

---

## Quel mariage pour « tous » ?

Laurence Mauger-Vielpeau

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/4625>

DOI : 10.4000/crdf.4625

ISSN : 2264-1246

### Éditeur

Presses universitaires de Caen

### Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2013

Pagination : 31-38

ISSN : 1634-8842

### Référence électronique

Laurence Mauger-Vielpeau, « Quel mariage pour « tous » ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 11 | 2013, mis en ligne le 01 décembre 2014, consulté le 15 février 2020.

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/4625> ; DOI : 10.4000/crdf.4625

---

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

# Quel mariage pour « tous » ?

Laurence MAUGER-VIELPEAU

Professeure de droit privé à l'Université du Havre

Laboratoire de recherche en droits fondamentaux, échanges internationaux et de la mer (LexFEIM, EA 1013)

---

## I. Un mode de conjugalité

A. Une vie de couple...

B. ... Comme les autres

## II. Quelles spécificités ?

A. Aujourd'hui

B. Demain ?

Au fil des dernières décennies, la famille s'est métamorphosée. À tel point qu'on ne peut plus parler de famille au singulier, mais de familles au pluriel<sup>1</sup>. À côté du modèle unique de la famille légitime fondée sur le mariage, d'autres formes de familles sont apparues : la famille hors mariage, la famille monoparentale, la famille recomposée... et la famille homosexuelle. Pendant longtemps cette famille homosexuelle était ignorée du droit et elle demeure, comme en ont témoigné les discussions autour de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe<sup>2</sup>, très controversée.

En revanche, le législateur a plus rapidement pris en compte le couple homosexuel. Ainsi, la loi n° 99-944 du

15 novembre 1999 a créé le pacte civil de solidarité (pacs)<sup>3</sup>. Ce texte a ouvert à ce couple deux modes de conjugalité : le pacs et le concubinage. Par là, le législateur combattait la jurisprudence, laquelle s'était toujours refusée à ouvrir les formes de vie de couples hétérosexuelles à des unions homosexuelles. Ainsi, la Cour de cassation a longtemps rejeté le concubinage homosexuel<sup>4</sup>, considérant que celui-ci ne pouvait concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme. Que ceci semble déjà lointain !

En créant le pacs et en ouvrant le concubinage aux personnes de même sexe, le législateur a cru définitivement régler la question du couple homosexuel et surtout a implicitement écarté le mariage homosexuel. Lors des

1. Voir, en ce sens, notamment, P. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois (Droit civil), 2011, n° 12 *sq.* L'ouvrage d'A. Bateur – Paris, LGDJ (manuel) – est à ce titre éclairant. Alors que la 3<sup>e</sup> édition était intitulée en 2007, très classiquement *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, la 4<sup>e</sup> édition est renommée, en 2009, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés* (nous soulignons).
2. *JORF*, 18 mai 2013, p. 8253. Signalons que l'intitulé du projet de loi est passé du mariage pour tous au mariage pour les couples de personnes de même sexe car la première expression pouvait aussi signifier l'ouverture du mariage incestueux ou bigame. Délibérément, nous avons toutefois conservé cette expression car le pronom *tous* implique une globalisation qui n'est pas propre au mariage et que l'on retrouve dans d'autres textes qui seront évoqués.
3. *JORF*, 16 novembre 1999, p. 16959.
4. Cass., soc., 11 juillet 1989 (2 arrêts), *Bulletin civil V*, n° 514, p. 311 et *Bulletin civil V*, n° 515, p. 312; Cass., 3<sup>e</sup> civ., 17 décembre 1997, n° 95-20-779, *Bulletin civil III*, n° 225, p. 151; *Dalloz*, 1998, Jur., p. 111 *sq.*, avis contraire de J.-F. Weber et note approbative de J.-L. Aubert; B. Beignier, « À propos du concubinage homosexuel », *Dalloz*, 1998, Chron., p. 215-218; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, familles, biens, régimes matrimoniaux, successions*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette (dir.), 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 27.

discussions parlementaires précédant l'adoption de la loi du 15 novembre 1999, le mariage de personnes de même sexe a même été expressément exclu<sup>5</sup>. Le même débat a resurgi quand le pacs a été modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités<sup>6</sup>. Une fois encore, les parlementaires n'ont pas souhaité ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, comme l'avaient fait d'autres pays voisins tels que la Belgique ou l'Espagne, pensant que le pacs suffirait<sup>7</sup> et préférant alors conférer aux partenaires unis par un pacs un nouveau statut plus élaboré qu'en 1999.

Plutôt que d'admettre le mariage homosexuel ou d'adopter un partenariat réservé aux personnes de même sexe, le législateur a donc opté pour la création d'un nouveau mode de vie de couple ouvert à tous. Or, ce choix n'a pas mené au résultat escompté. En effet, le pacs s'est démocratisé, à tel point que les couples qui s'en sont emparés ne sont pas ceux qu'on attendait. Les premières statistiques du ministère de la Justice ont démontré que le pacs était très largement conclu par des couples de sexes différents, les unions homosexuelles se situant autour de 10 % seulement<sup>8</sup>. Le pacs est devenu pour les personnes de sexe différent un pré-mariage, se substituant parfois aux fiançailles, ou un post-mariage pour ceux découragés par un divorce difficile... Parallèlement, l'élaboration du pacs n'a pas mis un terme aux revendications matrimoniales de la communauté homosexuelle.

