comme garant de liberté : hors du regard des autres, je peux faire ce qui me plaît, je vis comme il me plaît, je n'ai plus de compte à rendre, de jugement à redouter, je suis libre de

¹ Des journalistes relatèrent lors du massacre ayant eu lieu en Norvège, en juillet 2011, que la police considéra que l'auteur de ce massacre était un être peu sociable, puisqu'il n'avait aucun compte Facebook.

m'inventer. Et là, dans notre monde mondialisé, hyperurbanisé, grand ouvert, chacun derrière son petit écran s'emploie à rechercher le regard de l'autre, s'expose comme jamais, avec plus ou moins d'honnêteté, au regard de l'autre, dont l'on attend l'approbation d'un « j'aime » galvaudé, dont l'on redoute la désapprobation cachée sous un silence indifférent, ou pire sous un commentaire acerbe approuvé par d'autres d'un « j'aime » condamateur ! En vérité mes « amis Facebook » n'ont rien à voir avec mes amis au sens traditionnel du terme, même si certains de mes amis authentiques en font partie, mes « amis Facebook » sont pour la plupart (surtout lorsqu'ils se comptent par centaines) de simples témoins de mon existence, de simples connaissances, ou plus justement des « re-connaissances », en d'autres termes des individus m'offrant la reconnaissance au sens quasi juridique du terme au sein de mon pseudo-village virtuel. Ce sont tous ceux qui, sur la toile, admettent mon existence et me regardent exister, et que j'observe à mon tour ! Les « amis Facebook » n'ont pas tué l'amitié, ils sont simplement un autre type de relations qu'un autre terme aurait dû venir désigner. Ils sont de simples composants de mon réseau Facebook, pour reprendre l'expression aujourd'hui consacrée.

Cependant si le terme d'ami n'aurait donc pas dû être utilisé, parce que l'« ami Facebook » ne correspond pas à la définition classique que le monde occidental européen accorde au terme ami, il est amusant de relever que son utilisation impropre a participé à l'attractivité et au succès même de Facebook : dans l'esprit de tout un chacun, au moins de prime abord, l'« ami Facebook » est confondu avec l'ami authentique, l'homonyme profitant de la séduction de l'amitié classique, comme les marques commerciales nouvellement créées jouant à imiter une marque célèbre pour profiter de la notoriété de la marque ancienne. Il apparaît à travers des enquêtes diligentées ces dernières années que l'individu contemporain souffre très souvent de solitude, qu'il se trouve égaré, sans plus d'attache solide, en raison de l'éclatement des groupes traditionnels d'appartenance, notamment le groupe familial, qu'il est dès lors insécurisé, qu'il lui arrive de douter plus que jamais de la légitimité de son existence ; Facebook créa, crée l'illusion via l'homonymie, qu'il est apte à nous offrir généreusement des amis, des amis tels que nous les entendons classiquement, des personnes prêtes à nous accueillir au sein d'un groupe, des personnes aptes à tromper notre solitude, à nous rassurer sur notre utilité, notre amabilité, prêtes à nous accompagner sur le chemin de la vie, en dépit d'un éloignement physique, internet

garantissant notre connexion constante, sans plus aucun risque d'abandon.

Inévitablement nous avons glissé vers la définition « classique » de l'Ami, celui qui sera seul objet de la présente étude (qu'on vienne lui rendre visite dans notre réalité physique ou dans celle virtuelle de Facebook). Ce glissement nous signifie, s'il en était besoin, qu'il est grand temps d'essayer de le définir.

III. Tentative de définition en rien juridique de l'ami

Nous aurions pu (dû ? Dû sans aucun doute !) procéder avec méthode, rendre visite aux spécialistes de l'Amitié, lire Aristote, Cicéron en nous délectant au passage de Montaigne et asseoir savamment notre définition présente sur certaines de leurs si belles citations. Mais ayant goûté à la suave et enivrante liberté, nous allons poursuivre sur son chemin (non-chemin ?) et composerons une définition à partir de nos propres expériences amicales, de notre aventureuse mémoire « romanesque », jouant ainsi avec délectation à l'irresponsable équilibriste dansant en marge de toute méthode scientifique. Essayons-nous donc à la définition :

L'Amitié et donc l'Ami naît d'une rencontre avec un autre, un autre être humain (nous laisserons de côté l'ami animal, ne voulant prendre le risque d'une quelconque méprise dans l'esprit taquin de Catherine²), un Autre, enrichissant de ses dissemblances³ et rassurant de ses ressemblances, que l'on a élu parmi tous les autres Autres, pour des raisons que la raison n'est pas toujours apte à saisir, le cœur s'amusant à jouer un rôle notable dans ladite élection (et le cœur ayant, comme nous le savons tous, souvent la tête inconsidérément embrumée), des raisons, pardon déraison que nous nous refuserons de résumer par la célèbre et talentueuse explication : « parce que c'était lui, parce que c'était moi », notre engouement pour la liberté nous ayant interdit toute citation, sans aucune distinction.

La liste étant à la mode, nous pourrions jouer à compléter notre

² Même si la dame osa récemment l'image du « mariage de la carpe et du lapin » pour qualifier une grande amitié soit disant improbable.

³ Merveilleuses dissemblances de notre carpe et de notre lapin susmentionnés.

définition première d'une liste nouvelle, la liste de l'Amitié, liste égrainant joyeusement, en parfait désordre et réconfortante redondance, les précieux ingrédients composant l'essence de ce noble sentiment, liste pouvant débiter par de doux mots tels que bienveillance, générosité, disponibilité, réconfort, entente, dévouement, gentillesse, sollicitude, respect, accueil, accord, présence, aide, soutien, réciprocité, indulgence, liste pouvant se poursuivre par des mots rassemblés autour de leur initiale commune, l'élégant C accrocheur du cœur : compréhension, conversation, confiance, complicité, confiance, connivence (un C suivi d'un O et d'un N/M, qui pourrait certes inciter quelque esprit chagrin à une plaisanterie enfantine bêtasse, mais qui, bien au contraire, sent bon, si bon, la bonne intelligence, sent bon, si bon, le *cum* latin du compagnonnage, du partage, le *cum* qui abat la solitude d'un discret mais si puissant *ensemble!!!*)⁴. Autant de termes évoquant secrets chuchotés dans une pénombre complice, éclats éclaboussants de fous fous-rires, pleurs éplorés et essuyés d'un mot, d'un geste, d'une larme, bras grands ouverts pour se fondre en embrassades, regards tendres et souriants...

Et le droit dans cette histoire d'Amitié ?

Un non-juriste pourrait esquisser un petit mouvement de recul sur petite grimace dévoilant un soupçon de méfiance face à une telle question : si le droit vient se mêler de l'Amitié, ne va-t-il pas venir nous la gâcher de règles puant les méchants règlements de compte ? Ne va-t-il pas étouffer ce sentiment spontané, né en toute liberté, sous d'hideuses obligations ? Ne va-t-il pas tuer l'Amitié ?

