

CONCOURS ENM COMPLEMENTAIRE 2023

Droit civil

Le couple hors mariage

Dans un ouvrage désormais classique, *Le démariage, justice et vie privée* (1993), la sociologue Irène Théry analyse le mouvement profond qui traverse la modernité occidentale : le démariage est plus que la rupture juridique du lien matrimonial, c'est la transformation sociale de l'alliance. Le mariage n'est plus la référence obligée par laquelle la société fonde le couple, et ce constat se confirme trente ans plus tard dans toutes les études démographiques, puisqu'un tiers des couples vit hors mariage. De là l'intérêt d'une étude consacrée à l'appréhension juridique de ce phénomène.

L'expression « couple hors mariage » recouvre deux situations conjugales : le concubinage, encore appelé « union libre », qui correspond à une situation très ancienne, et le Pacte civil de solidarité (Pacs), contrat consacré par le législateur en 1999. Historiquement, la reconnaissance légale de ces deux formes de conjugalités correspond à un mouvement en faveur du pluralisme en droit de la famille, rompant avec une tradition multiséculaire de primat du mariage. En effet, longtemps condamné par la religion, réprimé ou ignoré du législateur, le concubinage était banni. Son étymologie - le mot dérivant du latin *concumbo* signifiant « coucher avec » - renvoyait à l'existence de relations purement charnelles, relations considérées comme illicites, et l'enfant issu d'une telle union était considéré comme illégitime. Ces temps de rejet sont désormais révolus. « Pression sociologique » et « relativisme axiologique » (D. Fenouillet, Document n° 2) se sont conjugués pour faire du couple hors mariage non plus un repoussoir mais un modèle alternatif de conjugalité. L'adultère a été dépénalisé en 1975, la notion de couple a acquis une acception juridique à l'occasion de la consécration de la PMA en 1994, et le Juge aux affaires familiales (JAF) est depuis 1993 le juge de toutes les conjugalités. Par un effet de retournement, le concubinage et le Pacs tiennent lieu de modèle au mariage, et lui insufflent leur logique contractualiste, au détriment de sa dimension institutionnelle. Rien d'étonnant dès lors à ce que le législateur ait souhaité accompagner ce mouvement par un progressif renforcement des droits des couples hors mariage : non seulement le couple conjugal jouit désormais d'une reconnaissance juridique depuis 1999 (définition légale du concubinage à l'article 515-8 et consécration du Pacs aux articles 515-1 à 515-7 du Code civil, remaniés par la réforme de 2006), mais encore le couple parental est désormais appréhendé selon une logique pleinement égalitaire. En effet, si les règles omnibus, applicables à tous les couples, demeurent ponctuelles lorsqu'il est question du couple conjugal (dispositif de lutte contre les violences de l'article 515-9 du Code civil), elles se sont généralisées au profit du couple parental : la parentalité depuis 2002, la parenté biologique depuis 2005, et désormais les parentés électives depuis 2021-2023 sont indifférentes au statut du couple, embrassant dans la même dynamique générale et abstraite d'égalisation toutes les formes de conjugalité.

Cependant, cette dynamique de renforcement légal des droits des couples hors mariage, aussi puissante soit-elle, suscite un certain nombre d'inquiétudes et d'interrogations. En premier lieu, le droit des couples s'ouvre à une logique de concurrence (J. Hauser, Document n° 1) : les candidats à la vie de couple peuvent dresser un tableau comparatif des formes de conjugalité, au regard de leurs avantages civils, fiscaux, ou sociaux, et cette comparaison n'est pas toujours en faveur du mariage, dont le statut protecteur s'est amenuisé, à mesure que sa dimension contractuelle se renforçait. En deuxième lieu, les couples hors mariage correspondent à une beaucoup plus grande diversité de situations qu'il n'y paraît : couples hétérosexuels ou homosexuels, couples adultères ou non, couples

jeunes ou moins jeunes, ces derniers posant notamment la question des familles recomposées. En troisième lieu, et précisément, imagine-t-on un statut légal uniforme tenant compte de ces situations plurielles ? Sans rien dire du « manque de législateur » (J. Hauser), est-on bien certain qu'un statut uniforme et légal des couples – qui transformerait la distinction entre mariage, pacs et concubinage en un pur nominalisme, des mots différents recouvrant des réalités similaires – est possible et même souhaitable ? Rien n'est moins sûr, et mieux vaut compter sur les ajustements jurisprudentiels ponctuels pour pallier, en cas de besoin, l'inachèvement juridique du concubinage et du Pacs, que le couple soit uni ou désuni.