Plus substantiellement, le pacs a souffert de ces incertitudes oscillant entre autonomie, lorsqu'il est ouvert à tous et qu'il est choisi en connaissance de cause par des couples hétérosexuels, ou substitut au mariage pour les personnes de même sexe. Dans cette perspective, l'étude d'impact du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>9</sup> a envisagé, au titre des options possibles, d'améliorer le régime du pacs<sup>10</sup>. Il s'agissait notamment d'accorder aux partenaires ce que les couples de même sexe

réclament depuis longtemps, particulièrement le bénéfice d'une pension de réversion au partenaire survivant<sup>11</sup>. En définitive, l'option a été écartée comme jugée insuffisante et ne répondant pas à la revendication des couples de même sexe.

Face à l'hostilité du législateur, les plaideurs se sont tournés vers les juridictions tant nationales qu'euro-péennes pour tenter d'obtenir satisfaction. Ainsi, celles-ci ont rapidement dû se prononcer sur la question du mariage homosexuel. La Cour de cassation a considéré, dans son arrêt du 13 mars 2007, rendu à l'occasion du mariage homosexuel célébré par le maire de la commune de Bègles, que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme et ne peut donc être homosexuel<sup>12</sup>. Cette solution a été entérinée par le Conseil constitutionnel, à l'occasion de sa saisine par voie de question prioritaire de constitutionnalité, le 28 janvier 2011<sup>13</sup>. Tous deux ont estimé qu'en définitive c'est au législateur de trancher. La position de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel a été très ferme : ils n'ont pas entendu se substituer au législateur sur une question aussi essentielle et ont refusé catégoriquement de reconnaître le mariage homosexuel. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a également jugé que la Convention européenne des droits de l'homme n'oblige pas les États à ouvrir le droit au mariage pour les couples homosexuels<sup>14</sup>. Dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, la Cour a semblé toutefois plus modérée et ouverte à une évolution car elle a précisé que s'il n'existe toujours pas de consensus européen concernant le mariage des couples de même sexe, le droit au mariage consacré à l'article 12 de la Convention ne doit pas « en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé »<sup>15</sup>.

En définitive, c'est bien le législateur national qui a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>16</sup>. Différents arguments ont été mis en avant pour

5. À tel point qu'il avait été proposé de définir le mariage républicain comme une institution hétérosexuelle : rapport Sénat, n° 258, 1998-1999, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative au pacte civil de solidarité, par M. Patrice Gélard.

6. *JORF*, 24 juin 2006, p. 9513.

7. Voir notamment en ce sens : Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la deuxième séance du mercredi 22 février 2006, M. Patrick Bloche à propos d'un amendement pour lutter contre les pacs blancs : « Vous avez eu tort de déposer cet amendement qui donne l'impression que la majorité actuelle, malgré ce qu'elle dit, a du mal à assumer le pacs. [...] Elle ne l'assume que depuis le printemps 2004, c'est-à-dire à partir du moment où un mariage à Bègles a inscrit dans le débat public la revendication du mariage homosexuel ».

8. Ce qui a été confirmé par une étude plus récente qui montre que la proportion de pacs entre personnes de sexe opposé reste largement majoritaire : communiqué du ministère de la Justice, 21 février 2012. Voir, à ce sujet, notamment, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 757 sq., obs. J. Hauser.

9. Étude d'impact du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Assemblée nationale, novembre 2012, p. 20-21.

10. Y figure aussi l'instauration d'une nouvelle union civile réservée aux couples de même sexe qui n'a pas été retenue car elle rendrait complexe et moins lisible notre droit et parce qu'elle a été jugée discriminatoire et contraire aux principes qui fondent la famille (*ibid.*, p. 21). En réalité, cette proposition n'est plus d'actualité. Si elle était au cœur du débat sur le pacs, à l'heure actuelle elle est dépassée et n'a plus lieu d'être. C'est le mariage qui est revendiqué et plus un statut pour le couple homosexuel.

11. Voir, notamment, à ce sujet, CC, déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, *JORF*, 30 juillet 2011, p. 13048.

12. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2007, rapport de G. Pluyette, *Dalloz*, 2007, Jur., p. 1389 et note de E. Agostini, p. 1395 ; « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *Dalloz*, 2007, Point de vue, p. 1375 ; *Droit de la famille*, 2007, comm. n° 76, note M. Azavant.

13. CC, déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *L'actualité juridique. Famille*, 2011, p. 157-159, obs. F. Chénéde ; *Droit de la famille*, 2011, comm. n° 32, obs. R. Ouedraogo.

14. Cour EDH, *Burden c. Royaume-Uni* (GC), 29 avril 2008, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 78, 2009, p. 513, note J.-P. Marguénaud.

