

10-5-2015

## Les unions en France : l'embarras du choix ?

Dominique Garreau

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls>

 Part of the [Civil Law Commons](#)

---

### Repository Citation

Dominique Garreau, *Les unions en France : l'embarras du choix ?*, 8 J. Civ. L. Stud. (2015)

Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol8/iss1/6>

This Conference Proceeding is brought to you for free and open access by the Law Reviews and Journals at DigitalCommons @ LSU Law Center. It has been accepted for inclusion in Journal of Civil Law Studies by an authorized administrator of DigitalCommons @ LSU Law Center. For more information, please contact [sarah.buras@law.lsu.edu](mailto:sarah.buras@law.lsu.edu).

## LES UNIONS EN FRANCE : L'EMBARRAS DU CHOIX ?

Dominique Garreau\*

Abstract.....	77
Résumé.....	78
I. Des conditions souvent similaires .....	87
A. Des conditions de fond quasi-identiques.....	87
B. Des formalismes distincts pour une même protection des consentements.....	92
II. Des effets différents .....	97
A. Les rapports personnels.....	98
B. Les rapports pécuniaires.....	102

### ABSTRACT

*French law regulates two types of unions, marriage and civil union (Civil Solidarity Pact or PACS), and tolerates free union, which is regarded as a de facto situation. Originally, marriage was the only option. Social evolution has led the French legislature to create the PACS (1999), but this did not fully satisfy homosexual couples who, in 2013, obtained full access to marriage. Why then keeping two institutions? While similarities exist as to the formation of both forms of union, marriage remains more formalistic because rooted in tradition. Effects are not similar: while both marriage and civil union oblige to community of life, duty of mutual assistance, contribution to expenses and solidary liability for the couple's debts, a few effects are limited to marriage alone. Those include the duty of fidelity, the possibility of using the spouse's name and the protection of matrimonial*

---

\* Maître de conférences HDR en droit privé, Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Nantes.

*housing. Indeed, the Civil Code keeps promoting and protecting the family dimension of marriage.*

#### RÉSUMÉ

*Le droit français consacre deux types d'union, le mariage et le Pacte Civil de Solidarité, acceptant, mais à la marge, le concubinage, situation de fait plus que de droit. Si originairement, seul le mariage avait droit de citer, l'évolution de la société a poussé le législateur français à créer le PACS en 1999, qui n'a pas entièrement satisfait les couples homosexuels qui ont obtenu le droit de se marier en 2013. Pourquoi deux institutions ? S'il est aisé de constater la similitude des conditions de formation de ces deux unions (là où le concubinage ne pose aucun cadre juridique) en notant un plus grand formalisme attaché au mariage, antique socle de la famille, il devient intéressant de comparer les effets attachés à ces deux « contrats ». Si certaines obligations sont communes au mariage et au PACS (communauté de vie, devoir d'assistance entre époux, contribution aux charges du couples, solidarité au regard des dettes du ménage), d'autres aspects sont propres au mariage (devoir de fidélité, usage du nom de l'époux, protection du logement familial) car le mariage a une dimension familiale revendiquée et protégée par le Code civil.*

Qui n'a pas entendu parler du mariage pour tous, la loi du 17 mai 2013<sup>1</sup> ? Une loi qui, à écouter et lire les commentaires, a révolutionné le petit monde juridique de la famille française. Notre propos n'étant pas l'étude stricto-sensu de cette loi, nous l'aborderons en nous intéressant aux diverses formes d'union existant dans le paysage juridique français. En effet, le mariage n'est pas la seule union consacrée par la loi française qui, depuis relativement peu, a donné un statut aux couples ne désirant pas se

---

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

marier, et ce en créant le pacte civil de solidarité (PACS)<sup>2</sup> à défaut de donner un statut au concubinage qu'elle se contente de mentionner dans un seul article du Code civil<sup>3</sup>. En conséquence, plutôt que nous attarder sur les tenants et les aboutissants d'une loi qui a fait tant écrire et défiler, intéressons-nous à ces trois types d'union en commençant par un rapide historique du mariage et de son évolution au regard des mouvances sociétales qui ont permis la reconnaissance tant du concubinage que du PACS, trois situations faisant dorénavant fi des sexes des deux candidats. Puis, pour avoir une vision panoramique de ces situations, nous comparerons leurs conditions de formation et de validité et bien évidemment leurs effets afin de cerner les différences à même de permettre à chacun de choisir la forme d'union qui lui convient le mieux.

Tout est partie de la notion de famille. Dès lors que l'on envisage le mariage, le PACS ou le concubinage, rapidement le débat quitte la stricte relation entre deux personnes pour envisager les conséquences au regard des enfants ; on glisse ainsi du couple vers la famille, comme si pour certains, le couple ne pouvait exister sans enfants et que la famille nécessairement entendait parents et enfants, ce que suggèrent les articles 215 et 213 du Code civil<sup>4</sup>. Évoquons rapidement la notion de famille ce qui nous permettra de mieux comprendre les enjeux des évolutions légales.

La famille suppose le groupement. C'est là le trait commun à toutes les sciences qui étudient cette situation. En droit, la famille se comprend donc comme un groupement. Mais le Code civil ne définit pas la famille ; le mot famille est quasiment absent du Code de 1804 sauf dans l'expression conseil de famille. Les premiers commentateurs du Code n'ont pas non plus envisagé la famille en

---

2. Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.

3. Article 515-8 Code civil issu de la Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.

4. Art. 215 C. civ. : « La résidence de la famille est au lieu qu'ils (les époux) choisissent d'un commun accord » plus loin « logement de la famille » - Art. 213 C. civ. : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

elle-même, sans pour autant qu'ils aient ignoré les règles juridiques qui gouvernent cette famille. Il faut chercher ailleurs le support de ces règles juridiques et s'attacher aux articles relatifs au mariage et au divorce (donc le mariage), à la filiation de préférence légitime (donc encore le mariage) et la fameuse présomption de paternité (même si la filiation hors mariage est acceptée avec limites) et à la puissance paternelle (dans le mariage). Les deux sources de la famille s'avèrent donc être le mariage et la filiation, celle légitime étant privilégiée mais pas exclusive, l'article 311-21 du Code civil issu des lois du 4 mars 2002 et 18 juin 2003<sup>5</sup> posant les règles de dévolution du nom de famille en ne faisant plus de distinction sur l'origine de la filiation, la famille est alors entendue au regard de la filiation. La famille pourrait donc être définie comme le groupement formé par les personnes qui, en raison de leur lien de parenté ou d'époux, sont soumises à la même communauté de vie<sup>6</sup> ; il ne s'agit pas d'une notion juridique et il n'existe pas de droit propre à protéger la famille. Alors, le réflexe est peut-être de revenir à la conception de base de cette notion, conception entendue juridiquement : le mariage.

L'histoire du mariage<sup>7</sup> est passionnante et révoltante à la fois quand elle est lue avec nos yeux de juriste actuel et qui plus est de juriste femme. La décadence romaine (perte de l'autorité patriarcale, multiplication des divorces, femme mariée résidant ailleurs que chez son mari : anarchie familiale) a donné naissance à une nouvelle conception de la famille (début du IV<sup>e</sup> siècle) : la conception chrétienne de la famille conjugale comprenant le mari, la femme et les enfants avec pour points de cohésion le mari (en

---

5. Lois n° 2002-304 du 4 mars 2002 et n° 2003-515 du 18 juin 2003.

6. Le Code civil actuel évoque la famille sous cet angle dans le régime primaire (résidence de la famille, logement de la famille), dans la filiation (nom de famille, adoption) et les régimes de protection (conseil de famille) ; quelques expressions du Code de 1804 subsistent telles « besoins de la famille » (Art. 630), « y demeure avec sa famille » (Art. 632), « destination du père de famille » (Arts. 672, 692, 693)... Seuls 129 articles de ce Code utilisent le mot famille, beaucoup dans l'expression conseil de famille.