Ne nous laissons pas influencer par cette réaction-réflexe, le droit n'a sans doute pas le talent d'apporter de la poésie et du romantisme dans les relations, ni n'a le pouvoir d'aviver les sentiments, il n'en a jamais eu l'ambition, il se contente de tenter de prévenir les conflits,

⁴ Le dictionnaire historique de la langue française de Monsieur Alain Rey semble contester ma généralisation généalogique présente pour le terme connivence : connivence « est emprunté au bas latin *coniventia* « indulgence, formé sur le participe présent de *conivere*, d'abord « serrer les paupières », « fermer les yeux », d'où au figuré « être indulgent » et, surtout sous l'Empire, « être d'accord ». Pourtant dans le sens actuel du terme, la communion, la complicité sont si présentes que la présence du *cum* apparaît comme une évidence, non ? Non, non, mais tant pis je laisse.

de leur prévoir une solution, s'ils viennent à éclater, de proposer des cadres à certaines relations (même amoureuses), il se contente dans notre conception romano-germanique, d'essayer d'orchestrer la vie en société dans une perspective de paix sociale, d'équilibre, de « juste » équilibre (même si les objectifs de certaines règles ne sont pas dans les faits toujours aussi honorables). Etant donné ces missions, le droit a la propension de se mêler de tout, d'être omniprésent dans la vie sociale. A-t-il été amené à se mêler de l'amitié, à s'immiscer dans la relation amicale ?

Nous voici donc partis sur les traces juridiques de l'Amitié.

IV. Sur les traces juridiques de l'amitié

Dans cette quête de l'Amitié, il pourrait apparaître naturel de se tourner en premier lieu vers le professionnel du droit, le **juriste**, aiguilleur, guide, décrypteur de l'étrange monde juridique. Mais nous craignons fort que si l'on interrogeait tout à trac ce dernier sur le point de savoir s'il a déjà rencontré l'Amitié, il nous répondrait après un temps de réflexion embarrassée, d'une voix un brin hésitante, un timide « oui », accompagné de réserves prudentes : « oui, mais de manière incidente et exceptionnelle ». A moins qu'il ne se contente d'évoquer ses soupçons quant à l'existence du sentiment. Attention, que mes propos ne prêtent pas à confusion : malgré sa réputation de... d'aridité, le juriste peut, personnellement, compter des amis sur lesquels il puisse compter. Bien évidemment. Ce que je voulais, uniquement, dire, c'est qu'au cours de ses excursions professionnelles dans les méandres du droit, notre juriste a rarement eu l'occasion de voir l'amitié mise sur l'avant de la scène juridique.

Pour vous en convaincre procédons à quelques recherches livresques et numériques.

Interrogeons tout d'abord nos si précieux dictionnaires et autres lexiques juridiques. Connaissent-ils le terme d'ami ou celui d'amitié ? Les ont-ils rangés parmi les notions ayant une acception juridique particulière ? Les ont-ils répertoriés parmi les notions fondamentales du droit ?

Après consultation d'une demi-douzaine de ces ouvrages, force est de constater que ceux-ci ignorent aussi bien l'ami que l'amitié. Même

le plus conséquent d'entre eux, le dictionnaire de référence, le fameux *Vocabulaire juridique* rédigé sous la direction de Gérard Cornu ne dit mot de l'ami alors qu'il connaît la mère, le père, l'enfant, la famille.

Faut-il en conclure que le droit ignore l'amitié ? Certes non ! L'on peut seulement et prudemment en déduire que l'ami n'est pas une notion fondamentale du droit, qu'il n'est pas un acteur essentiel du droit contemporain, et qu'il n'a pas d'acception juridique spécifique. Cette impression première doit être vérifiée.

Tournons-nous à présent vers les prolixes banques de données juridiques. Nous nous contenterons de rendre compte ici de notre interrogation de *doctrinal plus*, site, s'il est besoin de le rappeler, qui s'emploie à répertorier par mots-clés les références des publications de la grande majorité des périodiques juridiques français parues ces dernières décennies. En réponse à notre recherche du mot « ami », ce généreux site nous a offert quelques 300 occurrences, seulement. Relevons que cette récolte modeste doit encore être épurée de certaines références non pertinentes, celles notamment renvoyant à des articles dans lesquels l'ami s'est trompeusement glissé dans l'expression « faux ami », ou celles ayant trait à des affaires intéressant un groupement d'individus ayant un attachement commun à tel ou tel objet, tel les Amis des crocodiles et tortues des égouts parisiens.

Le droit n'ignore donc pas l'ami et l'amitié.

Affinons notre recherche en observant plus précisément l'œuvre législative. Le législateur français s'est-il préoccupé de l'ami ? Le terme ami ou celui d'amitié figure-t-il dans les articles des codes et autres lois ?

Le code civil nous paraît comme le plus à même d'accueillir l'ami. Or si l'on compulse les index de ses différentes éditions papier, point d'amis. L'on débusque tout de même l'ami, cité en tant que tel, ou l'amitié, dans quelques rares textes législatifs⁵.

En résumé, si l'ami a une existence en droit, il demeure un personnage discret du paysage juridique français. Peu de décisions de justice (publiées) retiennent l'amitié comme un élément influant dans la détermination de la solution juridique, peu d'articles de loi

⁵ Notamment l'art. L 111-6 8° C. org. Jud. (amitié cause de récusation) ; dans le même esprit les art. R 4321-138 et R 4127-105, -256 et -352 du C. santé publ., l'on peut également citer les articles 275, R 267 et R 373 du C. pr. pén.

mentionnent le terme ami. L'on peut y voir de prime abord une explication d'un autre constat : la rareté des travaux doctrinaux consacrés à l'ami et l'amitié⁶.

Au-delà du fait que les traces juridiques de l'ami sont peu abondantes, il est important de souligner que ces traces sont en outre disparates, fragmentaires, éparpillées aux quatre coins du droit ; le législateur et le juge n'invoqueront l'ami que de manière isolée, qu'au coup par coup, qu'au cas par cas.

Pour vous en convaincre, il suffit de citer certains des cas où l'amitié est mentionnée par le droit ; essayons malgré la dispersion de ces cas de figure (pour ceux que nous citerons ici) de les ordonner un tant soit peu.

Tout d'abord il apparaît que le droit tient compte du fait que l'amitié peut générer certains risques, des risques qui viendront affecter un des deux amis ou des tiers à l'amitié.

o Remarquons préalablement que l'amitié naît du sentiment de confiance (ou pour le moins des germes du sentiment de confiance) qu'inspire la personne amie (« je peux me lier amicalement à toi parce que je sens que je peux te faire confiance ») et parallèlement le sentiment amical génère de la confiance (« l'affection que tu sembles me porter, la bienveillance que tu affiches dès lors à mon égard, la compréhension dont tu témoignes envers moi, compréhension de ma façon d'être et de penser, associées au fait que ces sentiments je les éprouve réciproquement à ton encontre, m'incite à avoir confiance en toi »). Mais la confiance exposant celui qui la ressent à baisser sa garde, sa vigilance, la confiance troublant le discernement rend l'ami vulnérable face à son alter ego.

Il est malheureusement des cas où certains « amis » abusent de cette confiance et de cette vulnérabilité subséquente pour obtenir au détriment de l'autre un profit, l'amitié étant de leur part feinte depuis le départ afin de créer le climat de confiance ou l'amitié s'étant effacée devant le désir de gain de ces amis indéliçats. Ces déboires amicaux pourront être portés devant le juge pénal ; l'ami floué

⁶ V. cependant J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. 2007, p 36 ; J. et A. Poussin, *L'Affection et le Droit*, Editions du CNRS, 1990 ; D Mayer, « L'amitié », JCP 1974, I, 2663, n°16 ; J Bedoura, *L'amitié et le Droit civil*, Thèse de Tours 1976 ; pour une thèse récente et très complète sur l'amitié V. Ch Rochat, *L'Amitié en droit privé*, thèse Aix-en-Provence, déc. 2015.

plaidera alors la commission d'une infraction telle que l'abus de faiblesse ou l'escroquerie, selon les circonstances propres à l'affaire. L'amitié sera bien évidemment prise en compte par le juge pour admettre l'existence de telles infractions ; cependant l'existence de l'amitié ne peut à elle-seule suffire à faire la preuve de l'élément constitutif de l'infraction, elle est seulement un des éléments de preuves du faisceau d'indices retenus par le juge pour aboutir à sa conclusion, d'autres indices devront donc être apportés en complément.