15. Cour EDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n° 30141/04, § 60 et 61, *L'actualité juridique. Famille*, 2010, p. 333-334, obs. V. Avena-Robardet ; *La semaine juridique*, éd. G., 2010, II, 1013, note H. Fulchiron ; *Droit de la famille*, 2010, comm. n° 143, note E. Lagarde ; *Revue trimestrielle de droit privé*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 765, obs. J. Hauser ; *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, septembre 2010, p. 4, note J.-M. Larralde.

16. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe ; voir *supra* note 2.

justifier cette décision : l'évolution de la société sur ce point (il est vrai que les statistiques étaient très optimistes au début), l'évolution du contexte international... Pourtant, la question est loin de faire l'unanimité car, rapidement, le débat a très largement dépassé l'hémicycle et s'est poursuivi dans la rue ou sur les réseaux sociaux, les uns et les autres s'opposant sur la définition du mariage<sup>17</sup>. Les partisans de l'ouverture ont souhaité bénéficier de l'institution du mariage « comme les autres » au nom de l'égalité alors que leurs opposants se sont institués gardiens de la vénérable institution.

Plus qu'une définition, c'est une conception du mariage qui est en cause et, paradoxalement, malgré l'apparente opposition entre mariage « pour tous » ou mariage réservé aux personnes de sexe différent, c'est une vision très traditionnelle et institutionnelle du mariage qui est revendiquée par tous<sup>18</sup>. Or, ce modèle traditionnel de l'institution du mariage, berceau de la famille, ne correspond plus au droit positif. Depuis plusieurs décennies, le législateur et la jurisprudence ont mis à mal ce mariage traditionnel. Bien entendu, cette réflexion est liée à la discussion classique relative à la nature juridique du mariage : institution ou contrat ou les deux à la fois ? L'étude du droit positif démontre que la dimension institutionnelle du mariage ne fait que reculer. Il n'est pas encore un contrat pur et simple mais il est devenu un mode de conjugalité parmi d'autres (I), dont les spécificités s'amenuisent (II).

## I. Un mode de conjugalité

Le mariage a longtemps été conçu dans notre droit comme une « affaire de familles » et l'acte fondateur d'une famille. La laïcisation du mariage n'a pas entamé cette vision traditionnelle. En témoigne encore l'article 203 du Code civil en tête du chapitre V, du titre V consacré au mariage, relatif aux obligations qui naissent du mariage qui dispose que « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Pourtant, le mariage a peu à peu été détaché des enfants pour devenir essentiellement une vie de couple (A), comme les autres (B).

## A. Une vie de couple...

De plus en plus, le mariage est conçu avant tout comme une vie de couple qui peut inclure des enfants, mais pas nécessairement. En outre, l'enfant est traité uniformément, peu important qu'il soit issu de parents mariés ou non.

Le doyen Carbonnier écrivait à propos de la présomption de paternité que « le mariage n'a certes pas le monopole de la procréation, mais il a en exclusivité cette disponibilité toujours présente, à donner un père à l'enfant – automatiquement »<sup>19</sup>. Pour l'heure, la présomption de paternité n'a pas encore disparu de notre droit et l'enfant conçu ou né pendant le mariage a toujours pour père le mari de la mère<sup>20</sup>. Ce mode automatique d'établissement de la filiation paternelle demeure une spécificité matrimoniale<sup>21</sup>.

Pendant, il est admis depuis longtemps en doctrine que la procréation n'est pas une fin du mariage et qu'il peut y avoir mariage sans procréation<sup>22</sup>. À ce sujet, la Cour européenne des droits de l'homme a également été très explicite :

Réexaminant la situation en 2002, la Cour observe que par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause<sup>23</sup>.

Mieux, une cour d'appel a pu considérer que la conception d'un enfant par une femme à l'insu de son mari, dans des circonstances certes particulières (deux précédents enfants étaient décédés quelques mois après leur naissance) constitue un manquement au devoir de loyauté de l'épouse et constitue une violation grave des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune au sens de l'article 242 du Code civil. La motivation est éloquent :

En l'état des mœurs et des moyens de contraception existant dans la société française contemporaine, la conception d'un enfant par un couple marié doit relever d'un choix conjoint et d'un projet commun<sup>24</sup>.

17. Seul le mariage civil, dit « républicain », est en cause dans les développements qui suivent.

18. L'étude d'impact du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe fait expressément référence à « l'institution du mariage » ; voir notamment p. 22 : « Il ne s'agit pas de réformer l'institution du mariage. Tout en étendant l'application de ces dispositions aux couples constitués de personnes de même sexe, le projet de loi, pas plus que le droit positif, ne propose de définition du mariage. Il ne modifie pas le droit existant, applicable aux couples de personnes de sexe différent » (nous soulignons).

19. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF (Quadrige. Manuels), 2004, n° 470, p. 993.

20. Code civil, art. 312.

21. Une spécificité du mariage hétérosexuel car le nouvel article 6-1 du Code civil, issu de la loi du 17 mai 2013, exclut l'application du titre VII du livre I<sup>er</sup> de ce Code consacré à la filiation au mariage homosexuel. Comme l'a relevé un auteur, désormais deux mariages coexistent : voir J.-R. Binet, « Article 6-1 du Code civil : deux mariages et un enferment », *Droit de la famille*, 2013, repère n° 7.