7. LAURENT LEVENEUR, LEÇONS DE DROIT CIVIL, TOME 1, VOLUME 3, LA FAMILLE (Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 1995).

s'appuyant sur la Genèse) et le sacrement du mariage. Le caractère sacramentel faisait du mariage un lien sacré, établi par Dieu et assurant la permanence de la famille. Le mariage était alors indissoluble et les époux devaient être fidèles, mais l'Église peinait à imposer son modèle. Au X<sup>e</sup> siècle, l'affaiblissement du pouvoir séculier permit à l'Église de rendre ses tribunaux compétents en la matière tout en hésitant sur la condition permettant de reconnaître un mariage : consentement des époux ou cohabitation. Le décret de Gratien tenta une conciliation (vers 1140) en présentant le mariage comme exigeant un consentement préalable suivi de la consommation ; cette idée fut reprise par Lombard dans ses sentences quelques années plus tard : le mariage était alors un sacrement que se conféraient les époux par un acte de volonté. Mais la difficulté restait la preuve de ce mariage, ce qui incita les canonistes à imposer certaines formalités. Ainsi en 1215, le Concile de Latran décida l'excommunication des époux mariés clandestinement, mais le mariage demeurait valable ! Les légistes royaux tentèrent de dissocier le mariage d'une part en un sacrement dont la validité appartenait à l'Église et à ses tribunaux et d'autre part en un contrat ayant des effets civils de la compétence des juridictions laïques. Cette doctrine gallicane était condamnée par Rome et le Concile de Trente exigea une formalité en 1563 : l'échange des consentements donnés en présence du curé de la paroisse de l'un des époux ; tout mariage non célébré ainsi était nul, ce qui faisait de cette règle non une règle de forme mais une règle de fond<sup>8</sup>. L'Édit de Nantes (1598) permit aux protestants de se marier devant leurs pasteurs ; mais la révocation de l'Édit de Nantes ramena l'obligation pour tous de se marier devant un prêtre catholique ; les mariages protestants étaient frappés de nullité. Un édit de 1787 énonça que les non-catholiques pouvaient contracter des mariages avec des effets civils à l'égard des époux et de leurs

---

8. Le Code de droit canonique de 1917 considérait que l'échange des consentements devant deux témoins suffisait s'il n'était pas possible d'y procéder devant un prêtre.

enfants, mariages constatés par les officiers royaux. La Constitution de 1791 étendit cette mesure à tous quelle que soit la religion ; Constitution qui définissait le mariage comme un acte purement civil. Les révolutionnaires considéraient le mariage comme un simple contrat, la seule condition étant l'accord des futurs époux ; le mariage fut sécularisé. Cette définition ne fut pas reprise dans le Code de 1804 car elle semblait une évidence, les rédacteurs ne se préoccupant que de nier la valeur du mariage religieux en interdisant à tout ministre du culte de procéder au mariage religieux si les époux ne justifiaient pas au préalable du mariage civil et ce sous peine de sanctions pénales. Les révolutionnaires en laïcisant le mariage ont accru la rigueur des formalités en imposant que le mariage fut célébré devant un officier de l'état civil qui le prononça (et non pas simple témoin comme le prêtre).

Ce très rapide historique montre que le mariage nécessite l'accord des deux parties mais qu'il doit satisfaire à des formes imposées par la religion puis par l'État. On peut alors raisonnablement se demander si le mariage est un simple contrat soumis à la seule volonté des époux ou une institution encadrée par la loi imposant des obligations aux époux avec un objectif propre. Dès le Concile de Trente, il est évident que le consentement des deux époux est indispensable, consentement devant le ministre du culte qui n'est alors qu'un témoin ; le contrat consensuel devient ainsi un contrat solennel mais le mariage demeure un contrat. Avec les révolutionnaires, le mariage est prononcé par l'officier de l'état civil, c'est l'autorité publique qui lie les époux. Disparition du contrat ? Pas pour autant car l'élément consensuel demeure essentiel, les rédacteurs du Code civil ayant édicté des règles protectrices du consentement. Ainsi, le mariage tel qu'il est dans le Code civil est assujéti à des règles qui gouvernent les époux durant leur vie conjugale, règles impératives qui ne peuvent être modifiées, donnant au mariage un caractère institutionnel. Mais la possibilité de divorcer d'un commun accord dès le Code civil

(mais quasiment impossible à appliquer), supprimée en 1816 puis rétablie dès 1884 (mais pour faute exclusivement) laisse à penser à une résiliation pour inexécution d'une de ses obligations par l'un des contractants, en l'occurrence l'un des époux. La loi de 1975 sur le divorce a renforcé cet aspect du mariage contractuel en admettant le divorce par consentement mutuel. Donc contrat ou institution, le mariage est un mixte dont la qualification varie selon la sensibilité des auteurs en ayant quelques constantes : le mariage est un acte civil, un acte solennel et un droit d'ordre public auquel nul ne peut s'opposer. Ceci n'est pas une évidence pour toutes les législations comme nous le verrons dans les autres interventions.

Le mariage est donc le groupement de base de notre société et ce historiquement. Mais il n'est pas le seul à permettre à deux personnes de s'unir ou tout au moins de vivre ensemble au sens juridique du terme. Depuis longtemps et certainement depuis la nuit des temps, le mariage côtoie une autre forme de famille, une autre forme d'union ou plutôt de réunion de deux personnes animées d'un même objectif : vivre ensemble avec ou sans enfant. Il s'agit de l'union libre à ne pas confondre avec la simple union fortuite sans lendemain, ni avec le mariage. Cette situation non juridique a été reconnue par le législateur français seulement en 1999. Les rédacteurs du Code civil avaient choisi clairement le mariage qui « seul assure la stabilité nécessaire à la vie d'une famille. Le mariage, c'est 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 »<sup>9</sup>. Ces arguments ne sont pas si désuets que cela ; les opposants au mariage pour tous constatant que perpétuer l'espèce n'est pas naturellement possible pour un couple homosexuel considèrent que le mariage ne peut donc être. Revenons au concubinage. Bonaparte lui-même avait été clair : « les concubins

---

9. P.-A. FENET, 9 RECUEIL COMPLET DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL 140 (Marchand du Breuil, Paris, 1827), Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage par Portalis, Corps législatif, 7 mars 1801.