○ L'amitié peut également s'avérer potentiellement dangereuse, ou effectivement dangereuse pour les tiers et au-delà pour la société.

Deux cas de figure peuvent entre autres illustrer cette dangerosité :

○ Tout d'abord, l'union faisant la force, des amis peuvent décider de s'entendre pour commettre des actes illicites et devenir dès lors complices au regard du droit⁷. La complicité sera plus facilement prouvée à l'égard de deux acolytes amis, l'amitié participant activement à la preuve de cette complicité⁸.

○ Partant du constat que l'amitié peut troubler l'analyse, le jugement à l'égard de son alter ego, qu'elle peut inciter à privilégier son ami plutôt qu'un tiers, qu'elle peut créer dès lors un risque de préférence, de subjectivité et de partialité, et subséquent un risque de rupture d'égalité entre les individus, le législateur français est intervenu pour tenter de prévenir l'accomplissement de ces risques. Ainsi certains textes⁹ permettent-ils la récusation du juge ou de l'expert devant décider ou rendre leur avis dans une affaire où un de leurs amis est concerné par le jugement ou l'expertise ainsi rendus¹⁰.

⁷ L'on peut citer le cas d'un professionnel qui dans le cadre de sa profession commet un acte illicite au profit d'un ami et au détriment du tiers, tiers dont il était censé sauvegarder les intérêts dans le cadre de son activité professionnelle. Prenons pour mieux comprendre l'exemple d'un dirigeant de société commettant un abus de biens sociaux au bénéfice d'un de ses amis.

⁸ Comme précédemment, la complicité sera prouvée par un faisceau d'indices, parmi lesquels l'amitié figurera en bonne place, sans qu'elle suffise à démontrer la complicité. L'on peut dans la même veine citer le cas d'entente entre deux amis déjouant le jeu de la concurrence.

⁹ Art. L111-6 C. org. Jud. ; également art. R 4127-352, R 4127-105 et 256 C. santé publ.

¹⁰ V. notamment art L 111-6 C. org. Jud.

L'amitié est également régulièrement invoquée devant les juges en matière contractuelle. Quelques illustrations des cas de figure se présentant devant le juge. Les amis baignant dans la confiance et la bienveillance, étant personnellement et étroitement liés, peuvent être enclins à se lier contractuellement, parfois dans des conditions empruntées d'altruisme, en altérant l'équilibre habituel des contrats. Comme nous l'avons souligné précédemment, cette confiance a tendance à troubler le discernement de l'ami à l'égard de l'autre. Un ami louera à l'autre une maison à un prix avantageux, voire très avantageux, par rapport au « prix du marché » ; plus généreux encore, un ami pourra accorder l'usage d'un de ses appartements à titre gratuit à son alter ego. Imaginons que les liens amicaux viennent à se gripper ou pire à disparaître ou que l'ami retrouve son discernement¹¹, l'ami « généreux » peut être tenté de remettre en cause le contrat, en essayant de démontrer juridiquement le lien essentiel entre le rapport contractuel et le rapport amical¹². Certains sont plus audacieux encore en tenant le raisonnement précédemment même en l'absence de dimension « libérale » du contrat incriminé.

Parfois, de manière moins radicale, un des amis peut estimer ne pas être satisfait par l'exécution du contrat le liant à son alter ego. Il peut prétendre qu'eu égard aux liens d'amitié l'unissant à son cocontractant, l'obligation de loyauté se retrouve renforcée par rapport à celle devant animer l'exécution d'un contrat conclu entre deux tiers, étrangers l'un à l'autre.

Si tels sont les « vœux juridiques » des amis désireux de remettre en cause leurs rapports contractuels, ces vœux ne sont pas toujours exhaussés. L'on peut en effet relever d'une manière générale que la jurisprudence française est peu encline à accueillir les raisonnements des parties visant à considérer l'amitié comme un élément systématiquement « perturbateur » de l'économie habituelle des contrats ; elle laisse dans la plupart des cas prévaloir l'application classique des règles générales des contrats, elle s'applique à maintenir

¹¹ Ce qui est généralement lié à la « diminution » du sentiment d'amitié ou ce qui peut générer un trouble conséquent de l'amitié : l'ami bénéficiaire de la faveur peut interpréter ce désir de changement des termes du contrat comme un signe de désaffection ou l'ami généreux redevenu « lucide » peut se sentir floué par le contrat en question, ce sentiment pouvant blesser son amitié.

¹² Certains invoqueront par exemple la disparation de la cause du contrat ou encore la responsabilité contractuelle.

la force obligatoire des contrats. En d'autres termes, le juge se refuse de revisiter le contrat à l'aune de l'amitié¹³. « Les contractants sont libres de succomber à la tentation de privilégier l'ordre amical sur l'ordre contractuel, mais le droit se refuse à réparer les conséquences de cette prise de risque, et à offrir une force obligatoire à l'ordre amical : seul l'ordre contractuel a une existence reconnue par le droit ¹⁴».

Dernière promenade dans un autre des domaines « sensibles » à l'amitié : l'amitié s'imisce tout naturellement dans des domaines relevant traditionnellement du droit de la famille : protection des personnes vulnérables, délégation d'autorité parentale,... L'ami venant sur cette question en suppléance ou en concurrence avec la famille. Nous n'en dirons pas plus pour lors, puisque nous reviendrons sur cette question dans notre dernière partie.

Au-delà du fait que les cas dans lesquelles l'amitié peut être retenue comme capable de générer indirectement¹⁵ des conséquences juridiques sont divers, il apparaît que le visage même de l'ami retenu pour admettre ces conséquences est variable d'un cas à l'autre. La jurisprudence¹⁶ se contente parfois pour admettre l'amitié et lui attacher indirectement des effets juridiques d'une simple communauté d'intérêts existant entre deux personnes proches s'étant rencontrées dans le cadre de leur profession, et sans que leur rapport ne se soit développé sur un plan personnel ; parfois elle sera plus exigeante, un « lien privilégié » devra exister entre les deux personnes considérées, lien s'épanouissant volontairement dans la sphère privée des protagonistes ; d'autres fois encore, elle exigera la grande amitié, l'amitié qui tend vers l'« amitié parfaite » dont les philosophes de l'Antiquité firent l'apologie¹⁷. Ces multiples visages amicaux admis

¹³ Pour plus détails V. Ch. Rochat, *op. cit.*, p. 80s., également p. 105s.

¹⁴ Ch. Rochat, *op. cit.*, p. 151.

¹⁵ En ce sens que l'existence de l'amitié peut influencer l'application de règles, sans qu'il ne lui soit « affecté » des règles particulières. Autrement dit, le droit ne prévoit pas de règles propres à l'amitié. L'amitié fera figurer de « simple circonstance » (parmi d'autres) participant à l'application d'une règle qui ne lui est en rien réservée.