22. Voir notamment J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, études offertes à G. Ripert*, t. 1, *Études générales, droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, p. 325-345, spéc. p. 335 sq. ; P. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, n° 105.

23. Cour EDH, *Christine Goodwin et I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, § 98.

24. CA Nîmes, 21 mars 2007. Voir *Dalloz*, 2007, Jur., p. 2587, note M. Lamoureux ; *Droit de la famille*, 2007, comm. n° 189, obs. L. Mauger-Vielpeau ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 91-92, obs. J. Hauser.

Ainsi, la conception d'un enfant par un couple marié semble devoir, en toutes circonstances, relever d'un choix conjoint et d'un projet commun. Être marié n'implique pas nécessairement la fondation d'une famille. Il peut donc y avoir mariage sans procréation si l'un des deux époux ne souhaite pas avoir d'enfant.

Parallèlement, le statut de l'enfant a fait l'objet d'une uniformisation, et ce suite à une évolution qui s'est poursuivie sur de longues années. L'enfant légitime et surtout la famille légitime fondée sur le mariage ont été supprimés du Code civil. Ainsi, le droit de la filiation, issu des dernières réformes<sup>25</sup>, a enlevé les épithètes « légitime » et « naturel » du Code civil au nom de l'égalité entre enfants. Celle-ci est consacrée par l'article 310 du Code civil qui dispose que :

*Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux*<sup>26</sup>.

Le style est volontairement neutre. Comme l'a très justement souligné un auteur :

[...] avec la disparition de la notion de légitimité, disparaît le symbole d'un ordre juridique et social millénaire ; disparaît surtout le lien entre mariage et procréation, entre mariage et filiation, entre mariage et famille<sup>27</sup>.

Cette réforme du droit de la filiation n'a fait que parachever ce qu'avait commencé le législateur quelques années plus tôt lorsqu'il a redéfini les règles de l'autorité parentale<sup>28</sup>. Ces dispositions s'appliquent à tous les parents qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins. Ainsi, le contenu de l'article 203 du Code civil précité qui impose aux époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants a été généralisé à tous les parents depuis que l'article 371-2 du même Code oblige ceux-ci à contribuer à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants.

De même, les dispositions du divorce relatives aux conséquences du divorce pour les enfants ont été suppri-

mées et l'article 286 du Code civil renvoie depuis lors à un corps de règles communes à tous les enfants de parents séparés<sup>29</sup>, que ceux-ci aient été mariés, pacsés ou concubins. Ce souci d'uniformisation n'est pas propre aux enfants où le singulier<sup>30</sup> de la filiation est le gage d'efficacité du principe d'égalité. À un degré en dessous, la tendance à l'harmonisation a gagné les formes de vie de couple où le pluriel demeure l'expression de la liberté de choisir son mode de vie et son degré d'engagement.

## B. ... Comme les autres

Le refus du législateur jusqu'il y a peu d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe l'a conduit à rapprocher toujours davantage le pacs du mariage afin d'accorder aux homosexuels des droits<sup>31</sup> similaires à ceux dont bénéficient les hétérosexuels dans le cadre du mariage. Le pacs a pu alors être qualifié de mariage<sup>32</sup>, mariage *bis*<sup>33</sup>, mariage *light*<sup>34</sup> ou *quasi*-mariage<sup>35</sup>. Ce faisant, le pacs s'est vu étendre de plus en plus de règles propres au mariage, tant hors du Code civil que dans le Code civil, emmenant souvent le concubinage dans son sillage<sup>36</sup>.

La doctrine a souligné cette tendance à l'harmonisation des divers modes de vie de couple<sup>37</sup> par l'édification d'un droit commun du couple<sup>38</sup>.

Ainsi, à s'en tenir au droit civil, et en premier lieu au droit des majeurs protégés, si la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs<sup>39</sup> ne prenait en compte que le conjoint, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs<sup>40</sup> vise toutes les formes de vie de couple : le mariage, le pacs et le concubinage. En outre, le conjoint, le partenaire et le concubin, sous réserve de quelques tempéraments<sup>41</sup>, sont envisagés ensemble sur un pied d'égalité. À ce titre, l'article 430 du Code civil prévoit que l'ouverture de la sauvegarde de justice, de la curatelle ou

25. Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159 et loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF*, 18 janvier 2009, p. 1062.

26. Code civil, art. 310 (nous soulignons). Voir, en ce sens, Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, F. Bicheron et al. (dir.), Paris, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 523-550, spéc. p. 532.

27. H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, H. Fulchiron (dir.), Paris, Dalloz (Thèmes et commentaires), 2009, p. XIII.

28. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4161.

29. Notamment les articles 373-2 et suivants du Code civil.

30. Voir spécialement J. Hauser, « Des filiations à la filiation », *Revue juridique personnes et famille*, n° 9, septembre 2005, p. 6-11.

31. Rarement des devoirs... Mais c'est un autre débat.

32. Voir T. Revet, « Mariage(s) », chron., *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 173-181., spéc. p. 175 sq.