se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux ». De tous temps, les opposants à l'union libre n'ont de mots trop durs pour qualifier le concubinage, mots et considérations qu'il est encore possible d'entendre ou lire. Ainsi l'union libre a-t-elle été considérée comme un danger pour les membres du couple non-marié et surtout pour le plus faible (ainsi la femme lâchement abandonnée après avoir consacré sa jeunesse à son compagnon ou l'homme qui s'était attaché à ses enfants et qui ne supportait pas la rupture qui le séparait d'eux ; à croire que ceci ne se rencontrait pas avec le mariage et le divorce). Danger également pour les enfants car l'union libre n'offrait aucune garantie de stabilité puisque les concubins qui n'avaient voulu se marier gardaient l'entière liberté de se séparer à tout moment (le divorce avait des conséquences identiques mais avec une procédure dissuasive). Danger démographique : la montée du concubinage comme celle du divorce avait amené une baisse de la natalité, les démographes constatant que le concubinage était moins fécond que le mariage ; à cette époque le travail des femmes se développait avec pour conséquence sociale normale qu'elles aspiraient à avoir moins d'enfants pour pouvoir poursuivre leur travail ; mais peut-être pourrait-on considérer que les femmes mariées n'aspiraient pas pareillement à travailler et qu'elles considéraient qu'il était de leur mission d'avoir des enfants, objectif traditionnel du mariage. Ces propos pourraient se résumer ainsi « l'intérêt général commande que le mariage soit protégé et même favorisé mais que ce soit par manque de lucidité ou de courage, le législateur ne le fait pas »<sup>10</sup>. Cependant, force est de constater qu'au fil des années et de l'évolution de la société, le législateur n'a pas pu rester ignorant de l'existence des couples en concubinage. Tout en refusant toute assimilation, il a ponctuellement créé des droits semblables à ceux

---

10. LEVENEUR, *supra*, note 7, p. 39.

du mariage et ce dès avant la loi de 1999<sup>11</sup>. Mais c'est la jurisprudence qui s'est intéressée la première à ce type de relations établies. En effet, en 1931<sup>12</sup>, la Cour de cassation rejeta la possibilité pour une concubine de demander des dommages et intérêts pour préjudice moral au motif qu'elle ne justifiait pas d'un intérêt d'affection né du lien de parenté ou d'alliance avec le défunt (n'étant pas de sa famille, ni par le mariage, ni par le sang). Mais les tribunaux persistèrent « dans leur position scandaleuse » d'accorder une indemnisation à la concubine<sup>13</sup>. Il fallait définir le concubinage et ses effets. En 1937, la chambre criminelle de la Cour de cassation, relevant l'existence du « faux-ménage » depuis 13 ans, un enfant reconnu et la concubine vivant dans la famille de son concubin, a été amenée à faire la différence entre concubinage stable et instable, digne et indigne<sup>14</sup>. La même année, un arrêt de principe de la Chambre civile considéra que la victime ne pouvait demander réparation que pour « la lésion certaine d'un intérêt légitime, juridiquement protégé »<sup>15</sup>, excluant les dommages résultant de la rupture du concubinage. Cependant la chambre criminelle maintenait la distinction concubinage stable et concubinage précaire, le premier permettant la réparation du préjudice. Il faudra l'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970 pour que la concubine obtienne réparation après décès accidentel de son concubin, dès lors que « le concubinage offrait des garanties de stabilité et ne présentait pas de caractère délictueux »<sup>16</sup>.

---

11. Par exemples le recours à la Procréation Médicalement Assistée en 1994 permis aux couples mariés ou non, le droit au bail au profit du concubin survivant ou abandonné en 1982.

12. Cass. req., 2 fév. 1931, D. 1931, 1, 38.

13. Le tribunal de la Seine, le 21 février, refusa toute réparation à la femme légitime alors qu'il accordait des dommages-intérêts à la concubine à la suite du décès du mari adultérin (12 fév. 1931, D. 1931, 2, 57) - ou encore la Cour d'appel de Paris qui, en 1932, accorda des dommages-intérêts aux deux concubines du même homme, légitimant ainsi, pour la doctrine, la polygamie et l'union libre (18 mars 1932, D. 1932, 2, 88 note Voirin).

14. Cass. crim., 13 fév. 1937, D. 1938, 1, 5 note Savatier.

15. Cass. civ., 27 juil. 1937, D. 1938, 1, 5, 4ème espèce, note Savatier.

16. Cass. mixte, 27 fév. 1970, pourvoi n° 68-10276, D. 1970, 201, note Combaldieu.

Les mœurs évoluant, des couples non-mariés ont voulu une reconnaissance sociale et légale, demande qui, au fil des ans, a concerné les couples de même sexe. En 1999, la loi a semblé accéder à cette requête en reconnaissant l'existence du concubinage et en créant le pacte civil de solidarité (PACS). Le concubinage est dorénavant socialement visible et acceptable mais sans statut légal, la loi de 1999 le définissant comme une société de fait et ce au sein du seul article 515-8 du Code civil : « 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 ». La même loi instaure le PACS qui est un contrat conclu entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe destiné à organisé matériellement leur vie commune. Les unions entre personnes de même sexe sont alors possibles mais ces unions, qui sur certains points peuvent ressembler au mariage, ne sont pas le mariage, ni dans l'état d'esprit, ni dans les effets ; la place des articles dans le Code civil est révélatrice, non pas à la suite du mariage mais après la protection des majeurs protégés. Dès lors, considérant cette loi comme inachevée, les couples homosexuels n'ont cessé de demander qu'ils soient éligibles au mariage, comme dans d'autres États, au motif que réserver le mariage aux couples de sexe différent était discriminant et contraire aux réalités sociales. En mai 2013, non sans récriminations politiques et traditionalistes, la loi crée le mariage pour tous ouvrant le mariage à tous les couples quel que soit leur sexe.

Ainsi la loi française reconnaît trois types d'union mais avec des traitements juridiques différents. Le mariage, depuis 1804 dans le Code civil, a droit au titre V « Du mariage » de l'article 143 à l'article 227. Le pacte civil de solidarité et le concubinage, ont leur propre titre XII - mais très loin du mariage après la filiation, l'autorité parentale, la minorité et les majeurs protégés – et les articles 515-1 à 515-7, l'article 515-8 étant réservé au concubinage. Nous pouvons d'une part raisonnablement nous

demander pourquoi le PACS et le concubinage n'ont pas été ajoutés à la suite du mariage-divorce et d'autre part constater que le concubinage est un fait « sans intérêt » pour le législateur et que le PACS semble n'être qu'un contrat parmi d'autres mais ressemblant parfois au mariage.

Afin d'avoir une vision panoramique de ces trois situations nous allons nous attacher à comparer les conditions auxquelles chaque union doit satisfaire afin d'être qualifiée de mariage, PACS ou concubinage avant de constater que les régimes juridiques du mariage et du PACS présentent des similitudes sans être identiques ce qui peut justifier que le mariage pour tous ait été demandé et obtenu.

#### I. DES CONDITIONS SOUVENT SIMILAIRES

Comparer les trois formes d'unions se fera en prenant comme appui le mariage compte-tenu de son antériorité juridique et de sa valeur sociologique. L'histoire nous a montré que le législateur a été soucieux de formaliser cette union afin de la reconnaître et de rendre le mariage opposable à tous. Ce formalisme impératif, parfois qualifié de cérémonial, destiné à s'assurer que les consentements ont été donnés de façon éclairée (B) ne sera efficace que dans la mesure où les candidats au mariage ou au PACS auront satisfait à certaines conditions de fond (A), conditions physiques et conditions de capacité.

##### *A. Des conditions de fond quasi-identiques*

Qu'il s'agisse du concubinage, de PACS ou du mariage, la règle est unique, il faut deux personnes physiques. Pour le mariage, ceci se retrouve dans l'article 143 du Code civil qui évoque « deux personnes de sexe différent ou de même sexe », ce qui exclut les personnes morales qui n'ont pas de sexe. Pour le PACS et le concubinage, les articles 515-1 et 515-8 du Code civil prennent

soin de préciser « deux personnes physiques » et « deux personnes de même sexe ou de sexe différent vivant en couple ».