¹⁶ Pour un tableau précis et complet des différents degrés d'amitié retenus par le droit, V. Ch. Rochat, *op. cit.*, p. 53s.

¹⁷ Aristote est le père de la notion d'amitié parfaite (*Ethique à Nicomaque*) ; V. également Cicéron, *L'amitié ou Laelius*. Conception que l'on retrouve plus tardivement dans les écrits de Montaigne (*Les essais*, Livre I De l'Amitié).

par le droit, reflets de la réalité bigarrée, des différents degrés de l'amitié, ne permettent donc pas de dégager un portrait unique de l'ami au sens juridique du terme.

Il est intéressant néanmoins de reprendre certains éléments de preuve retenue par la jurisprudence pour débusquer l'ami, pour admettre la présence dans tel ou tel cas d'un lien amical ; ce sont les éléments visibles de l'amitié que le droit retient pour présumer de l'existence du sentiment amical, qui comme tout sentiment est par nature insaisissable, essentiellement psychologique, invisible. Ces éléments de preuve nous indiquent ce qui peut constituer, selon le droit, le tangible de l'amitié, la traduction factuelle de l'amitié. Lisons ensemble un extrait de la thèse de Charlotte Rochat qui en dresse un rapide inventaire : « Le juge apprécie [...] le lien entre deux personnes en tenant compte d'éléments factuels tels que la fréquence de leurs contacts ou de leurs communications, le fait de se recevoir l'un chez l'autre ou de partir ensemble en vacances, la durée de la relation. Il peut s'appuyer sur des témoignages de tiers, ou de l'ami, sur des photos de réunions amicales comme sur le ton personnel employé dans les courriers et correspondances. Le tutoiement, comme la gratuité des services entre amis sont également des indices du rapprochement entre deux individus, qui couplés à d'autres, peuvent permettre au juge d'être convaincu de l'existence de l'amitié. Le fait de confier son enfant à son ami, ou de choisir comme parrain ou marraine une personne dépourvue de lien de parenté peuvent également permettre d'établir l'existence d'un lien d'amitié. Ces éléments se cumulent généralement, formant un faisceau d'indices relevant l'amitié au juge »¹⁸.

Revenons à la diversité des visages amicaux admis par les juges ; cette diversité conduit à juste titre les auteurs à considérer que l'amitié est juridiquement indéfinissable, qu'elle n'est pas en définitive une notion juridique, qu'elle n'est qu'un phénomène, un fait juridique que le droit admettra dans certaines circonstances, et auquel il attachera alors des conséquences juridiques. Notre hypothèse première fondée sur l'absence du terme ami dans les lexiques juridiques semble donc confirmée.

Disparité des cas dans lesquels l'amitié sera saisie par le droit, diversité des visages des amis admis par le droit, impossibilité pour le

¹⁸ Ch. Rochat, *op. cit.*, p. 67s.

droit de fournir une définition de l'ami, autant d'éléments qui par eux-mêmes, nous permettent d'affirmer comme une évidence que le droit français n'a pas bâti de statut juridique de l'ami, qu'il ne l'a pas assorti d'un régime juridique général.

Ce qui en soi n'est nullement étonnant : pour quel motif le législateur se serait-il employé à façonner un tel statut ? Pourquoi reconnaître de manière systématique des droits et des obligations aux amis ? Quel but social aurait été poursuivi par une telle institutionnalisation de l'amitié ? Cela aurait été en outre contraire aux caractères de l'amitié que nous avons déjà soulignés : la relation amicale est par essence spontanée, libre, évolutive, d'intensité variable, informelle ; elle est doublement incertaine : incertaine premièrement parce qu'il est difficile pour les tiers d'être certain de son existence en raison de son manque de « visibilité » et en raison de l'absence d'acte de reconnaissance « officielle » de son existence, comme une déclaration, incertaine deuxièmement parce qu'elle peut disparaître à tout moment¹⁹ au contraire des liens de parenté, liens formellement établis et quasi-immuables²⁰. Autant de caractéristiques qui ne permettent pas au droit de la saisir sur un plan général.

Depuis que nous nous sommes lancés sur les traces juridiques de l'Amitié, nous avons entraperçu à deux reprises la famille ; il est totalement impensable de clore nos propos offerts en cadeau hommage à Catherine, spécialiste de la famille et de son droit, sans mettre, ne serait-ce qu'un instant, face à face la famille et les amis.

V. L'amitié et la famille

Il est des expressions courantes, qui semblent sonner comme des évidences et qui nous livrent quelques indices révélateurs des rapports pouvant exister entre famille et amis : « il est comme un frère pour

¹⁹ Sa fragilité est d'autant plus grande que son existence naît d'une affection qui doit être partagée, dès l'instant où l'un des amis n'éprouve plus de sentiment amical, l'amitié disparaît. Ce lien dépend directement de l'altérité, de l'autre.

²⁰ Cette fragilité des liens amicaux est bien évidemment fort proche de la fragilité des liens amoureux des couples, fragilité que le droit a admise en permettant la relative facile remise cause des liens conjugaux. Nous reviendrons dans un instant sur les différences de caractéristiques existant entre amitié et famille.

moi », « l'on choisit ses amis, mais pas sa famille ». La première de ses expressions dénoncent s'il en était besoin que le lien familial apparaît dans notre référentiel collectif comme le lien interpersonnel de proximité le plus important, celui de référence, tout en révélant que l'ami peut être aussi proche, aussi cher qu'un membre de sa famille, et que cet ami particulier rentrera de ce fait dans « le cercle de proximité » premier, qu'il est parfois assimilable à la famille. La seconde expression populaire « l'on choisit ses amis, mais pas sa famille » dénonce les éventuels travers des liens familiaux auxquels l'on ne peut échapper, que l'on est contraint de subir, tout en mettant en avant le fait que le lien amical présente un caractère électif, garant de l'adéquation de sa propre personnalité avec celle de son ami.

Même s'ils peuvent apparaître quelque peu simplistes et réducteurs, ces deux dictons ont néanmoins le mérite d'exprimer les rapports complexes, parfois concurrentiels, que peuvent entretenir amitié et famille. Ils nous invitent à mener plus avant la comparaison entre les liens familiaux et les liens amicaux. Très naturellement nous commencerons par rendre compte de leur conception et leur rôle traditionnel, pour observer ensuite leurs évolutions récentes.

A. Conception et rôle traditionnels de l'amitié et de la famille

Sur un plan sociétal, les liens familiaux et amicaux ont un certain nombre de points communs fondamentaux : tous deux sont des liens interpersonnels, des liens privilégiés, étroits, relevant de la vie privée²¹. Liens reposant en principe sur et/ou induisant de l'affection²², instaurant une confiance réciproque et par conséquent un

²¹ La CEDH a admis que l'amitié était comme la famille une composante de la vie privée, V. CEDH *Nietmietz contre Allemagne*, 16 déc. 1992, JDI, n°3, p. 755, note P. Tavernier.

²² Il ne peut y avoir d'amitié sans affection. C'est cette dernière qui fait l'ami. Sa disparition défera automatiquement l'amitié. Le lien entre famille et affection est plus incertain. L'on mesure ici toute la dimension factuelle de l'amitié.