On le voit, la dynamique légale de renforcement des droits du couple hors mariage (I), au nom du mythe très puissant de l'égalité, doit être complétée par une dynamique jurisprudentielle d'ajustement des droits du couple hors mariage (II).

I- La dynamique légale de renforcement des droits du couple hors mariage

Liberté, égalité et neutralité de l'État à l'égard des différentes formes de conjugalité ont conduit à l'uniformisation des règles applicables à tous les couples. Cette dynamique qui égalise les droits comme les devoirs, se vérifie avec la reconnaissance du couple conjugal hors mariage (A) et la promotion de règles omnibus applicables au couple parental hors mariage (B).

A- La reconnaissance du couple conjugal hors mariage

Longtemps a-juridique, le concubinage fait désormais l'objet d'une définition légale (1), tandis que le Pacs, de nature foncièrement contractuelle à l'origine, a vu sa dimension institutionnelle se renforcer (2) au gré des réformes successives.

1- La reconnaissance du concubinage

Le concubinage correspond, dans les faits, à une multitude de situations, et les sociologues ne manquent pas de relever qu'il peut correspondre à des unions d'autant plus libres qu'elles se déclinent en une pluralité de versions, selon le nombre de concubins et leur orientation sexuelle.

Face à cette pluralité, la jurisprudence a longtemps défendu la conception hétérosexuelle du concubinage, considérant que la vie maritale, en tant que relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, ne pouvait concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme. Avec constance, les juges avaient ainsi refusé de faire bénéficier les concubins homosexuels de certains droits ou avantages, comme le droit au maintien du bail en cas de décès du concubin titulaire du contrat (Civile 3^{ème} 17 décembre 1997) ou bien le droit à la réduction d'un billet de transport aérien (Sociale 11 juillet 1989).

C'est cette jurisprudence qui a été brisée par la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, avec l'article 515-8 du Code civil. Aux termes de cet article, le concubinage se conçoit comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Cette définition large se veut égalitaire, afin de préciser que la notion de concubinage peut s'appliquer indifféremment à un couple formé par des personnes de sexe différent ou de même sexe, comme l'a

rappelé le Conseil constitutionnel (Décision du 9 novembre 1999). C'est une manière d'ouvrir des droits, patrimoniaux notamment, aux concubins homosexuels, tout en conservant la définition des éléments constitutifs du concubinage donnée par la jurisprudence, notamment au regard des exigences de continuité et de stabilité. C'est précisément cette même stabilité qui a conduit à institutionnaliser progressivement le Pacs.

2- L'institutionnalisation du Pacs

L'observation de la construction d'un droit commun du couple est désormais classique, qui se traduit soit par l'affaiblissement des effets du mariage, soit par la reprise de certains effets du mariage pour le pacte civil de solidarité.

En effet, tandis le pacte civil de solidarité était initialement entendu comme un contrat « sexué », conclu par un couple pour organiser la vie commune, il a vu sa dimension institutionnelle se renforcer au gré des réformes. Dès 1999, les textes relatifs au pacte civil de solidarité contenus dans le Code civil prévoyaient des règles impératives - notamment au regard des empêchements à Pacs - qui ont été étoffées par la loi du 23 juin 2006.

Ainsi, le Pacs est désormais doté d'un mini régime primaire prévu à l'article 515-4 du Code civil, qui s'articule avec les règles supplétives de l'article 515-5 du Code civil : les premières règles sont indérogeables, les secondes s'appliquent à défaut de stipulation contraire. S'agissant des effets personnels impératifs, ils sont moins nombreux que ceux du mariage, et concernent la vie commune et l'assistance entre partenaires. S'agissant des effets patrimoniaux impératifs, ils sont aussi moins denses qu'en matière de mariage et concernent entre les partenaires une aide matérielle à laquelle s'ajoute, à l'égard des tiers, la solidarité des dettes contractées pour les besoins de la vie courante. Au gré des retouches successives de 2006, 2010 et 2014, le législateur a progressivement dupliqué, à peu de choses près, la rédaction de l'article 220 du Code civil dans l'article 514 alinéa 2 du Code civil. De même, le droit temporaire au logement familial a été reconnu au partenaire survivant (article 515-6 alinéa 3 du Code civil), à l'instar du conjoint survivant (article 763 du Code civil). Cette logique d'alignement est encore plus frappante si l'on considère le couple parental hors mariage où l'égalité conduit à l'application indistincte à tous les couples de nombreuses dispositions

B- L'égalisation des droits du couple parental hors mariage

Consacrée d'abord pour la parentalité (1), l'égalisation des droits et des devoirs a gagné la parenté (2), sous tous ses aspects, qu'il s'agisse des filiations biologiques ou électives.