Mais ces deux personnes doivent-elles être de sexe différent ? A la différence du PACS et du concubinage qui acceptent les couples de même sexe, le mariage était jusqu'en mai 2013 l'union d'un couple de sexes différents. Cette condition n'était pas posée expressément, mais certains articles du Code civil laissaient entendre implicitement qu'une telle condition existait : ainsi l'ancien article 144 selon lequel « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus » (la modification de la loi du 4 avril 2006 ne concernant que l'âge) et l'ancien article 75 en vertu duquel, lors de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil recevait de chacun « la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Pareillement, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme laisse entendre qu'il faut être de sexe différent : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». A priori la législation française ne semblait pas vouloir changer sur ce point, quand bien même une partie importante de la société le demandait... plus ou moins. Pour répondre à ces demandes, le législateur créa le PACS en 1999 et dans le même mouvement reconnu le concubinage. L'avancée est très importante. D'une part, le PACS peut être conclu par des partenaires de même sexe ou de sexe différent, l'article 515-1 du Code civil reconnaissant sans aucune ambiguïté la possibilité pour deux homosexuels de conclure un tel pacte, d'autre part cette loi déclare que le concubinage est une situation de fait entre deux personnes physiques peu important leur sexe. Notons qu'à cette époque le mariage est toujours interdit aux homosexuels et que le principe du mariage hétérosexuel est rappelé fermement par la jurisprudence qui annule les mariages homosexuels prononcés le plus souvent pour provoquer le législateur et lui faire prendre conscience de

l'absurdité de la situation<sup>17</sup>. Par contre, le transsexualisme n'est nullement un obstacle au mariage dans la mesure où seul l'état civil au moment du mariage compte. Ainsi, biologiquement, les deux époux peuvent avoir le même sexe d'origine, mais le jour du mariage, seuls les états civils faisant apparaître des sexes différents sont pris en compte<sup>18</sup>.

La loi du 17 mai 2013 fait table rase de tous ces questionnements et discordances en rédigeant ainsi l'article 143 du Code civil : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe », les articles 75 et 144 sont modifiés faisant disparaître la différence de sexe et l'article 6-1 est créé annonçant que « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations... que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Dorénavant, la différence de sexe n'est plus une condition de fond du mariage ni un élément de distinction avec le PACS et le concubinage.

Peu importe donc le sexe des protagonistes mais sont-ils soumis à une restriction, une condition d'âge ? La loi française impose depuis toujours un âge minimum pour se marier. Depuis la loi du 4 avril 2006, hommes et femmes sont à égalité puisque doivent avoir 18 ans accomplis pour se marier<sup>19</sup>. Si l'un des époux est mineur, le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut exceptionnellement et pour des « motifs graves » accorder une dispense d'âge<sup>20</sup> ; cette dispense d'âge nécessitera

---

17. TGI Bordeaux, 26 juil. 2004, Dr. Famille 2004, comm. 166, H. Azavant - nullité du mariage célébré le 4 juin 2004 confirmée par Bordeaux, 19 avr. 2005, Dr. Famille 2005, comm. 124 - affaire clôturée par Cass. 1re civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16627 : « Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme », D. 2007 note Fulchiron, AJ fam 2007/5, 228, note F. Chénéde.

18. CEDH, 11 juil. 2002, Goodwin c/Royaume-Uni, JCP 2003, I, 101 et 109 - également CEDH, 7 janv. 2004, KB c/Royaume-Uni, Dr. fam. 2004, comm. 62, note A. Gouttenoire.

19. Art. 144 C. civ. Auparavant l'homme devait avoir 18 ans et la femme 16 ans, ce qui nécessitait l'accord de ses parents.

20. Art. 145 C. civ.

l'accord des parents<sup>21</sup>. Pour le PACS, il faut être majeur pour s'engager ou mineur émancipé (ce dernier ayant la capacité du majeur). Cette nécessaire capacité nous rappelle la nature purement contractuelle du PACS. Le concubinage quant à lui n'étant pas une situation juridique, rien n'a été envisagé sur ce point ; le concubinage peut donc concerner des mineurs.

Etre majeur est-il suffisant pour pouvoir se marier, se pacser ? L'existence du consentement de chaque époux ou partenaire ne pose pas de souci lorsque l'époux ou le partenaire a son entière capacité juridique. Qu'en est-il pour le majeur protégé, sous tutelle ou curatelle ? Un majeur sous tutelle ne peut se marier ou se pacser qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints ou partenaires, voire, le cas échéant, le recueil de l'avis des parents et de l'entourage<sup>22</sup>. La situation est plus subtile pour un majeur sous curatelle qui, pour se marier, doit obtenir l'autorisation du curateur ou à défaut celui du juge des tutelles<sup>23</sup> alors que pour le PACS, il doit signer la convention avec l'assistance du curateur<sup>24</sup> ; notons qu'aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance. Bien évidemment, le majeur sous sauvegarde de justice peut se marier ou se pacser, car ayant la pleine capacité juridique, ses actes ne sont contrôlés qu'a posteriori.

Si le Code interdit de se marier avant 18 ans, il interdit également la polygamie et les unions incestueuses. En effet, tant dans le PACS que dans le mariage la monogamie est la règle. L'article 147 du Code civil interdit de contracter un second mariage avant la dissolution du premier ; il n'y a aucune possibilité de régulariser ultérieurement. Dans le même esprit, l'article 515-2 du même code interdit le PACS quand l'un des deux candidats est

---

21. Arts. 148 et suivants C. civ.

22. Arts. 460 et 462 C. civ.

23. Art. 460 C. civ.

24. Art. 461 C. civ..

soit marié soit lié par un pacte avec autrui ; le mariage d'une personne liée par un PACS met fin à celui-ci. Pareillement, l'inceste est un interdit que l'on retrouve tant pour le mariage que pour le PACS. Ainsi les articles 515-2 et 161 et suivants du Code civil prohibent et frappent de nullité absolue le pacte et le mariage entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés (les alliés sont les personnes qui ont un lien juridique par l'effet du mariage, donc le lien existant entre un conjoint et les parents de son époux) en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus (donc entre parent et enfant, grand-parent et enfant, entre membres d'une même fratrie, l'oncle ou tante et la nièce ou le neveu,...). Notons que ces interdictions sont pour certains désuètes car s'expliquaient souvent par le fait que les familles vivaient regroupées sous un même toit et que l'on craignait les désagréments de la consanguinité. Récemment, la Cour de cassation a refusé d'annuler le mariage entre une femme et son beau-père après qu'elle ait divorcé du fils (qui demandait l'annulation du mariage pour qu'elle ne soit pas légataire universelle de son père) de ce dernier au motif :

que le prononcé de la nullité du mariage de M. Y et Mme X revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans<sup>25</sup>.

Remarquons qu'en matière de mariage, s'il existe des causes graves, le Président de la République peut lever l'interdiction de mariage entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée et entre oncle ou tante et nièce ou neveu, alors qu'aucune dispense n'est possible dans le cadre du PACS,

---

25. Dans une succession de 3 mariages contractés sans que le divorce du précédent soit prononcé, le deuxième mariage est nul même si le premier se trouve lui-même annulé car la bigamie existait au moment du second mariage : Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, pourvoi n° 10-25285, D. 2012, 258 note G. Raoul-Corneil.



parce que nous sommes alors dans un domaine purement contractuel.

*B. Des formalismes distincts pour une même protection des consentements*

Le mariage et le PACS étant des contrats se formant par l'accord de volontés des futurs conjoints ou partenaires, les articles 1108 et suivants du Code civil imposent que soit recueilli le consentement de chaque époux, de chaque partenaire et que ce consentement soit exempt de tout vice. Alors que l'article 146 du Code civil prend soin de préciser qu' « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement », la seule qualification de contrat pour le PACS impose les articles 1109 et suivants du Code civil sur la protection des consentements des parties.