Dans le rapport familial, il y a de forte probabilité que le lien affectif existe (Fort de cette probabilité, le droit de la responsabilité civile admet une présomption simple d'existence d'affection entre la victime d'un dommage corporel et ses parents proches, ascendants et descendants, frères et sœurs, et conjoints, concubins fondant droit à réparation pour ces derniers (V. Cass. crim. 29 mai 2001, D. 2002,

sentiment de sécurité « sociale »²³.

Dès cette « définition » *a minima* commune, il est important de nuancer notre propos.

Nous relèverons tout d'abord que traditionnellement l'on considère que, par définition, l'ami n'est pas membre de la famille, qu'il est nécessairement tiers à celle-ci²⁴. En outre, la dimension sexuelle inhérente aux couples est en principe²⁵ absente du rapport amical.

Nous avons souligné que le droit ne considère pas l'amitié comme une notion juridique ; par conséquent, nous entendons ici l'amitié au sens courant du terme, les définitions déjà posées nous serviront donc de référant. Parallèlement nous reprendrons ici la définition juridique traditionnellement admise de la famille, à savoir groupe de personnes liées entre elles par des liens de parenté ou des liens d'alliance.

Il est temps d'observer d'un peu plus près les différences existant entre famille et amis.

Traditionnellement, la famille est considérée comme la cellule fondamentale de la société, la cellule première, le groupe de rattachement originel de l'individu. L'enfant sera rattaché à ses père et mère, qui lui assureront protection et éducation, qui subviendront à ses

613 ; V. également Ch. Rochat, *op. cit.*, n°383). Cependant le lien affectif peut fort bien ne pas exister, et n'entre pas dans la définition même du lien familial. L'on peut haïr un membre de sa famille, le lien juridique de parenté n'en sera pas pour autant affecté. Dans le couple, le non amour peut conduire à la désunion, mais il n'y aura pas d'automatisme entre la disparition du sentiment et celle du mariage ou du pacs.

²³ Je ne me sens pas seul ayant amis et famille sur lesquels je peux compter.

²⁴ Bien évidemment, deux personnes « apparentées » ou les deux partenaires d'un couple peuvent fort bien se considérer non seulement parents ou amants, mais également amis, des rapports de connivence, de confiance, de proximité « choisis » et privilégiés, caractéristiques des rapports amicaux existant entre eux. Sans nier cette possible double « qualité », nous nous en tiendrons ici à considérer séparément les deux notions d'ami et de famille afin de ne pas brouiller la réflexion. Dans nos développements, l'ami sera donc nécessairement tiers à la famille.

²⁵ Il n'y aurait pas de couple sans dimension sexuelle. Et inversement, le rapport amical serait exempt de dimension sexuelle. L'on peut se demander si notre dichotomie survit à l'apparition des *sexfriends*, littéralement « amis sexuels » : deux amis se livreraient ensemble à des rapports sexuels, ces rapports étant en quelque sorte assimilables à un service d'ami réciproque, sans que la dimension amoureuse ne soit présente, sans qu'il n'y ait désir de former un couple, sans projet de vie commune.

besoins. La solidarité inhérente à la famille²⁶ se traduira juridiquement directement à travers les obligations alimentaires, les devoirs d'assistance au sens large du terme, indirectement à travers le droit des successions et la dévolution légale héréditaire, tout particulièrement à travers la réserve héréditaire.

Les amis, comme nous l'avons déjà relevé, sont des électrons libres, librement choisis, et rejetés, qui ne seront reconnus par le droit qu'au cas par cas, jamais de manière systématique. Aucun lien juridique automatique ne naîtra de l'amitié. Dans cette même logique, la loi n'instaure aucune obligation fondée sur l'amitié.

Si famille et amis viennent « en concours », la famille prévaudra en principe sur l'amitié²⁷. Ainsi en présence de descendants, il ne peut y avoir de legs au bénéfice d'un ami qu'à hauteur de la quotité disponible. Les relations amicales entretenues par un enfant mineur seront soumises à la surveillance et au contrôle parentaux en vertu du devoir de protection inhérent à l'autorité parentale²⁸. L'amitié envahissante, compromettant l'harmonie d'un couple, sera parfois considérée par le juge comme une faute justifiant un divorce²⁹.

Il est intéressant de relever que si ces différences de traitement juridique de la famille et de l'amitié tiennent principalement à la conception et au rôle particulier qui est dévolu à la famille, ainsi que nous l'avons souligné il y a un instant, ces différences sont également liées à un certain nombre de caractéristiques propres à la famille et étrangères à l'amitié, caractéristiques auxquelles nous avons déjà fait allusion, mais qu'il nous faut à présent examiner plus en détail.

Relevons tout d'abord que l'incertitude du lien amical s'oppose à la « certitude » du lien familial fondé sur la parenté.

En effet, le lien familial naît de manière officielle de l'établissement du lien de filiation. La filiation établie va induire de proche en proche (de parent à parent) des liens familiaux entre l'enfant et les personnes liées avec son parent premier, traçant de

²⁶ Au sens étroit du terme.

²⁷ V. également aux développements consacrés à la « hiérarchisation » légale des personnes pouvant assurer la protection des personnes vulnérables.

²⁸ Art. 371-1 C. civ.

²⁹ Cass. Civ. 2^e, 4 juin 1980, n°79-11.758 ; Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, RJDC 2011, n°79, p. 45.

manière certaine³⁰ l'arbre généalogique de l'individu. Avec la même certitude, le mariage créera le lien d'alliance.

Au contraire le lien amical naît, en toute discrétion, du sentiment d'affection, élément purement interne à l'individu, qui comme tout élément psychologique est marqué du sceau de l'incertitude pour les tiers. Par ailleurs, aucun acte n'officialise la naissance de l'amitié.

La certitude du lien familial de parenté se double d'une certaine stabilité, d'une quasi-immutabilité de celui-ci. En effet, le lien de parenté établi ne peut être remis en cause que de manière exceptionnelle. Le lien fondé sur l'alliance présente quant à lui une stabilité beaucoup plus relative, le divorce pouvant toujours être prononcé à plus ou moins brève échéance³¹.

Le lien amical se caractérise par sa volatilité : même s'il peut très bien s'inscrire dans le temps, être solide, tout particulièrement en cas d'amitié aboutie, il est susceptible de disparaître à tout moment, suite à la disparition de l'affection qui le sous-tend, par la volonté d'un seul des amis, sans qu'aucun acte, sans qu'aucune officialisation ne marque cette disparition, et sans que cela n'implique en principe de conséquences juridiques.

Enfin, le lien amical se noue librement, avec la personne de son choix. Il est essentiellement électif. Le lien familial est beaucoup plus difficile à qualifier : il est, à certains égards, électif, à d'autres, imposé

L'enfant se voit imposer le lien de filiation qui l'unit à son parent, sauf en cas d'adoption s'il a plus de 13 ans. Dès l'établissement du lien de filiation, les autres membres de la famille se verront imposer « par contagion » un lien de parenté avec l'enfant et inversement.

Certes, la reconnaissance est un acte volontaire. Cependant un père ou une mère biologique pourra se voir imposer sa paternité ou sa maternité, via la présomption de paternité, ou suite à une action en recherche de paternité ou de maternité. L'enfant né d'une procréation médicalement assistée verra son lien de filiation nécessairement établi avec l'homme et la femme ayant demandé cette assistance.

Cependant l'établissement du lien familial sera électif en matière

³⁰ Nous réserverons la question d'une éventuelle remise en cause du lien de filiation.

