

PREMIÈRE PARTIE

Le lien de couple

5. **1804.** En 1804, et de manière relativement stable pendant environ un siècle et demi, la famille est considérée comme un lieu de reproduction, d'éducation des enfants, de solidarités et comme un outil de structuration sociale. La conception du couple est alors claire, unique et institutionnelle. Seul le mariage est reconnu par le Droit. Il est alors une affaire publique inspirée par l'Église catholique dont la formation est contrôlée socialement et juridiquement. Les concubinages, peu nombreux, constituent la plupart du temps des situations de fait subies et/ou de courte durée. Ils ne sont ni définis ni même appréhendés par le Droit, sinon indirectement par un Droit de la filiation construit sur la différence entre enfant légitime et enfant naturel.
6. **1960.** Au cours de la seconde moitié du xx^e siècle, en particulier à partir des années 1960-1970, des mutations sociales importantes se produisent. Le contexte sociodémographique se modifie : la durée de vie s'allonge, les femmes travaillent, le chômage augmente. Parallèlement, les solidarités familiales s'estompent, les rapports se désinstitutionnalisent et s'individualisent. La famille subit des transformations profondes. La conception sociale du couple change, entraînant une libéralisation des rapports et une instabilité plus grande des unions. On parle de « crise du mariage ». Les concubinages constituent désormais une forme de vie à deux choisie et durable. Ils se multiplient et par conséquent se banalisent. Parallèlement se développent des progrès scientifiques considérables concernant la preuve de la filiation biologique et la maîtrise de la procréation.

Le Droit évolue parallèlement. D'une fonction symbolique, dogmatique voire modélisatrice, il devient plus fonctionnel et pragmatique. Le mariage n'est plus considéré comme l'unique moyen de constituer une famille, le seul modèle au sein duquel sont conçus et éduqués les enfants. La philosophie individualiste conduit en effet à l'idéologie égalitaire. Mais c'est d'abord le « couple parental » qui évolue. On a en effet rapidement opposé à l'instabilité grandissante des couples la stabilité de la filiation. Cette dernière remplace progressivement le mariage comme fondement de la famille. Dès la loi du 3 janvier 1972, l'égalité entre enfants légitimes et naturels tend progressivement à gouverner le Droit de la filiation, jusqu'à l'abolition, par l'ordonnance du 4 juillet 2005, de toute différenciation expresse entre enfants légitimes et enfants naturels. Concernant l'autorité parentale, dès 1987, l'intérêt supérieur de l'enfant gouverne la mise en place progressive du principe de la « coparentalité »¹.

7. **1999.** Au-delà du couple parental, c'est ensuite le « couple conjugal » en tant que tel qui, sous l'effet de revendications égalitaires, va se libéraliser. À la fin des années 1990 en particulier, les concubins réclament certains droits réservés aux époux et les couples de même sexe sortent de l'ombre en revendiquant une reconnaissance sociale et juridique. Progressivement, au travers de la jurisprudence d'abord, le couple non marié va entrer en Droit. Puis la loi du 15 novembre 1999² va créer le Pacte civil de solidarité et définir le

1. Cf. *infra* n° 247 s.

2. L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

concubinage dans le Code civil indifféremment au sexe des membres du couple. Le Pacs est le symbole de la reconnaissance juridique du pluralisme des couples et de la dissociation du couple et de la famille. Le couple non marié est consacré, ainsi que le couple de personnes de même sexe. La loi du 23 juin 2006¹, en réformant le Pacs, le rapproche du mariage. On commence alors à assister à une véritable convergence des statuts du couple. D'incontestables spécificités demeurent néanmoins attachées au mariage, union entre personnes de sexes nécessairement différents, célébrée par un officier d'état civil, entraînant une présomption de paternité pour le mari de la mère et dissoute par le divorce prononcé par un juge.

8. **2013.** La première spécificité du mariage est toutefois supprimée par la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage – et par conséquent l'adoption – aux couples de personnes de même sexe. La loi du 18 novembre 2016² donne en outre compétence à l'officier d'état civil pour enregistrer le Pacs et instaure le divorce par consentement mutuel sans juge. Pacs et mariage se rapprochent à grands pas. La présomption de paternité reste réservée au mari et ne s'applique pas aux couples de même sexe. Mais pour combien de temps ?