L'absence de l'un des deux consentements entache le mariage ou le PACS de nullité, nullité pouvant être demandée par l'une des deux parties. Ceci se rencontre avec le mariage simulé par lequel les époux aspirent non à vivre ensemble mais à obtenir quelques avantages découlant du mariage tels la nationalité française<sup>26</sup>, un avantage fiscal, des avantages patrimoniaux non obtenus par simple testament<sup>27</sup>, voire la fortune de l'époux<sup>28</sup>... La même sanction peut s'appliquer aux partenaires qui se pacsent essentiellement pour bénéficier d'avantages fiscaux. Notons que dans ces circonstances, il y a absence de consentement, mais également cause illicite car ces contrats (mariage ou PACS) poursuivent un objectif totalement étranger à celui de la loi et détournent les effets de celle-ci.

---

26. Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, pourvoi n° 01-17077, Dr. Famille 2004, comm. 15, V. Larribau-Terneyre - Versailles, 22 janv. 2004, Jurisdata n° 2004-236729.

27. Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, pourvoi n° 01-12574, D. 2004, p. 21, note JP. Gridel - Cass. 1re civ., 17 oct. 2007, pourvoi n° 06-11887.

28. Cass. 1re civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 09-15606.

Curiosité française, l'article 171 du Code civil permet le mariage avec un seul des deux consentements ; il s'agit du mariage posthume, situation exceptionnelle qui permet de se passer du consentement d'un des époux et qui doit être autorisé par le Président de la République dans des circonstances graves (souvent la naissance d'un enfant après le décès) si l'un des futurs époux est décédé et que son consentement au mariage peut être établi sans equivoque<sup>29</sup> ; ce mariage produit ses effets à la date du jour précédant le décès sans que l'époux survivant ne puisse profiter d'un contrat de mariage ni de droit de succession. Ceci ne peut être reproduit avec le PACS car celui-ci étant un contrat, il ne peut souffrir d'absence de consentement. Nouvel élément qui nous montre que le mariage est un peu plus qu'un simple contrat.

Le PACS et le mariage étant des contrats, ils obéissent aux conditions générales de validité de droit commun des contrats<sup>30</sup>. Par conséquent, le consentement des partenaires comme celui des époux doit exister comme nous l'avons vu et ne pas être vicié. La jurisprudence exigeant un consentement libre et éclairé en matière de mariage est aisément transposable au PACS. Chacun est libre de se marier ou non, de se pacser ou non, et de se mettre ou non en concubinage puisque cette situation est plus factuelle que juridique. Rien ne doit faire obstacle à la rencontre des volontés<sup>31</sup>. La liberté de contracter nécessite que, conformément à l'article 1109 du Code civil, les consentements ne soient pas viciés que ce soit pour le mariage ou pour le PACS, en remarquant que tous les vices du consentement (erreur, dol et violence) ne sont pas perçus pareillement.

---

29. Cass. 1re civ., 28 fév. 2006, Dr. Fam. 2006, comm. 79, V. Larribau-Terneyre.

30. Arts. 1108 et suivants C. civ.

31. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence interdit les clauses de célibat dans les contrats de travail : Paris, 30 avr. 1963, D. 1963, p. 428 note A. Rouast - ou refuse le licenciement d'un employé divorcé voulant se remarier : Cass. mixte, 17 oct. 1975, pourvoi n° 72-40239, RTD civ. 1976, 123.

Ainsi, en vertu de l'adage « en mariage, trompe qui peut » (Loysel), la jurisprudence ne retient pas le dol et donc l'application de l'article 1116 du Code civil ; peu importe que l'un des époux ait provoqué une erreur chez son conjoint et ce par manigance ou mensonge voire silence ; cela peut cependant permettre le divorce. Par contre, le dol est une cause de nullité que tout partenaire d'un PACS peut invoquer car soumis au régime commun du droit des contrats.

Concernant l'erreur, dès l'origine, le Code civil a prévu dans l'article 180 (article propre au mariage) la possibilité pour un époux de demander la nullité du mariage pour ce motif. Cependant la jurisprudence retient avec prudence l'erreur sur l'identité du conjoint ou sur une de ses qualités essentielles (erreur sur la santé mentale ou physique<sup>32</sup>, sur l'aptitude aux relations sexuelles<sup>33</sup>, sur la situation familiale<sup>34</sup> voire sur la religion de l'époux<sup>35</sup>) et seulement si ces erreurs ont été déterminantes du consentement de l'époux et ce au moment du mariage. Pour le PACS, il est nécessaire de se fonder sur l'article 1110 du Code civil et de démontrer que l'erreur porte sur une qualité essentielle de la personne et que chacun connaissait l'importance de cette qualité, qu'elle été déterminante du consentement et qu'elle est excusable.

L'erreur n'est pas le seul vice du consentement commun au mariage et au PACS, la violence, plus exactement la crainte inspirée par la violence, est un vice du consentement classiquement reconnu par la jurisprudence,<sup>36</sup> la violence morale émanant le plus souvent des ascendants pour forcer de jeunes gens à se marier<sup>37</sup>. La

---

32. Pau, 30 août 1990, RTD civ. 1991, 709 - TGI Dinan, 4 avr. 2006, D. 2007, AJ 1510, RTD civ. 2007, 550 (séropositivité cachée).

33. Paris, 26 mars 1982, Gaz. Pal. 1982, 2, 519. Mais la virginité n'est pas une qualité essentielle : Douai, 17 nov. 2008, JCP 2009, II, 10005, note P. Malaurie.

34. Erreur sur l'âge du conjoint, divorcée et non célibataire avec trois enfants : Paris, 17 déc. 1998, Dr fam. 1999, comm. n° 121, H. Lecuyer.

35. Aix-en Provence, 15 nov. 2005, JCP 2006, IV, 2366.

36. Cass. 1re civ., 17 déc. 1968, D. 1969, 410.

37. Bordeaux, 21 mai 2003, Dr fam. janv. 2004, comm. 1 et Colmar, 28 avr. 2005, Dr. fam. 2006, comm. 1.

loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 relative à « la prévention et la répression de la violence au sein du couple et contre les enfants » est venue modifier l'article 180 du Code civil en ajoutant que « L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage » et en ouvrant l'action au Ministère public<sup>38</sup>. Les partenaires du PACS peuvent également demander la nullité de leur pacte en se fondant sur la violence et donc les articles 1112 et suivants du Code civil.

Là où le concubinage se forme et se rompt sans aucun formalisme, étant le fruit de la liberté du couple, le PACS et le mariage sont des contrats solennels pour lesquels la loi impose un formalisme *ad validitatem*. Ainsi pour être valable, le mariage doit satisfaire à une procédure formelle tant avant que lors de la célébration de l'union. Afin de permettre à l'officier de l'état civil de s'assurer que les conditions de fond du mariage sont remplies, les futurs époux remettent une copie de leur acte de naissance<sup>39</sup>. Si l'officier de l'état civil l'estime nécessaire, il procédera à l'audition des futurs époux pour s'assurer qu'il n'y a pas fraude au mariage dans l'objectif pour l'un des époux d'obtenir la nationalité française ou un titre de séjour<sup>40</sup>. Une publicité de la célébration du mariage est assurée par voie d'affichage à la mairie du lieu du mariage pendant 10 jours, en indiquant « les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le

---

38. Cette loi a été complétée par la Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ».

39. Il peut également être nécessaire de produire l'acte autorisant le mineur à se marier, voire l'autorisation du Président de la République levant une interdiction au mariage.