³¹ Le lien disparaîtra toujours avec à la clé un acte officialisant la dissolution du mariage.

de mariage (le mariage forcé étant prohibé), et en matière d'adoption.

Depuis plusieurs décennies, le cercle relationnel de proximité semble évolué. Qu'en est-il de cette évolution ?

B. Évolution

Ces dernières années, nombre de publications tant journalistiques que scientifiques, nombre de films, de séries, d'œuvres artistiques de tout type sont consacrés à l'amitié, révélant combien celle-ci est importante dans notre société contemporaine³². Qui de vanter ses bienfaits, résonnant avec la définition composée précédemment : l'amitié rompt l'isolement et la solitude, procure soutien et assistance, participe au développement personnel, à la prise d'autonomie, de confiance en soi, à l'adaptation sociale et émotionnelle, au renforcement de l'identité, à l'ouverture d'esprit...

Parallèlement, l'on souligne la perte de vitesse de la famille, perte trouvant son origine dans les désunions fréquentes des couples, la mobilité et l'éloignement géographique des différents membres de la famille, les recompositions familiales qui se plaisent à brouiller les cartes traditionnelles et à créer des risques accrus de ruptures intrafamiliales. Ce déclin du groupe premier de rattachement expliquerait l'importance croissante accordée à l'amitié, palliatif des carences familiales, de la fragilité des liens familiaux (la fragilité vilipendée de l'amitié étant relativisée par la fragilité accrue de la famille).

Cependant nombreux sont ceux qui s'accordent pour continuer à reconnaître la force, le rôle essentiel de la famille, lieu de refuge, de soutien, de sécurité, toujours aussi précieux, sinon plus précieux que jamais en ces temps de crises.

Que nous dit le droit de ces évolutions ?

La précarité des couples, quels qu'ils soient, maritaux, pacsés ou vivant en concubinage, n'est plus à démontrer. Les désunions sont

³² Des agences japonaises proposent de louer un ami pour quelques heures. Des sites français ont vu le jour offrant des services similaires. Il est difficile de mesurer l'ampleur de ce phénomène.

statistiquement nombreuses. Le droit s'est conformé à ce « désir » croissant de rupture. Bien évidemment, les couples non mariés³³ ont toujours pu se séparer aisément, le lien juridique les unissant pouvant être rompu unilatéralement pour le pacs³⁴, étant inexistant pour le concubinage. Parallèlement, au fil des réformes, le législateur français a entendu simplifier et faciliter les séparations de couples mariés, allant jusqu'à admettre très récemment le divorce « éclair » sans intervention du juge.

Cette fragilité du couple ne doit cependant pas faire oublier la force et la vitalité que le droit français reconnaît et accorde à la famille.

Pour nous en convaincre, il nous suffit d'examiner notamment l'importance accordée à celle-ci sur un plan « financier » tout d'abord³⁵. L'obligation alimentaire n'a jamais eu autant l'occasion de s'appliquer, les difficultés économiques, l'allongement de la vie, la précarité de la situation des jeunes et des moins jeunes adultes s'accroissant ces dernières années. Dans la même mouvance, le devoir d'entretien des enfants s'inscrit plus durablement dans le temps, ceux-ci prolongeant comme jamais leurs études, les pensions alimentaires se multipliant sous l'effet croissant des séparations parentales. La famille est là pour soutenir financièrement ses membres proches, avec plus ou moins de spontanéité, le juge la rappelant à ses devoirs si nécessaires, en se fondant sur des institutions juridiques éprouvées.

Si la réserve héréditaire semble être menacée (certains prônant sa suppression), il n'est encore nullement certain qu'elle soit effectivement supprimée. Par ailleurs, le droit fiscal continue à encourager la transmission intrafamiliale des biens, cette transmission à cause de mort continuant à être la plus légèrement imposée. Par ailleurs, il va jusqu'à inciter la transmission avant décès en prévoyant certaines exonérations de droits. Toujours mû par cet objectif de stimulation de la transmission intrafamiliale (et par la volonté de doper par ce biais la consommation), le législateur français a permis par ailleurs aux grands-parents de transmettre directement sous

³³ Leur grand nombre pouvant être interprété comme révélateur de l'importance de la crainte d'un engagement plus conséquent.

³⁴ D'une simple déclaration ou d'un mariage.

³⁵ Si nous nous intéressons en premier lieu à cette question « économique », ce n'est pas parce que nous l'estimons primordiale, mais parce qu'il nous paraît important de nous focaliser dans la suite de nos plus abondants développements sur d'autres points essentiels du droit de la famille.

certaines conditions à leurs petits-enfants leur patrimoine. En résumé, la famille demeure donc bien le successeur premier et privilégié.

Plus fondamentalement, l'on relèvera que le droit français contemporain considère toujours que la famille est la mieux à même d'endosser le rôle de protecteur de ses membres « vulnérables ».

Les exemples démontrant cette suprématie sont légion. L'on peut citer à l'égard des enfants, même si cela peut paraître inutile, tant c'est une évidence : l'autorité parentale, la double autorité parentale, même en cas de séparation ; la conservation de certains droits (visite, surveillance de l'éducation) pour le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale³⁶ ; la mention première de la famille³⁷ comme destinataire de la délégation de l'autorité parentale ou comme membre du conseil de famille³⁸ La loi du 25 mars 2007 réformant la protection des majeurs vulnérables a replacé solennellement la famille au centre du dispositif de protection : la protection « est un devoir des familles et des collectivités publiques » énonce l'article 415 du code civil³⁹. C'est ainsi qu'en vertu du principe de subsidiarité, la protection de la personne mariée sera assurée prioritairement par les règles propres au mariage⁴⁰ ; si d'aventure, une tutelle ou une curatelle s'avère nécessaire, le législateur a défini une liste hiérarchisant les personnes pouvant se voir confier la mission de tuteur ou curateur, la famille figurant en tête de cette liste⁴¹...

³⁶ Art. 373-2-1 al. 2 et al. 5 C. civ.

³⁷ Art. 377 C. civ. : « à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou servie départementale de l'aide sociale à l'enfance ».

³⁸ Art. 399 C. civ. : « peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliées des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui ». Le législateur cite en premier lieu parmi les personnes pouvant exercer tel ou tel droit à l'égard de l'enfant, les membres de la famille puis les tiers, démontrant ainsi qu'il considère la famille comme étant naturellement apte et encline à assumer cette tâche. Mais cette position première dans la liste du législateur n'implique pas une priorité que le juge doit impérativement suivre, il peut préférer un tiers à un membre de la famille.

³⁹ La mention première de la famille est on ne peut plus significative.

⁴⁰ Art. 428 C. civ.

⁴¹ Art. 449 C. civ. : conjoint, partenaire, concubin, parent, allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Comme précédemment le juge peut décider de nommer un tiers même en présence d'une famille. V. également art. 373-3 al 2. C. civ.

Cette constante priorité conférée à la famille est certes en partie dictée par un souci financier (si la famille se charge de la protection, c'est autant d'économie pour la collectivité qui sera ainsi réalisée⁴²) ; mais elle est également due au fait que de tous temps l'on a estimé que cette mission de protection est naturellement (instinctivement ?) prise en charge par la famille⁴³. Famille qui par ailleurs apparaît la plus à même d'accomplir au mieux cette mission en raison de l'affection qu'elle porte à la personne à protéger, en raison de la proximité inhérente à la famille⁴⁴ et de la bonne connaissance subséquente qu'elle a de l'individu vulnérable, en raison de la solidarité spontanée, naturelle qui l'anime à l'égard de ses propres membres, en raison de son désir naturel (une fois de plus) de sauvegarde du « patrimoine familial ». L'instauration, très récemment, de l'habilitation familiale, nouveau régime de protection, est on ne peut plus révélateur de la place toujours essentielle accordée à la famille par le droit français en matière de protection des personnes vulnérables : ce nouveau régime réserve la protection aux seuls membres de la famille⁴⁵.