33. J. Carbone, *Droit civil*, t. 1, n° 658, p. 1482 et n° 662, p. 1494.

34. P. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, n° 357.

35. P. Simler, P. Hilt, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *La semaine juridique*, éd. G, 2006, I, 161.

36. Voir notamment, à ce sujet, L. Mauger-Vielpeau, « L'autonomie du pacs », *Droit de la famille*, 2008, étude n° 22.

37. Voir à ce sujet la très belle étude de Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme... ».

38. Voir notamment, à ce sujet, *Les petites affiches*, n° 254, 20 décembre 2007, *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?*, X. Labbé (dir.) ; J.-J. Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité...*, p. 33-46 ; J.-F. Sagaut, « Couples au XXI<sup>e</sup> siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *Les petites affiches*, n° 101, 21 mai 2010, p. 11 sq.

39. *JORF*, 4 janvier 1968, p. 114.

40. *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

41. Cette assimilation comporte une réserve à l'article 453 du Code civil qui prévoit que seuls le conjoint et le partenaire peuvent être tuteur ou curateur plus de cinq ans ; le concubin est exclu.

de la tutelle, peut être demandée par le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacs ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux. De même, l'article 449 du même Code prévoit que le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacs ou son concubin peut être curateur ou tuteur, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure. Enfin, un mariage ou un pacs pourra être conclu par un majeur en curatelle ou en tutelle<sup>42</sup>.

Cette harmonisation des vies de couples par l'édification d'un droit commun du couple a été consacrée, en second lieu, par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants<sup>43</sup>. Ce texte s'inscrit dans un processus législatif de lutte contre les violences au sein des couples. Or, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 retient une vision très large du couple puisqu'elle vise, outre le conjoint (actuel ou ancien), le partenaire lié par un pacs (actuel ou ancien) et le concubin (actuel ou ancien). Ainsi, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a étendu l'ordonnance de protection à tous les couples, les violences n'étant pas bien sûr réservées aux couples mariés. Mieux, le législateur a fait figurer le dispositif consacré à l'ordonnance de protection au sein du Code civil, plus précisément dans un nouveau titre XIV du livre premier relatif aux personnes. Ce nouveau titre suit le titre XIII intitulé « Du pacte civil de solidarité et du concubinage ». On peut se demander si ce nouveau titre XIV : « Des mesures de protection des victimes de violences », qui contient des dispositions applicables à tous les couples, ne constitue pas qu'une première pierre à l'édifice d'un droit commun du couple<sup>44</sup>.

Ce nouvel état du droit a conduit certains auteurs à invoquer, lors de la discussion du mariage homosexuel, la création d'une nouvelle union civile afin de réserver le mot « mariage » au domaine religieux<sup>45</sup>. De même, l'étude d'impact du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a envisagé cette option<sup>46</sup>, mais a exclu l'idée de créer un régime unique commun à tous les couples notamment car celui-ci aurait entraîné une modification des droits des couples hétérosexuels mariés qui n'était pas souhaitable. On peut espérer que le législateur saura s'en souvenir à l'avenir et évitera de multiplier les règles communes aux trois modes de vie de

couple que sont le mariage, le pacs et le concubinage afin d'assurer la spécificité de chacun et surtout de maintenir une certaine cohérence à notre droit national de la famille.

Quoi qu'il en soit, ces quelques développements démontrent que le mariage traditionnel est de plus en plus mis à mal et qu'il est fortement concurrencé par les autres formes de vie de couple qui se voient étendre des règles autrefois propres au mariage. Ces atteintes au mariage traditionnel ont des conséquences directes sur les règles régissant le mariage. À tel point que l'on peut se demander si les règles spécifiques qui le caractérisent ont ou auront encore vocation à subsister.

## II. Quelles spécificités ?

Comme en témoignent les discussions et les débats autour du mariage « pour tous », le mariage est perçu comme une union particulière qui confère aux époux un statut singulier. Certes, le mariage se distingue toujours des autres formes d'union car lui seul fait l'objet, particulièrement au sein du Code civil, d'un corps de règles complet et détaillé. Seulement, de plus en plus de coups sont portés à ces règles particulières. À travers quelques exemples, nous tenterons de démontrer que si certaines atteintes ont déjà été réalisées (A), d'autres pourraient bien arriver (B).

### A. Aujourd'hui

Déjà, le législateur ou la jurisprudence ont remis en cause la force obligatoire de certaines obligations découlant du mariage ou de certains grands principes le gouvernant.

Quand on reprend les devoirs et les droits respectifs des époux, l'article 212 du Code civil impose le respect, la fidélité, le secours et l'assistance. De même, l'article 215 du même Code oblige à une communauté de vie.

Certes la violation de ces devoirs et obligations peut encore fonder le prononcé d'un divorce pour faute au regard de l'article 242 du Code civil. Mais, on sait que la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004<sup>47</sup> a souhaité uniformiser, neutraliser les effets du divorce quelles qu'en soient la cause et l'attribution des torts. Les conséquences du divorce pour faute sont donc en principe<sup>48</sup> les mêmes que dans les autres divorces.