Depuis 2013, le couple peut donc simplement être défini comme l'union de deux personnes, en principe majeures, de sexe différent ou de même sexe. Afin de mesurer la convergence croissante entre les formes de vie en couple tout en comprenant les divergences persistantes, il est préférable de les comparer, le plus souvent par rapport au modèle de référence que continue à constituer le mariage, plutôt que de les étudier distinctement les unes après les autres. L'appréhension du couple par le Droit sera ainsi appréhendée de manière transversale et tant à travers l'étude de la législation relative à l'union (chapitre 1) qu'à travers celle qui régit la désunion (chapitre 2).

1. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.
2. L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

CHAPITRE 1

L'union

Le Code civil connaît aujourd'hui trois formes d'unions : le mariage, le Pacte civil de solidarité et le concubinage.

9. **Mariage.** Il ne définit pas le mariage, qui constituait en 1804 une évidence rendant inutile – voire impossible – la conceptualisation juridique¹. Le mariage revêt toutefois trois caractères principaux. Il est civil ; il s'agit d'une union laïque célébrée lors d'une cérémonie républicaine². Il est solennel puisqu'il est célébré par un officier d'état civil après accomplissement de certaines formalités légales et recueil public des consentements. Il est enfin personnel. Le majeur protégé ne peut en effet pas être représenté pour se marier. L'article 460 prévoyait néanmoins un régime d'autorisation, point d'équilibre entre respect de la liberté du mariage et caractère personnel, d'une part, et protection des personnes vulnérables et de leur consentement, d'autre part³. Il a été modifié par la dernière loi de programmation et de réforme pour la justice qui lui substitue un régime d'information⁴.

Article 460

Modifié par LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 – art. 10

La personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente.

1. *Portalis* définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Pour *Carbonnier*, il s'agissait de « l'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort » (*Droit civil*, t. II, *PUF*, 21^e éd., 2002, p. 368).
2. Seul le mariage civil emporte des effets juridiques. Les époux peuvent bien sûr choisir de faire célébrer un mariage religieux mais celui-ci ne produira pas d'effets de droit et doit être célébré après le mariage civil (C. pén., art. 433-21).
3. Cons. Const., 29 juin 2012, décision QPC n° 2012-260 : conformité de l'article 460 al. 1^{er} (anc.) à la Constitution (« eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est un acte important de la vie civile, en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; les restrictions dont il accompagne son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée »). Cf. aussi CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13, *Delecalle c/ France*, *Dr. fam.* 2018, chron. 4, A. Gouttenoire et F. Marchadier.
4. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 10. Ladite information est à justifier au titre des formalités préalables à la célébration (C. civ., art. 63) et une opposition est possible de la part du tuteur ou du curateur (C. civ., art. 175). Cf. *infra* n° 42 à 44. Cf. Rapport du défenseur des droits sur la protection juridique des majeurs vulnérables, 29 sept. 2016.

10. **Pacs.** Le Pacte civil de solidarité est quant à lui défini à l'article 515-1 du Code civil comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». On peut néanmoins s'interroger sur ses caractères par comparaison avec ceux du mariage.

Le Pacs a un caractère civil, mais il n'existe pas de Pacs religieux donc la question ne se pose pas comme dans le mariage. Au sens juridique, un acte ou un contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités exigées par la loi. Au sens courant, le mot solennel désigne ce qui est « célébré avec éclat, revêt un caractère majestueux, public (des obsèques solennelles) ou ce qui présente une gravité, une importance particulière par sa nature ou du fait des circonstances (faire une déclaration solennelle) ou enfin ce qui est empreint d'une gravité souvent affectée, qui prend des airs d'importance (s'exprimer d'un ton solennel) »¹. Il y a bien un aspect formel, au sens juridique comme au sens courant du terme, dans le Pacs. Sa validité est en effet soumise au respect de certaines formalités imposées par le Code civil. Il fait en outre l'objet d'une déclaration devant l'officier d'état civil ou le notaire. Mais l'aspect solennel reste moins marqué que dans le mariage, puisque le Pacs n'est pas « célébré » avec échange public des consentements. Il revêt, enfin, un caractère personnel. Les personnes en curatelle et en tutelle devront être assistées lors de la signature de la convention². Néanmoins, aucune assistance ni représentation n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier d'état civil ou le notaire.

Article 461

Modifié par LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 48 (V)

La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables en cas de modification de la convention.

La personne en curatelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. L'assistance de son curateur n'est requise que pour procéder à la signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7.

La personne en curatelle est assistée de son curateur dans les opérations prévues aux dixième et onzième alinéas de l'article 515-7.

Pour l'application du présent article, le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsque la curatelle est confiée à son partenaire.

1. Dictionnaire *Larousse* en ligne, <http://www.larousse.fr/>.

2. Cf. Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18685.

Modifié par LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 – art. 10

La personne en tutelle est assistée de son tuteur lors de la signature de la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3.