1- L'égalité dans la parentalité

L'autorité parentale est définie par l'article 371-1 du Code civil comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ».

Cette fonction impérative concerne non seulement la personne, mais aussi les biens de l'enfant. Parachevant une longue évolution législative, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a

consacré définitivement la coparentalité, entendue comme la prise en charge et l'éducation de l'enfant par l'un et l'autre de ses parents.

La consécration de la coparentalité paraît d'autant plus complète qu'elle a fait l'objet d'une systématisation, les nouvelles règles promues trouvant à s'appliquer quelles que soient la nature de la filiation ou la situation du couple, que celui-ci soit ou non de sexe différent. Fort logiquement, en vertu de l'article 6-1 du Code civil, issu de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les règles relatives à l'autorité parentale sont applicables aux couples de même sexe qui ont adopté un enfant ensemble ou dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint. C'est dire que la dynamique d'égalisation des droits propre à la parentalité a fini par gagner la parenté elle-même.

2- L'égalité dans la parenté

Sous-jacente au principe d'égalité, l'idée que la filiation comme la procréation serait un droit subjectif et non plus l'institution de rapports fondés sur des structures anthropologiques objectives et cohérentes, fait son chemin sous couvert, le plus souvent, des droits de l'homme.

En effet, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) exercent une influence souvent décisive sur les droits et sur les juges nationaux, les méthodes d'interprétation des droits de l'homme en tant que droits individuels étant souvent aux antipodes des conceptions institutionnelles des rapports familiaux. C'est dire l'importance de l'aiguillon européen pour l'égalisation des droits, dont l'arrêt *Mazurek c/ France* reste un des exemples les mieux connus (CEDH 1^{er} février 2000) : la législation discriminatoire française au détriment des droits successoraux de l'enfant adultérin fut condamnée par la Cour de Strasbourg et, en conséquence, abrogée par la loi du 3 décembre 2001.

La réforme de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009, avait précisément pour objectif de tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de la naissance. Ce principe d'égalité explique l'unicité de notre droit contemporain de la filiation. L'ordonnance a aboli la distinction traditionnelle entre filiation légitime, attachée au mariage des parents de l'enfant, et filiation naturelle, les parents de l'enfant n'étant pas mariés. Ce faisant, le droit de la filiation intègre les principes édictés par la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 8 énonce le droit au respect de la vie privée et familiale, et l'article 14 le principe d'interdiction de discrimination entre les personnes. Cette dynamique égalitaire s'est poursuivie avec les filiations électives : depuis la loi du 2 août 2021, l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est désormais ouverte aux couples formés de deux femmes ou de toute femme non mariée (article L. 2141-2 du Code de la santé publique), tandis que la loi du 21 février 2022 et l'ordonnance du 5 octobre 2022 parachèvent l'édifice avec une uniformisation des règles relatives à l'adoption : « l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou deux concubins ».

On le voit, la dynamique légale de renforcement des droits du couple hors mariage paraît enclenchée de façon irrésistible. Même si les droits sont contrebalancés par des devoirs, la logique est bien celle des « droits à », au titre d'une égalisation continue. Pourtant, la cohérence du droit objectif mérite d'être ménagée, et c'est alors le juge qui prend le relais, afin d'ajuster ponctuellement les droits du couple hors mariage, de façon casuistique, « sans que soient affirmés de grands principes solennels qui rouvrent en général des guerres picrocholines » (J. Hauser, Document n°1).

II- La dynamique jurisprudentielle d'ajustement des droits du couple hors mariage

Patiemment, au gré des espèces, la jurisprudence tisse une toile de droits du couple hors mariage qui pallie l'inachèvement juridique du concubinage et du Pacs, tant pour les droits patrimoniaux (A) qu'extra-patrimoniaux (B).

A- L'ajustement des droits patrimoniaux du couple hors mariage

Le Pacs, et plus encore le concubinage, demeurent « juridiquement inachevés » (D. Fenouillet). Un statut légal plus poussé n'est sans doute ni souhaitable – afin de préserver la liberté – ni possible – eu égard à la diversité des couples hors mariage – mais les litiges qui naissent trouvent une solution jurisprudentielle adaptée qui puise dans les ressources des quasi-contrats (1) et des obligations naturelle et civile (2).