42. Code civil, art. 460, 461 et 462.

43. JO, 10 juillet 2010, p. 12762; rectificatif: JO, 28 juillet 2010, p. 13955.

44. En ce sens, voir notamment *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 819-820, obs. M. Bacache, A.-M. Leroyer; E. Bazin, « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples », *La semaine juridique*, éd. G, 2010, I, 957, n° 9; I. Corpart, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales », *Droit de la famille*, 2010, étude n° 28, p. 12-16; V. Larribau-Terneyre, *Droit de la famille*, 2010, comm. n° 142, p. 25-26.

45. Voir particulièrement X. Labbé, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *La semaine juridique*, éd. G, 2012, I, 977. *Contra*: P. Malaurie, « Le mariage homosexuel et l'union civile (Réponse à Xavier Labbé) », *La semaine juridique*, éd. G, 2012, Libres propos, 1096.

46. Étude d'impact, novembre 2012, p. 21-22.

47. Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF*, 27 mai 2004, p. 9319.

48. En vertu de l'art. 270, al. 3 du Code civil, le juge peut toutefois refuser d'accorder une prestation compensatoire lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture. De même, l'article 266 du même Code prévoit que le conjoint « victime » peut obtenir des dommages et intérêts en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'autre.

De même, l'obligation de fidélité subit des assauts de plus en plus importants. Ainsi, la Cour de cassation a admis qu'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs<sup>49</sup>. Dernièrement, cette haute juridiction a aussi considéré, à propos d'un contrat de courtoisie matrimonial, que :

[...] le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée<sup>50</sup>.

Ainsi, un époux peut, au mépris de son devoir de fidélité, consentir une libéralité à son amant ou sa maîtresse et user de tous les sites de rencontre pour nouer une relation adultère.

Concernant l'obligation de communauté de vie, elle a été mise à mal par l'admission du divorce pour altération définitive du lien conjugal par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004. En ouvrant ce droit au divorce lorsque les époux vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce<sup>51</sup>, le législateur permet à un époux d'obtenir le divorce alors même qu'il est parti et a manqué à son obligation de cohabitation.

Quant au devoir de respect, il s'impose à tous les couples puisque sa violation peut en cas de violences être sanctionnée par la délivrance d'une ordonnance de protection<sup>52</sup>. De même, l'assistance se retrouve aussi en matière de pacs puisque les partenaires s'engagent à une assistance réciproque<sup>53</sup>, tout comme la contribution aux charges du mariage a pour corollaire l'aide matérielle due entre partenaires<sup>54</sup>.

En droit patrimonial, le caractère institutionnel du mariage était caractérisé par un principe hérité de l'ancien droit : le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Le sens de ce principe a évolué avec le temps<sup>55</sup> : si à l'origine il interdisait aux époux de changer de régime matrimonial

après la célébration du mariage, il a peu à peu consisté en une impossibilité pour eux de changer les règles de leur régime matrimonial de manière purement contractuelle. Pourtant de multiples atteintes ont été portées à ce principe destinées à restituer en la matière une certaine liberté aux époux<sup>56</sup>. Ce principe d'immutabilité a été remplacé par un nouveau principe de « mutabilité encadrée »<sup>57</sup>. Un éminent auteur<sup>58</sup> propose désormais d'abolir purement et simplement les vestiges du principe d'immutabilité en abrogeant toute procédure d'homologation de changement ou de modification du régime matrimonial. La situation des autres couples fait partie des arguments avancés<sup>59</sup>.

Un vent de liberté semble donc souffler sur le mariage qui fait tomber une à une les spécificités de cette union. On peut alors se demander quelles autres mutations le mariage serait susceptible de connaître.

## B. Demain ?

Le mariage fait encore l'objet de règles particulières qui le singularisent et demeurent attachées à sa nature institutionnelle. Dans une démarche prospective, au vu de l'évolution de notre droit positif, il peut être intéressant de s'interroger sur trois de ces règles et de tenter d'en apprécier le devenir. Il s'agit de l'intention matrimoniale, de la présomption de paternité et du divorce.

L'article 146 du Code civil dispose qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Depuis l'arrêt *Appietto*<sup>60</sup>, l'intention matrimoniale fait l'objet d'un contrôle. Ainsi, le célèbre arrêt a opéré la distinction suivante :

[...] si le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime.

49. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 février 1999 et Cass., Ass. plén., 29 octobre 2004, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, A. Bateur (dir.), Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, n° 156 sq., obs. V. Mikalef-Toudic ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, n° 28-29.

50. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2011, *L'actualité juridique. Famille*, 2011, p. 613, obs. F. Chénéde ; *Dalloz*, 2012, p. 59, note R. Libchaber, et Panor., p. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Droit de la famille*, 2012, comm. n° 21, note D. Vigneau ; *Revue des contrats*, n° 4, 2011, p. 1127, éditorial, obs. D. Mazeaud et T. Revet ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 93, obs. J. Hauser.

51. Code civil, art. 238.

52. Voir *supra*, I, B.

53. Code civil, art. 515-4.

54. *Ibid.*

55. Voir, notamment, à ce sujet, I. Dauriac, *Les régimes matrimoniaux et le pacs*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, n° 223 sq.