Cependant, parallèlement à cette affirmation réitérée de la place privilégiée accordée aux parents et alliés, l'on ne peut ignorer que le cercle des relations personnelles de proximité s'est entrouvert pour y laisser entrer des personnes extérieures à la famille au sens stricte du terme : au-delà du partenaire d'un pacs et du concubin, personnages

⁴² La nomination d'un mandataire à la protection des majeurs a un coût certain généralement supporté par les collectivités publiques, sauf à ce que le patrimoine du majeur protégé soit suffisant pour prendre en charge les frais en question. La réforme de 2007 et la création récente de l'habilitation familiale ont été dictées en partie par ce souci d'économie, d'autant plus important que le nombre de personnes vulnérables va croissant en raison de l'allongement de la durée de vie combiné à une population vieillissante issue du baby-boom.

⁴³ Les familles ne sont pas toujours enclines à assumer cette fonction, pas nécessairement pas désintéressés à l'égard du majeur, mais par respect à son égard : être le protecteur de celui qui fut le nôtre n'est pas toujours aisée psychologiquement parlant.

⁴⁴ Se traduisant souvent par une cohabitation.

⁴⁵ Art 494-1 C. civ. : « le juge peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses proches au sens du 2° du I de l'article 1^{er} de loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 à la représenter ou à passer un ou des actes en son nom ».

Selon l'art 1 de la loi de fév. 2015, la loi prévoit ce dispositif d'habilitation par justice au bénéfice des ascendants, descendants, frères et sœurs, partenaire d'un pacte civil de solidarité ou concubin, au sens de l'art 515-8 C. civ.

déambulant aux frontières de la famille traditionnelle, et composant de nouveaux visages de couple, l'on peut citer notamment les beaux-parents et, pour ce qui nous intéresse ici, les amis. Des « étrangers » vont se retrouver reconnaître par le droit une place dans des domaines qui jusque-là étaient réservés à la famille.

A cet égard le rapprochement entre le concubinage et l'amitié est intéressant ; l'admission du concubinage comme situation de fait pouvant conférer des droits au profit de ses membres semble ouvrir la voie vers une reconnaissance plus large par le droit français des situations de fait fondées sur l'affection. Il ne faut cependant pas exagérer les similitudes entre les deux situations.

Les concubins jouent à la famille entendue traditionnellement, même s'ils ne souhaitent pas l'officialisation de leur lien, même s'ils ne recherchent pas la naissance de devoirs et d'obligations l'un à l'égard de l'autre ou à l'égard des membres de leur famille élargie respective ; le législateur en était convaincu lorsqu'il s'est appliqué à définir le concubinage en 1999, 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 »⁴⁶. Cependant s'ils ne souhaitent pas l'instauration entre eux de liens juridiques, les concubins ont revendiqué à l'extérieur du couple les mêmes droits sociaux ou pseudo-sociaux que ceux reconnus par la collectivité aux couples mariés. Aucune revendication de ce type n'émane d'amis, ceux-ci ne formant pas groupe/couple, ne cohabitant pas en principe⁴⁷.

Au-delà de la revendication de droits, le concubinage va fabriquer spontanément du droit : en dehors d'éventuels enfants communs⁴⁸ donnant naissance au couple parental et sa kyrielle de droits et devoirs

⁴⁶ Art. 515-8 C. civ.

⁴⁷ Une telle revendication pourrait éventuellement naître de leur cohabitation. Il est intéressant de relever que les droits belge et canadien ont admis la contractualisation du lien amical en cas de cohabitation des amis. Cette éventualité mérite notre attention à une époque où la cohabitation hors cadre familial tend à se développer. Pour plus d'informations sur la contractualisation de liens amicaux à l'étranger, V. Ch. Rochat, *op. cit.*, p. 333s.

⁴⁸ Enfants par hypothèse absents de la relation amicale, en raison du défaut de relations sexuelles par hypothèse de la relation amicale (il semble que parfois certains amis décident de se « donner » un enfant, sans mettre en place parallèlement un projet de couple).

conjoints subséquents, les concubins mêlent par définition leur vie quotidienne, via la communauté de vie, stable, inscrite dans le temps ; par conséquent, ils vont nécessairement mêler leurs finances, leurs biens, ce qui engendrera en fin de course, en fin de couple, des comptes indispensables pour déterminer le partage des biens. C'est cette imbrication qui va conduire le droit à intervenir.

En principe, les amis ne cohabitent pas, n'ont pas de communauté de vie. Leurs biens ne se « mêlent » donc pas les uns aux autres brouillant les frontières de la propriété, ce qui explique que la situation de fait qu'est l'amitié est beaucoup moins propice à générer des conséquences juridiques. Cette différence entre concubins et amis demeure, même si l'on considère avec certains que le concubinage puisse être admis même sans cohabitation, ce qui reste encore à démontrer. Revenons à l'ouverture du cercle de proximité aux tiers. Cette ouverture n'a rien de bien surprenant. Elle s'inscrit parfaitement dans des mouvements juridiques plus larges : plus grande liberté reconnue à l'individu dans le façonnage de ses relations personnelles allant de pair avec la montée de l'individualisme, accroissement du pouvoir d'autodétermination de chacun, accroissement de l'autonomie de la volonté en matière familiale et personnelle, et subséquemment contractualisation importante de la vie familiale. Parallèlement, la suprématie de la filiation fondée sur les liens du sang s'est estompée sous l'effet de l'admission non seulement de l'adoption, mais également de la filiation établie sur la base de la possession d'état ou de la filiation née de la procréation médicalement assistée, rendant la famille, elle-même, plus largement et diversement accueillante. Le droit français a reconnu à l'affection et à la volonté le pouvoir de créer de nouveaux liens juridiques. Grâce à ces multiples ouvertures, la personne n'est plus prisonnière de sa famille, que celle-ci se montre défaillante ou non.

Examinons à présent de plus près cette ouverture du cercle de proximité aux amis.

La jurisprudence considère aujourd'hui que l'affection liant deux amis peut générer des conséquences juridiques. Ainsi a-t-il été admis que l'ami pouvait demander réparation par ricochet pour le dommage corporel causé à son alter ego au même titre que les membres de la famille⁴⁹ de ce dernier. Autre avancée significative : l'impossibilité

⁴⁹ CA Lyon, 11 oct. 2007, (n°1228/07), *Gaz. Pal.* 19 mars 2011, décision n°21, n°78, p. 28 note C. Bernfeld. La cour d'appel de Lyon a admis dans l'affaire citée

morale de se préconstituer une preuve écrite (en raison de l'affection et de la confiance subséquente existant entre deux personnes) était circonscrite traditionnellement aux membres d'une même famille. Cette impossibilité morale est aujourd'hui admise entre d'autres personnes liées par un lien d'affection et de confiance, parmi lesquels figurent bien évidemment les amis⁵⁰.