40. À la suite de cette audition, s'il apparaît que le mariage est susceptible d'être annulé, l'officier de l'état civil peut saisir sans délai le procureur de la République et il en informe les intéressés. Dans les quinze jours de saisine, le procureur doit soit laisser procéder au mariage, soit former opposition, soit surseoir à la célébration dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder (Art. 175-2 C. civ.).

lieu où le mariage devra être célébré »<sup>41</sup> afin de permettre aux personnes concernées d'exercer leur droit d'opposition ou d'informer l'officier de l'état civil d'un empêchement à ce mariage. Enfin, l'officier de l'état civil célébrera le mariage publiquement à la mairie de la commune où l'un des deux époux a son domicile ou sa résidence depuis au moins un mois<sup>42</sup>, en présence<sup>43</sup> des futurs époux et d'au moins deux témoins (quatre au plus) et ce quelle que soit son opinion. Aussi les maires refusant de célébrer les mariages homosexuels dans leur commune s'exposent-ils à une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende<sup>44</sup>. Ce formalisme parfois qualifié de cérémonial, indispensable pour la validité du mariage, met en exergue que le mariage est plus qu'un contrat.

Également contrat solennel, le PACS est assujéti à un formalisme impératif (article 515-3 Code civil) exigeant que les partenaires rédigent un écrit sous seing privé ou sous la forme authentique. Lorsque l'acte est sous seing privé, les partenaires en font la déclaration personnelle<sup>45</sup> et conjointe au greffé du tribunal d'instance dans le ressort duquel ils ont leur résidence commune en fournissant obligatoirement la convention et leurs actes de naissance attestant qu'ils ne sont ni mariés ni pacsés. Pour toute cérémonie, le greffier s'assure que les conditions sont remplies, vise la convention et inscrit la déclaration sur un registre spécial lui donnant date certaine et rend le PACS opposable aux tiers en le faisant mentionner en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires. Lorsque le pacte est fait sous la forme authentique, le

---

41. Art. 63 C. civ.

42. Art. 165 C. civ.

43. La présence des époux n'est pas requise en cas d'empêchement grave ou de péril imminent de mort de l'un d'eux et dans ces cas l'officier de l'état civil devra se déplacer au domicile ou à la résidence de l'un des futurs conjoints

44. Art. 432-1 C. pén. - Circulaire du 13 juin 2013 relative aux conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier de l'état civil.

45. Cependant, s'il existe un empêchement grave, le procureur de la République peut requérir le greffier de se transporter chez l'une des parties afin d'enregistrer le PACS (Art. 515-3, al. 2 C. civ.).

notaire recueille la déclaration conjointe des partenaires, enregistre le PACS et procède aux formalités de publicité auprès du greffe. Le mariage comme le PACS ne prennent effet qu'au jour de leur enregistrement et l'un et l'autre sont mentionnés en marge de l'acte d'état civil de chacun des époux ou partenaires.

Après avoir constaté qu'il n'y a pas de condition pour être concubins et que les conditions légales de validité du mariage et du PACS ont de fortes ressemblances, en ce sens qu'ils sont tous les deux des contrats solennels, le premier étant empreint d'une plus grande attention du législateur, intéressons-nous aux effets de ces situations pour faire apparaître des différences significatives.

## II. DES EFFETS DIFFÉRENTS

Le législateur de 1804 avait pris soin d'imposer diverses obligations qui ont été maintenues voire aménagées pour tenir compte de l'évolution de la société, obligations qui sont un socle pour les conjoints et qui donnent au mariage sa spécificité, sa force et son attractivité. Le Code civil organise les effets du mariage en prenant soin de distinguer les rapports personnels entre époux de ceux pécuniaires, distinction qui n'apparaît pas aussi distinctement dans le régime du PACS qui, comme le mariage, a pour but d'organiser la vie des partenaires, mais se préoccupe plus des effets pécuniaires que des rapports personnels entre partenaires. Quant au concubinage, le principe est qu'il n'existe aucun régime juridique propre au concubinage<sup>46</sup> ; les concubins peuvent organiser leur relation par une convention, ce que la pratique notariale encadre ; la réforme récente du pacte civil de solidarité<sup>47</sup> a amoindri l'intérêt de ces actes juridiques. Pour comparer ces trois possibilités de vivre ensemble plus ou moins encadrées par la loi,

---

46. En conséquence, quand les concubins n'ont rien organisé, il est impossible de leur appliquer par défaut ou analogie le régime primaire du mariage. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 oct. 2000, pourvoi n° 98-19527, Dr. Fam. 2000, comm. 139.

47. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

nous partirons des obligations du régime primaire du mariage pour la simple raison que la législation sur le PACS semble s'en être inspirée, ce qui est logique compte-tenu de l'antériorité du mariage. Nous distinguerons les rapports personnels (A) entre époux, partenaires ou concubins de ceux plus pécuniaires (B) qui parfois vont au-delà du couple puisque concernent les enfants.

#### *A. Les rapports personnels*

Avant tout, le mariage, le PACS et le concubinage impliquent un couple, donc une communauté de vie. Cette communauté de vie va donner naissance à des obligations de respect, de fidélité, de secours ou d'assistance que l'on rencontre dans les articles du Code civil consacrés au mariage. Mais est-ce le cas dans les autres unions ?

Pour le mariage l'article 212 du Code civil dispose que « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». Pour le PACS, la loi du 23 juin 2006 dans l'article 514-4 alinéa 1 du Code civil énonce que « 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... ». Et le concubinage ? Compte tenu de la seule définition donnée à l'article 515-8 du Code civil, les concubins n'ont, en principe, aucun devoir réciproque de fidélité, d'assistance, de secours ou de contributions aux charges. Voyons maintenant le contenu de ces obligations, de ces devoirs propres à chaque union ou plus exactement comment les obligations du PACS ressemblent parfois étrangement à celles du mariage.

La communauté de vie est le premier effet factuel de la vie de couple que l'on soit dans le mariage, dans le PACS ou le concubinage ; mais est-ce un effet juridique attaché à chacune de ces situations ? Il s'avère que la loi impérative (donc impossibilité pour les époux de s'entendre conventionnellement pour en disposer autrement) est beaucoup plus précise pour le mariage pour lequel

l'article 215 alinéa 1 du Code civil énonce que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie », l'alinéa 2 précisant qu'ils choisissent ensemble le logement de la famille, même si exceptionnellement ils peuvent avoir deux résidences<sup>48</sup>. Ce devoir de cohabitation implique « la communauté de lit » autrement dit le devoir conjugal<sup>49</sup>, voire le devoir de procréation<sup>50</sup>. La loi impose également aux partenaires du PACS une obligation de vie commune, définie par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999 sur la loi relative au pacte, cette vie commune ne se limitant pas à une simple cohabitation mais supposant une vie de couple. Rien de tel pour le concubinage sauf à remarquer que la vie commune est un des éléments permettant de qualifier une situation de fait de concubinage puisque la jurisprudence refuse de qualifier de concubinage des relations intermittentes, passagères. En conséquence, la communauté de vie n'est pas un effet mais un préalable indispensable pour sa reconnaissance et donc logiquement pour sa continuité, la communauté de vie sous-tendant alors la communauté de lit.