Les dispositions du premier alinéa du présent article sont applicables en cas de modification de la convention.

[...]

Pour l'application du présent article, le tuteur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsque la tutelle est confiée à son partenaire.

11. **Concubinage.** Le concubinage est également défini par le Code civil. L'article 515-8 le désigne 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 ». Il n'a aucun caractère solennel. Aucune formalité particulière n'est à respecter ; il n'y a ni engagement public de volonté, ni célébration, ni même enregistrement légal quelconque. On peut en revanche retenir les caractères civil – du moins laïc – et personnel, même s'ils ont ici assez peu de sens.

Au-delà de ces définitions, le Droit ne reconnaît la situation de couple et ne lui confère des effets juridiques (section 2) que si elle remplit les conditions de formation du mariage, du Pacs ou du concubinage (section 1).

Section 1 – La formation du couple

12. **Acte ou fait juridique ?** Le mariage est un acte juridique d'une nature particulière et duale. Il est à la fois un contrat, puisqu'il est formé par un accord de volontés, et une institution, puisque son statut est déterminé par le Code civil. Le Pacs est également un acte juridique d'une nature hybride. Il est clairement défini par le Code civil comme un contrat, l'aspect contractuel étant d'ailleurs plus marqué que dans le mariage¹. Mais il s'agit d'un contrat spécifique comme le montre sa place dans le Code civil² et son inscription en marge de l'acte de naissance des partenaires. Le législateur le définit, ainsi que son objet, les conditions de sa conclusion et de sa rupture, de même que les obligations qui en découlent. Il est donc également un statut du couple. Le concubinage, quant à lui, bien que défini dans le Code

1. Le Conseil constitutionnel a rappelé la nature contractuelle du Pacs dans une décision du 21 octobre 2015, n° 2015-9 LOM.

2. « Livre Premier : Des personnes ».

civil, reste un fait juridique. Cette différence de nature juridique entre mariage et Pacs, d'une part, et concubinage, d'autre part, se vérifie à l'examen des conditions de fond (§1) et de forme (§2) des différentes formes de vie à deux.

§1. Les conditions de fond

On distingue deux catégories de conditions de fond relatives à la formation du couple. La première concerne les conditions intrinsèques à chacun des membres du couple (A), tandis que la deuxième concerne l'absence de lien préexistant entre les membres du couple ou entre l'un d'eux et un tiers (B).

A. Les conditions intrinsèques à chacun des membres du couple

Le Droit est désormais indifférent au sexe des membres du couple, tandis que l'âge de ces derniers est une condition qui semble prendre une importance croissante. Le consentement des membres du couple est également une condition fondamentale, particulièrement visible dans le mariage.

1. L'indifférence au sexe

13. **Concubinage et Pacs.** Bien avant sa consécration dans le Code civil, la Cour de cassation acceptait de faire produire des effets juridiques à l'union libre, mais seulement entre personnes de sexe différent, estimant que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc, à l'époque, entre un homme et une femme¹. Mais dès le début des années 1990, des groupes de pression se sont constitués afin de réclamer un statut pour les couples non mariés. Les couples de personnes de sexe opposé, qui ne voulaient pas se marier, ont progressivement rejoint les revendications des couples de personnes de même sexe qui, eux, ne pouvaient pas se marier.

Le législateur a fini par prendre en compte ces revendications et, après diverses propositions², la loi du 15 novembre 1999 a créé le Pacte civil de solidarité, ouvert aux couples de sexe différent ou de même sexe. L'intégration du concubinage dans le Code civil au cours du vote de la loi sur le Pacs³ a également donné aux couples de personnes de même sexe la qualité de concubins que leur refusait jusque-là la Cour de cassation.

1. Soc., 11 juill. 1989 n° 85-46008 et 86-10665 ; Civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20779.

2. Les modalités du statut à créer ont fait débat, outre le débat suscité par l'opportunité même de la création d'un statut. Fallait-il le réserver aux couples ? Fallait-il le réserver aux couples homosexuels ? Ont d'abord été proposés un contrat de partenariat civil en 1990, un contrat d'union civile (C.U.C.) en 1992, un contrat de vie sociale (C.U.S.) en 1993 et 1997, puis un pacte d'intérêt commun (P.I.C.) en 1998.

3. Le Pacs résulte d'une initiative parlementaire. Le Sénat, hostile à son adoption, avait rejeté la proposition tout en proposant, en contrepartie et en espérant voir ainsi rejeter le Pacs, que soit insérée dans le Code civil une définition du concubinage englobant les couples homosexuels.