1- L'ajustement par la sollicitation des quasi-contrats

Il n'existe pas, en matière de concubinage, un régime patrimonial d'origine légale, applicable à défaut de tout autre, comme il pourrait en exister en matière de PACS ou de mariage. Certes, les concubins peuvent prévoir un contrat de concubinage et, dans cette hypothèse, il leur revient de s'en remettre à ce contrat.

A défaut de contrat de ce type, ce sont les règles des quasi-contrats qui seront sollicitées en cas de litige relatif à la liquidation patrimoniale entre concubins. Cela correspond, pour l'essentiel, aux situations dans lesquelles l'un des concubins a travaillé au profit de l'autre sans en être rémunéré ou bien a financé la construction ou la rénovation d'un immeuble appartenant à l'autre concubin, lequel immeuble servait de logement commun. Dans cette dernière situation, les règles de l'accession de l'article 555 du Code civil ne peuvent plus désormais être invoquées, la jurisprudence considérant que le lien de couple prévaut sur la qualité de tiers (Civile 1^{ère} 2 septembre 2020).

S'agissant de l'enrichissement injustifié de l'article 1303 du Code civil, il correspond à une logique de justice commutative (à chacun selon son dû), et ne peut être invoqué qu'à titre subsidiaire (article 1303-3 du Code civil), c'est-à-dire à défaut de toute autre action, sur le terrain de la gestion d'affaires ou du paiement de l'indu notamment. S'agissant de la société créée de fait, qui est un quasi-contrat innommé, elle correspond à une logique distributive (à chacun selon ses mérites) et exige de démontrer la réunion des éléments constitutifs caractérisant tout contrat de société : un apport, une intention de s'associer et une intention de participer aux bénéfices et aux pertes (Commerciale 3 novembre 2004). Si ces conditions sont réunies, cela permettra de réclamer le partage de l'actif (une plus-value pour un immeuble par exemple) selon les règles de l'article 1844-9 du Code civil, mais sans remboursement des apports en industrie (Civile 1^{ère} 19 avril 2005).

2- L'ajustement par la sollicitation des obligations naturelle et civile

Les obligations naturelle et civile offrent également au juge des techniques adaptées au rééquilibrage patrimonial en cas de rupture du couple hors mariage.

En effet, la liberté de rupture du concubinage est bornée par un principe de responsabilité en cas de rupture abusive (article 1240 du Code civil) et l'article 515-7, alinéa 10, du Code civil réserve, entre partenaires pacsés, la possibilité d'obtenir une réparation du dommage éventuellement subi du fait de la rupture. Le principe de cette responsabilité a été énoncé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999, même si la difficulté demeure d'établir l'existence d'une faute : le principe de libre rupture du Pacs empêche de déduire la faute de la rupture elle-même, même lorsque cette rupture intervient par décision unilatérale.

Outre ce droit à réparation du concubin ou du partenaire délaissé de façon abusive, il n'existe pas hors mariage de dispositions analogues à celles des articles 270 et suivants du Code civil régissant la prestation compensatoire. En l'absence de contrat entre concubins ou de clause spécifique dans un Pacs, il n'existe aucune disposition légale établissant des critères pour déterminer une indemnisation du préjudice lié à la différence de niveaux de vie une fois la rupture consommée. En jurisprudence, cette indemnisation n'est pas expressément analysée comme une prestation, mais comme une obligation naturelle d'assurer l'avenir du concubin ou du partenaire, afin de ne pas la laisser dans le besoin. C'est pourquoi l'indemnité versée pour l'exécuter - qui s'analyse en un engagement unilatéral faisant muter le devoir moral en obligation civile, en vertu de l'article 1100 alinéa 2 du Code civil - ne constitue pas un acte à titre gratuit et échappe donc à la nécessité de caractériser l'intention libérale et au formalisme de l'article 931 du Code civil (Civile 1ère 20 février 2008).

Ce sont encore les ressources du droit commun qui permettent aux juges d'ajuster ponctuellement les droits extra-patrimoniaux du couple hors mariage, sans pour autant prétendre affirmer de nouveaux « droits à », afin de préserver, au moins en apparence, la cohérence du droit objectif.

B- L'ajustement des droits extra-patrimoniaux du couple hors mariage

L'analyse de la jurisprudence montre que les juges protègent désormais, eu égard à l'érosion des bonnes mœurs et de l'ordre public familial traditionnel, les relations sexuelles hors mariage au nom de la liberté individuelle (1) qui, comme toute liberté, est bornée (2).