Cette communauté de vie doit s'accompagner du respect de l'autre membre du couple. Pour lutter contre toutes les violences faites aux femmes au sein du couple, la loi a fait du devoir de respect mutuel la seule obligation communes aux trois situations et ce depuis la loi du 4 avril 2006<sup>51</sup> renforçant la prévention et la répression des violences au sein d'un couple ou commises contre les mineurs, dont la portée juridique a été accentuée par la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux

---

48. Art. 108 C. civ.

49. Grenoble, 3 avr. 2002, Dr fam. 2000, comm. 124, note H. Lecuyer.

50. Bordeaux, 6e ch., 7 juin 1994, JCP 1996, II, note J. Vassaux - Aix-en-Provence, 5 juil. 2005, Dr. fam. 2005, comm 237.

51. Loi n° 2006-399 - Cette nouvelle obligation de l'article 212 du Code civil a été proposée par Robert Badinter, pour lequel le respect doit être considéré comme la « base d'une vie de couple harmonieuse et préalable indispensable à la prévention des violences conjugales », Rapport n° 160 de M. Henri de Richemont.



femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants<sup>52</sup>.

De l'obligation de vie commune, découle l'obligation de fidélité tout au moins pour le mariage et ce depuis toujours. En effet, les époux se doivent fidélité, obligation énoncée dans l'article 212 du Code civil ce qui bannit l'adultère et fait de ce dernier une cause de divorce<sup>53</sup> voire une faute réparable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Pour le PACS, la loi ne dit rien si ce n'est qu'il doit y avoir vie commune et donc vie de couple. Même si rien n'est écrit, il semble logique de penser que chaque partenaire puisse attendre de l'autre qu'il lui soit fidèle dans cette vie commune. Faute de texte en la matière, certains juges du fond saisis d'une demande de résiliation du PACS ont retenu que le fait de ne pas avoir des relations sexuelles exclusivement avec son partenaire est une inexécution du devoir de loyauté pesant sur chaque partenaire et qu'en conséquence cette résiliation se fait aux torts du partenaire fautif<sup>54</sup>, la forme contractuelle de l'union permettant de recourir au devoir de loyauté présidant à toute exécution contractuelle. D'autres juges ont fermement exclu cette obligation<sup>55</sup>, considérant peut-être que ce devoir n'est pas expressément prévu et que le PACS n'a pas la finalité familiale du mariage, finalité exigeant la fidélité. Mais, rien de tel en matière de concubinage sauf à considérer qu'il pourrait s'agir d'un engagement moral sous-entendu dans le caractère de stabilité évoqué comme élément de caractérisation, mais qui n'aura aucun effet juridique.

Obligation plus morale que pécuniaire, le devoir d'assistance se retrouve dans le mariage et dans le PACS, l'article 515-4

---

52. Loi n° 2010-769 - Pour la procédure, voir les articles 515-9 et suivants du Code civil.

53. Il arrive que la Cour de cassation refuse de retenir l'adultère comme cause du divorce notamment quand les époux résident séparément (Cass. 2e civ., 29 avr. 1994, pourvoi n° 92, 16814, RTD civ. 1994, 571 obs. J. Hauser - Paris, 4 oct. 2000, Dr. Famille 2001, comm. 28, H. Lécuyer).

54. TGI Lille, 5 juin 2002, Dr. Fam. 2003, comm. 57, note B. Beignier.

55. Montpellier 4 janv. 2011, Dr. fam. juin 2011, comm. 89.

reprenant l'article 214 du Code civil. Ce devoir impose aux partenaires comme aux époux de se soutenir mutuellement dans la vie en œuvrant ensemble pour le bien de la famille ou du couple (aide dans le travail, les tâches ménagères) et également de fournir une assistance, une aide matérielle ou morale à l'époux ou partenaire en situation difficile. Cette dimension personnelle et affective a été introduite en 2006 pour le PACS, la loi de 1999 ne donnant au pacte qu'une dimension purement matérielle. Pour le concubinage, rien de tel n'existe. Mais il est intéressant de noter que la loi de 2006 sur la protection juridique des majeurs désigne le partenaire et le concubin pour être curateur au même titre que le conjoint<sup>56</sup>.

Vie commune, respect, fidélité et assistance sont des obligations que l'on retrouve avec plus ou moins de force dans le mariage et le PACS, parfois dans le concubinage non comme obligation mais comme condition de qualification. Il est des effets que l'on ne trouve que dans le mariage, effets propres qui vont permettre de distinguer nettement cette situation des autres situations de couple et de donner au mariage un caractère supérieur au PACS et au concubinage.

Il en est ainsi de la possibilité pour chaque époux de porter par usage le nom de son conjoint. Un petit plus qui permet à certaines de ne plus porter leur nom et « de former une vraie famille avec mari et enfants portant le même nom » ; notons que les lois de 2002 et 2003<sup>57</sup> permettent dorénavant que l'enfant porte le nom de ses deux parents, laissant ainsi la possibilité dans une famille « pacsée » ou dont les parents sont concubins d'avoir un nom reflet de la famille car celui des deux parents. Mais il reste à la seule femme mariée ou à son époux la possibilité de porter le nom de l'autre époux. Autre spécificité du mariage, la représentation mutuelle permet à un époux de représenter son conjoint

---

56. Art. 449 C. civ.

57. Loi 2002-304 du 4 mars 2002 et Loi 2003-516 du 18 juin 2003.

indisponible et ce après autorisation du juge des tutelles<sup>58</sup>, alors que dans le cadre du PACS il sera nécessaire de faire mettre le partenaire sous tutelle et donc de remplir les conditions exigées. Enfin, le devoir de secours prévu à l'article 212 du Code civil n'a pas d'équivalent dans le PACS. Ce devoir se manifeste après le divorce avec la prestation compensatoire qui vient prendre la suite de la contribution aux charges du mariage pendant le mariage. En effet, pendant le mariage, les époux contribuent en fonction de leurs revenus s'obligeant à assurer les besoins de celui qui n'a rien : la prestation compensatoire poursuit cet objectif social, solidaire après le mariage ce qui en fait une spécificité montrant que le mariage est plus qu'un contrat.

#### *B. Les rapports pécuniaires*

Dans le Code civil, le mariage est le socle de la famille, ce sont les époux qui « assurent ensemble la direction... matérielle de la famille »<sup>59</sup>. Ils vont donc avoir des devoirs pécuniaires réciproques pour assurer cette vie familiale, devoirs de contribuer aux charges du mariage et d'assurer un logement à la famille. Dans le PACS, les partenaires ont également quelques obligations similaires à celles du mariage même si le mot famille n'apparaît pas, limitant ainsi le domaine d'intervention des obligations. La communauté de vie va engendrer des charges, des dettes que les époux ou partenaires vont devoir supporter à la fois chacun pour sa part mais également pour l'intégralité et ce par le biais de la solidarité.