En outre, comme nous l'avons constaté précédemment, il est des prérogatives réservées traditionnellement en droit français à la famille qui peuvent être aujourd'hui confiées par le juge aux amis ; la liste est relativement longue, citons en quelques exemples : l'assistance éducative⁵¹, la délégation de l'autorité parentale⁵², la participation au conseil de famille⁵³, la tutelle⁵⁴ ou la curatelle, le don d'organe du vivant du donateur⁵⁵....

Il est important de relever qu'alors l'ami n'est pas désigné par le législateur en tant que tel (ce qui n'a rien de surprenant eu égard à la difficulté de la définition de l'amitié) ; l'ami se verra reconnaître les fonctions précédemment énumérées en tant que « tiers », « personnes », ou « proches » (termes neutres et généraux que la loi utilise pour ouvrir le cercle des éventuels protecteurs, ce qui

les préjudices matériels (préjudice scolaire, frais de transport), et le préjudice d'affection de la meilleure amie de la victime d'un accident de la circulation.

⁵⁰ Ancien art. 1348 aujourd'hui 1353 C. civ. La jurisprudence exigeant cependant que le lien d'amitié soit intense pour admettre une telle impossibilité.

⁵¹ Art. 375-3 2° C. civ. « à un tiers digne de confiance ».

⁵² Art. 377 C. civ. « à un tiers,...proche digne de confiance ».

⁵³ Pour les majeurs, l'art. 456 C. civ. : « le juge désigne les membres du conseil de famille en considération des sentiments exprimés par la personne protégée, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage ». Pour les mineurs, l'art. 399 : « peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui ». Nous relèverons qu'auparavant le législateur avait nommé l'ami parmi les personnes pouvant composer le conseil de famille. Il a préféré par la suite une désignation plus générale et englobante.

⁵⁴ Art. 449 al 2 C. civ. priorité aux conjoints ou assimilés « A défaut... le juge désigne un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur ou entretenant avec lui des liens étroits et stables »

⁵⁵ Art. L231-1 C. santé publ. version 2011, al. 2 *in fine* : « le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ».

démontre, s'il en était besoin, que l'ami n'est pas seul à être susceptible de se voir attribuer ces fonctions). Il faudra que ce « tiers », cette « personne », ce « proche », dans lequel l'ami viendra se nicher pour obtenir sa désignation, remplisse un certain nombre de critères, variables en fonction du type de fonction dévolue. Pour que le tiers se voit attribué l'assistance éducative ou la délégation de l'autorité parentale, il faut qu'il soit digne de confiance⁵⁶ ; le juge désigne les membres du conseil de famille d'un majeur en considération des sentiments exprimés par la personne protégée, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard⁵⁷ ; il pourra désigner comme membre du conseil de famille d'un mineur cette fois toute personne qui manifeste un intérêt pour le mineur⁵⁸ ; le tuteur ou le curateur pourra être une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables⁵⁹ ; le donneur d'organe de son vivant pourra être une personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur... L'on voit bien que l'ami, le grand Ami, peut satisfaire la plupart de ces conditions, mais qu'il n'est pas toujours le seul.

Comme nous l'avons déjà relevé, la loi française reconnaît à l'individu le droit d'organiser lui-même un certain nombre de mesures venant régir sa propre personne ou ses biens et parallèlement la faculté de désigner la personne de son choix pour accomplir ces mesures. Ainsi peut-on désigner par avance qui bon nous semble comme personne de confiance, mandataire d'un mandat de protection future⁶⁰, exécuteur testamentaire⁶¹, ou encore tuteur ou curateur⁶². L'ami peut

⁵⁶ Art. 375-3 2°, art. 377 C. civ.

⁵⁷ Art. 456 al. 2 C. civ.

⁵⁸ Art. 399 al. 3 C. civ. ; l'alinéa 4 précisant que « les membres du conseil de famille sont choisis en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent ».

⁵⁹ Art. 449 al 2 C. civ.

⁶⁰ Art. 480 al. 1 C. civ. : « le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrit sur la liste des mandataires à la protection des majeurs » aucune restriction.

⁶¹ Art. 1025 C. civ. : « le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires jouissant de la pleine capacité juridique pour veiller ou procéder à l'exécution de ses volontés ».

⁶² Art. 448 C. civ., si un tuteur ou un curateur a été désigné par avance par la

donc tout naturellement se voir confier ses différentes missions⁶³.

En résumé, aucune mission particulière n'est donc confiée expressément à l'ami par le législateur. Il est une personne parmi d'autres pouvant venir protéger ou venir en aide à son alter ego.

Dans notre paysage juridique contemporain, l'Ami entre donc discrètement dans ce que certains aiment à nommer aujourd'hui la famille sociale, cette famille nouvelle en partie élective, cette famille étendue (entendue au-delà du noyau toujours central de la famille « classique »), ce groupe de personnes, qui sert en principe d'attache, de refuge, de ressource, de cocon protecteur à l'individu, ce cercle aux contours flous, incertains, évolutifs au gré de la vie, de ses aventures, de ses mésaventures et de ses rencontres importantes, ce cercle aux clés multiples et variées (sang, volonté, affection, amour), composé de visages bigarrés de pères, de mères, d'enfants, de grands-parents, de frères, de sœurs, d'oncles, de tantes, de cousins, de cousines, de conjoints, d'alliés, mais également aujourd'hui de partenaires, de concubins, de beaux-parents, et d'amis,... visages grimaçants ou souriants auxquels la parenté, l'alliance, la volonté, l'affection, la vie nous lie.

personne à protéger, cette désignation s'impose au juge.

⁶³ Nous relèverons que l'ami ou autre tiers ainsi désigné n'est pas contraint d'assumer sa mission ; V. art. 432 C. civ. pour la tutelle ou la curatelle.

*

* *

Mon instinct inspiré de ma connaissance amicale de la dame du jour, enfin de la dame du livre du jour, me souffle qu'à la lecture de ces lignes offertes en bouquet hommage, ladite dame soupirera sur dodelinements de la tête dénonçant mes trop fréquents égarements hors du droit.

Non, non, je ne brandirai pas une fois de plus ma liberté-pirouette. Hé non, très chère Catherine, si j'ai osé une fantaisiste balade, c'est parce que je vous dois beaucoup : vous nous avez appris et encouragé à jouer autrement par votre propre originalité, votre hardie hardiesse juridiques, cachées il fut un temps sous de conventionnelles et trompeuses jupes plissées d'un bel écossais bleu sombre, jupes qui surent, les années passant, votre hardiesse grandissant, se muer en chatoyant kimono fleuri, reflet de votre voyageuse curiosité, de votre grande ouverture d'esprit. Vous nous avez ouverts en grand les portes vers d'autres disciplines, si inspirantes, si proches de l'humain ; vous nous avez donné le goût, l'envie d'aller voir au-delà de notre petit champ juridique. Certes j'ai un peu débordé m'improvisant un instant en toute illégalité (oui je le sais), sociologue, psychologue, amicologue, mais je l'ai fait avec délectation, et grand sérieux (oui), en espiègle et reconnaissant clin d'œil à votre joyeuse soif d'ailleurs.

Mais, promis, juré, et, j'essaierai d'être à l'avenir plus sage, enfin un peu plus sage... si en retour, vous me promettez de revenir animer de temps à autres notre cour, si vous me promettez de m'emmener parfois, en amie, jouer dans vos nouveaux et prometteurs ailleurs.