1- La liberté individuelle hors mariage

Les rapports charnels hors mariage ne sont plus illicites, ils bénéficient au contraire de la protection de l'Etat, au nom de la protection de la vie privée et de l'interdiction des discriminations. L'article 6-1 du Code civil paraît désormais, à ce titre, plus actuel que l'article 6, du moins au regard de sa référence désuète aux « bonnes mœurs ».

De là, d'abord, l'indemnisation du préjudice moral de la concubine, « simple » (Chambre mixte 27 février 1970 *Dangereux*) ou adultère (Criminelle 3 mai 1973). De là, ensuite, la validité des donations à la concubine adultère (Civile 1ère 3 février 1999 ; Assemblée plénière 29 octobre 2004). De là, enfin, la solution jurisprudentielle qui admet la validité d'un contrat de courtage matrimonial conclu par un homme marié (Civile 1ère 4 novembre 2011 : « un contrat de courtage matrimonial, conclu en vue de la réalisation d'un mariage par une personne mariée, n'a pas de cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, tant que l'union n'a pas été réalisée »). Ces solutions ont comme point commun d'admettre en creux la possibilité d'une relation charnelle hors mariage, et le fait que cette liberté puisse être protégée.

La jurisprudence se garde bien pourtant de procéder par affirmations solennelles – se retranchant derrière les principes de réparation intégrale du dommage ou de contenu licite du contrat – conscientes des risques de hiatus avec le droit objectif. Songeons que la chambre criminelle reconnaît le préjudice moral de la concubine adultère en 1973, alors que l'adultère était encore un délit pénal ; de même, une décision isolée avait accordé en 1995 un droit à réparation à une concubine pour le préjudice subi à la suite du décès de sa compagne (TGI Belfort 25 juillet 1995), quatre ans avant que le législateur ne reconnaisse le concubinage homosexuel. A ces limites inhérentes à la cohérence du droit objectif s'ajoutent les limites propres à la concurrence des droits subjectifs qui peuvent venir borner la liberté individuelle hors mariage.

2- Les limites de la liberté individuelle hors mariage

La liberté individuelle du couple hors mariage peut être bornée par une responsabilité civile (l'adultère, bien que dépenalisé en 1975, demeure une faute civile) ou pénale, et plus largement par un certain nombre de sanctions juridiques.

D'une part, si un enfant est issu des relations charnelles hors mariage, il peut agir à fins de subsides (articles 342 à 342-8 du Code civil) ou bien exercer une action aux fins d'établissement de la filiation, étant précisé que la présomption de paternité ne joue que dans le cadre du mariage.

D'autre part, en cas de violences, conjugales ou intrafamiliales, non seulement des sanctions pénales sont encourues, mais encore le juge civil est-il appelé à mettre en œuvre, dans tous les couples, l'ordonnance de protection prévue à l'article 515-9 du Code civil. Cette ordonnance de protection permet au juge aux affaires familiales d'assurer dans l'urgence la protection de victimes de violences conjugales ou intrafamiliales. Ainsi, personne victime de violences exercées au sein d'un couple, actuel ou ancien, mariée, pacsée ou en vie maritale, peut demander au juge aux affaires familiales une ordonnance de protection, peu important la durée de la relation et l'existence ou non de cohabitation. Les violences peuvent être physiques, psychologiques, économiques ou sexuelles et mettre en danger la victime et/ou un ou plusieurs enfants. Le juge aux affaires familiales délivre l'ordonnance s'il considère comme vraisemblable les faits de violence allégués et le danger auquel la partie demanderesse ou ses enfants sont exposés, sachant que cette délivrance n'est pas subordonnée à l'existence d'une plainte pénale préalable.

Conclusion : Le couple hors mariage bénéficie désormais d'une dynamique de protection qui allie liberté et égalité. La loi, générale et abstraite, procède par renforcement des droits subjectifs et affirmation de « droits à ». La jurisprudence, soucieuse du cas, mais aussi de la cohérence du droit objectif, est plus mesurée, procédant par ajustements ponctuels des droits. Faudrait-il aller plus loin et envisager, à l'avenir, un statut juridique complet et cohérent des couples hors mariage, notamment au regard des aspects patrimoniaux de la rupture et du décès, sachant que c'est surtout en matière successorale que de véritables différences subsistent au détriment des couples non mariés ? Si certains auteurs l'appellent de leurs vœux, est-ce pour autant souhaitable ? Il est permis d'en douter : une fois les discriminations arasées, la diversité des couples hors mariage n'est-elle pas difficilement compatible avec une logique statutaire ?