56. Particulièrement depuis que de nombreux contrats entre époux ont été légalement permis : vente, société..., que les donations de biens présents entre époux sont devenues irrévocables et la réécriture de l'article 1397 par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités qui ne soumet plus systématiquement au contrôle du juge la modification ou le changement du régime. Voir, sur tous ces points, I. Dauriac, *Les régimes matrimoniaux...*

57. I. Dauriac, *Les régimes matrimoniaux...*, n° 239 sq.

58. P. Simler, « Pour la suppression des présomptions de fraude pesant sur les époux communs en biens et du principe d'immutabilité dont elles résultent », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, P. Delmas Saint-Hilaire, A. Gouttenoire, M. Lamarche et al. (dir.), Paris, LexisNexis – Dalloz, 2012, p. 667-677.

59. *Ibid.*, p. 677 : « Ceux parmi les couples qui persistent à croire à l'institution du mariage, dans un contexte social et économique aussi agité que celui de ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, ne méritent pas d'être affligés en raison de ce choix de contraintes, assimilables à des présomptions de fraude, auxquelles tous les autres couples échappent ».

60. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 20 novembre 1963, *Dalloz*, 1964, p. 465, note G. Raymond ; *La semaine juridique*, 1964, II, 13498, note J. Mazeaud ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1964, p. 286, obs. H. Desbois.

L'objet de cette intention matrimoniale a cependant évolué au fil de la jurisprudence puisque les derniers arrêts de la Cour de cassation semblent exiger : « tout le mariage ou rien »<sup>61</sup>. En effet, l'arrêt du 28 octobre 2003<sup>62</sup> et surtout celui du 19 décembre 2012<sup>63</sup>, s'inscrivent dans cette perspective. Sans vouloir s'attacher trop aux formules des arrêts, il semble bien que la jurisprudence s'oriente vers l'idée suivante : lorsqu'on se marie, il faut donc vouloir tout le mariage, c'est-à-dire l'ensemble de ses effets impératifs et spécifiques<sup>64</sup>, à défaut il est nécessairement détourné.

Encore faut-il déterminer le contenu de ce mariage. Dès lors qu'il perd ses attributs spécifiques et que toutes les formes de vie de couple sont harmonisées voire uniformisées, comment pourra-t-on distinguer le mariage et caractériser l'intention matrimoniale ? En quoi celle-ci consistera ? Après tout, dans l'arrêt de 2012, un mariage est annulé car l'épouse s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de son mari. Or, à y réfléchir, il pourrait en aller de même pour le pacs. Si un partenaire établit que l'autre s'est pacé avec la seule intention d'appréhender son patrimoine, il pourrait bien demander l'annulation du pacte civil de solidarité sur le fondement de l'article 1131 du Code civil pour fausse cause<sup>65</sup>.

La présomption de paternité demeure l'un des derniers remparts du mariage qui a cependant été fragilisé lors des dernières réformes de la filiation. Ainsi, l'action en contestation d'une filiation établie par un titre corroboré par la possession d'état peut, depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, être exercée dans un délai plus important qui est de cinq ans depuis la naissance<sup>66</sup>. En outre, et surtout, la présomption de paternité peut être écartée dans les conditions prévues à l'article 313 du

Code civil : soit parce que l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père, soit en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, quand l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce ou des mesures provisoires, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation. Or, si les effets de la présomption de paternité pouvaient être rétablis au moyen d'une action spécifique qui existe toujours<sup>67</sup>, la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 a expressément ajouté à cette possibilité la faculté pour le mari de reconnaître l'enfant<sup>68</sup>. Un homme marié peut désormais reconnaître un enfant issu de son mariage alors que traditionnellement l'établissement de cette filiation était attaché à la présomption de paternité. La reconnaissance est donc devenue un mode d'établissement de la filiation paternelle ouvert à tous les pères quel que soit leur mode de vie de couple. Le législateur pourrait ainsi un jour utiliser la brèche ouverte et, au nom de l'égalité, considérer que la présomption de filiation liée au mariage<sup>69</sup> devrait aussi profiter aux partenaires de pacs, voire aux concubins. En reprenant la formule du doyen Carbonnier, la présomption de paternité ne serait alors définitivement plus le cœur du mariage<sup>70</sup>. La question de la filiation a pour l'heure été volontairement laissée de côté par le législateur pour la famille homosexuelle<sup>71</sup>, mais qui peut prédire l'avenir ? On sait que les réticences d'hier n'arrêteront plus les futures lois.

Quant au divorce, il sera sûrement l'objet d'une prochaine réforme du droit de la famille. À une époque où le nombre de divorces ne fait qu'augmenter, on peut prédire

61. Voir en ce sens l'appréciation prémonitoire de J. Hauser : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 67, obs. sous Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 2003.

62. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 2003, *Dalloz*, 2004, Jur., p. 21, note J.-P. Gridel ; *L'actualité juridique. Famille*, 2004, p. 27, obs. F. Bicheron ; *Droit de la famille*, 2004, comm. n° 15, note V. Larribau-Terneyre ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 66, obs. J. Hauser ; G. Raoul-Cormeil, « Les caractères du consentement au mariage » in *Les grandes décisions...*, n° 270 sq., où la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel pour manque de base légale car celui-ci énonce seulement pour débouter le mari de sa demande d'annulation du mariage que « même à admettre que le mariage ait eu pour seule fin des avantages patrimoniaux pour M<sup>me</sup> Y... qu'un testament ne lui aurait pas donnés, sa nullité ne serait pas encourue dès lors que l'un de ses effets est d'avoir permis aux conjoints de mettre en œuvre, quant à leurs biens, les conventions spéciales qu'ils avaient arrêtées le 21 juin 1995 ».

63. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 09-15606, *Droit de la famille*, 2013, comm. n° 24, note V. Larribau-Terneyre ; *L'actualité juridique. Famille*, 2013, p. 137, obs. B. de Boysson ; « qu'il ressort de plusieurs dépositions qu'au moment du mariage, M<sup>me</sup> X... était animée par une intention de lucre et de cupidité, n'ayant pour but que d'appréhender le patrimoine de Philippe Y..., afin d'assurer son avenir et celui du fils qu'elle avait eu avec un tiers, et que cette dernière s'était refusée à son époux après le mariage, n'ayant consenti à une relation sexuelle que le jour du mariage, ce qui avait conduit Philippe Y..., qui éprouvait des doutes sur la sincérité de l'intention matrimoniale de son épouse, à exprimer sa volonté, dès le début du mois d'août, soit quelques jours avant de subir les coups mortels portés par M<sup>me</sup> X..., de demander l'annulation du mariage ; qu'ayant ainsi fait ressortir que celle-ci n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale » (nous soulignons la fin de la citation).

64. Voir le critère de l'essence du mariage proposé par G. Raoul-Cormeil, « Le contrat de mariage sans le mariage. Contribution à l'étude de l'essence du mariage (Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003) », *Revue de la recherche juridique*, n° 2, 2005, p. 743-756, n° 11 *in fine* : « L'essence du mariage devant être conçue restrictivement, il est satisfaisant que l'effet essentiel s'analyse rigoureusement et qu'à l'inverse la notion d'effet étranger au mariage réponde à un critère assoupli (tout effet facultatif ou non spécifique au mariage) » (souligné dans le texte).

65. Voir sur l'application de ce texte au mariage détourné : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 66, obs. J. Hauser.

66. Code civil, art. 333.

67. Code civil, art. 329 : « Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité ».

68. Code civil, art. 315.

69. Au mariage hétérosexuel seulement ; voir à ce sujet *supra*, note 21.

70. Voir V. Bonnet, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI<sup>e</sup> siècle dans ses rapports avec le mariage », *Dalloz*, 2013, Chron., p. 107-113.

71. Hormis la filiation adoptive puisque la loi du 17 mai 2013 a aussi ouvert l'adoption aux couples de personnes de même sexe.



qu'il sera tôt ou tard réformé. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 n'était sans doute qu'une réforme de transition. Outre la question récurrente consistant à savoir s'il faut déjudiciariser le divorce<sup>72</sup>, particulièrement le divorce par consentement mutuel, qui passera bientôt pour une solution évidente, on peut penser que le « divorce à la carte » cher au doyen Carbonnier ne sera plus. À ce titre, la réforme proposée à l'Assemblée nationale en 2001 sera sans doute le droit positif de demain<sup>73</sup>. Il s'agira de ne plus admettre que deux causes de divorce : le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause objective par constat du caractère irrémédiable de la rupture du lien conjugal correspondant à l'actuel divorce pour altération définitive du lien conjugal. Feu le divorce pour faute. Là encore, l'objectif de liberté guidera le législateur. Une telle évolution doit être rapprochée de l'œuvre d'uniformisation qui caractérise le droit des couples : le mariage se

rapprochera alors un peu plus du pacs qui peut être dissous par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux<sup>74</sup>.

L'égalité, la liberté, l'individualisme sont les fondements du droit positif de la famille. S'ils ont permis des évolutions favorables, notamment au bénéfice des femmes, on peut toutefois déplorer les excès auxquels ils sont en train de mener. Le législateur poursuit une œuvre d'uniformisation préjudiciable à tous. Nul ne peut se satisfaire d'un modèle unique. Or, tôt ou tard, c'est bien à cela que l'on arrivera. Pour l'heure le mariage est « vidé de son contenu »<sup>75</sup>, il devient peu à peu une coquille vide. Ce, à moins qu'en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, chaque forme de conjugalité arrive enfin à trouver sa spécificité. Le pacs deviendra peut-être enfin autonome, mais il ne faudrait pas alors que le mariage ne devienne en définitive qu'un pacs *bis*...

72. Voir notamment à ce sujet : H. Fulchiron, « Vers un divorce sans juge (à propos des projets de divorce notarial) », *Daloz*, 2008, Chron., p. 365 ; B. Beignier, « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, étude n° 12 ; G. Serra, « De la question du divorce sans faute et sans juge », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 357 sq., spéc. p. 368 sq.

73. Proposition de loi relative à la réforme du divorce, dite proposition Colcombet, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2001, n° 3189.

74. Code civil, art. 515-7.

75. Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme... », p. 527.