Qu'il s'agisse du PACS (article 515-4 Code civil) ou du mariage (article 214 du Code civil), la loi impose que chacun participe aux charges matérielles engendrées par la vie du couple, et ce « à proportion de leurs facultés respectives ». Dans le mariage, chaque époux doit contribuer aux charges du mariage voire de la famille, le juge pouvant être amené à statuer sur la

---

58. Arts. 217 et 219 C. civ.

59. Art. 213 C. civ.

participation de l'époux indélicat. La notion n'étant pas définie par la loi, c'est la jurisprudence qui a dessiné les contours de cette obligation très importante dans la vie des couples mariés, y intégrant les dépenses nécessaires à la famille<sup>60</sup> comme les dépenses d'agrément et de loisir<sup>61</sup>. A défaut de pouvoir déroger à l'obligation de contribuer aux charges du mariage, les époux peuvent aménager les modalités de la contribution dans leur convention matrimoniale en précisant à quelle proportion ils contribuent à ces charges, proportion modifiable si la situation financière des époux change<sup>62</sup>. Les partenaires sont soumis à cette même obligation même si les termes sont évidemment différents puisqu'il s'agit d'une aide matérielle réciproque également proportionnelle aux facultés de chacun. Pareillement, les partenaires peuvent convenir, dans la convention, de répartir autrement ces charges. Le contenu de ces charges n'est pas encore défini dans la jurisprudence ce qui fait s'interroger sur l'ampleur qu'elle donnera à cette obligation somme toute très proche de celle du mariage. Rien dans le texte ne laisse à penser que l'appréciation doive être différente, mais notons qu'il n'est pas fait référence aux dettes concernant l'éducation des enfants, le PACS n'étant pas une structure à vocation familiale. Pour les concubins, la situation étant factuelle, chacun assume les dépenses dont il est à l'origine sans pouvoir obliger l'autre à participer aux dépenses communes engendrées par toute vie commune.

La participation aux charges du mariage ou l'aide matérielle proportionnelle ne doivent pas occulter que chaque époux, chaque partenaire est tenu solidairement des dettes ménagères pour le premier et de celles contractées pour les besoins de la vie courante pour le second. En effet, l'alinéa 1 de l'article 220 énonce que

---

60. Loyer de l'habitation principale : Cass. 1re civ., 7 nov. 1995, pourvoi n° 92-21276.

61. Acquisition d'une résidence secondaire : Cass. 1re civ., 20 mai 1981, pourvoi n° 79-17171.

62. Cass. 1re civ., 3 fév. 1987, pourvoi n° 84-14612, Defrénois 1987, p. 765 note J. Massip.

« chacun des époux a pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement ». L'indépendance de gestion de chaque époux dans la vie quotidienne de la famille trouve son pendant dans la solidarité qui lie les époux face à ces dettes. Cette solidarité permet aux créanciers de poursuivre l'un quelconque des deux pour l'intégralité de la dette dès lors que les dettes ne sont pas manifestement excessives au regard du train de vie du ménage, inutiles, ou dues à un tiers de mauvaise foi, ni des achats à tempérament ou des emprunts sauf à ce qu'ils soient modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante. Pour le PACS, l'alinéa 2 de l'article 515-4 du Code civil impose une solidarité entre partenaires pour certaines dettes, celles « contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante ». Peut-être peut-on se demander si cette notion est plus vaste que les dettes dont l'objet est l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. A priori rien ne le laisse entendre, surtout que les causes d'exclusion de la solidarité sont les mêmes que dans le cadre du mariage. Notons cependant comme précédemment une différence conceptuelle : les partenaires sont tenus pour les dettes de la vie courante sans précision de celles pouvant concerner d'éventuels enfants qui sont expressément cités pour le mariage. Ces dettes seront-elles concernées et si oui, pourquoi ne pas l'avoir précisé ? sauf à laisser comprendre que le mariage a toujours pour finalité la famille alors que le PACS n'est qu'un contrat gérant la vie matérielle de deux individus voulant simplement vivre ensemble. Pour les concubins, la dette contractée pour l'entretien du couple ou des enfants n'engage que celui qui l'a contractée.

Afin que la famille ait un lieu dans laquelle s'épanouir, le Code civil dans son article 215 protège le logement de la famille d'un couple marié en imposant une cogestion et interdisant aux époux de conclure seuls tout acte mettant en danger ce logement et son contenu. Ainsi, un époux dont le consentement n'a pas été sollicité

pour la vente du logement, la résiliation du bail, la prise d'une hypothèque sur le logement voire la vente des meubles meublants du logement peut demander la nullité de ces actes dans l'année qui suit sa connaissance de l'acte ou la dissolution du régime matrimonial. Tous ces actes requièrent le consentement des deux époux. Les concubins et les partenaires du PACS ne bénéficient pas de régime de protection du logement comme les époux<sup>63</sup>. Notons cependant que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 prévoit la continuation du bail au profit du conjoint, du partenaire ou du concubin, en cas d'abandon du domicile par celui des deux qui est locataire ou de décès de ce dernier et l'article 15 I de la même loi permet au propriétaire d'un logement loué, de donner un congé afin d'attribuer ensuite l'habitation à son conjoint, son partenaire ou son concubin, étant précisé que le concubinage doit avoir au moins un an au jour de la date du congé.

Concernant les effets patrimoniaux tant du mariage que du PACS ou du concubinage, la loi pose des régimes très distincts. Ainsi, il faut se référer au régime matrimonial choisi par les époux ou à défaut, appliquer le régime de la communauté des biens acquis pendant le mariage, ce qui multiplie les possibilités, alors que pour le PACS la situation est clairement posée dans l'article 515-5 du Code civil. Comme dans le mariage, chaque partenaire conserve la propriété de ses biens personnels et chacun d'eux reste tenu des dettes personnelles nées avant le pacte. Pendant le PACS, hormis les dettes de la vie courante, chacun est tenu des dettes qu'il a contractées et les biens acquis sont soumis au régime choisi dans la convention d'origine ou dans une convention modificative postérieure, soit le régime séparatiste, soit l'indivision. Aucune publicité ne permet aux tiers de connaître le régime patrimonial auquel sont soumis les partenaires contrairement au mariage qui voit le régime matrimonial précisé en marge du mariage. Cependant, comme pour le mariage avec l'article 222 du Code

---

63. Arts. 215, 1751 C. civ.

civil, l'article 515-5 alinéa 3 pose une présomption mobilière en vertu de laquelle le partenaire qui détient individuellement un meuble est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire sur ce bien tout acte d'administration, jouissance ou de disposition. Encore un effet copié sur ceux du mariage. S'agissant des rapports patrimoniaux entre les concubins, le principe est que chacun est propriétaire des biens qu'il acquiert. En conséquence, un bien acheté ensemble est indivis à moins qu'il n'en soit stipulé autrement dans l'acte d'acquisition ; pareillement un bien pour lequel aucun ne peut prouver sa propriété sera présumé indivis.

Pour comparer et distinguer les trois unions, mais cela ne peut être un critère de choix, nous aurions pu évaluer les moyens d'y mettre fin. Mais qui choisirait le concubinage à la seule considération de la facilité de se séparer en veillant à ce que la rupture ne soit pas abusive ? Qui choisirait le mariage, pensant que la procédure de divorce étant compliquée, son couple sera certain de tenir jusqu'à la mort ? Enfin, qui choisirait plutôt le PACS au motif qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, auquel nul ne peut être contraint de rester et qui peut être résilié à tout moment ? Nous aurions également pu comparer les régimes successoraux et fiscaux, en notant que le mariage protège mieux l'époux survivant mais que la fiscalité peut fortement évoluer pendant la vie commune au risque d'anéantir les aspects positifs de la forme d'union choisie. Tant de choses pourraient être dites, mais un constat s'impose : quoi que l'on dise, le mariage a des atouts qui font de lui une forme d'union supérieure au PACS et au concubinage et qui explique pourquoi les couples homosexuels se sont battus pour avoir le droit d'y accéder ; dans le mariage, il y a une dimension familiale affichée, revendiquée<sup>64</sup> que l'on ne trouve pas ailleurs.

---

64. Aux termes de l'article 213 du Code civil, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».