CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS DU SECOND GRADE

(ouvert en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée)

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2023

Lundi 20 mars 2023

Première épreuve d'admissibilité : 5h (coefficient 4)

DROIT CIVIL

Rédiger, notamment à partir des documents joints, une étude juridique sur « le couple hors mariage ».

Tournez la page S.V.P.

LISTE DES DOCUMENTS

Document n° 1 : J. Hauser, « Le couple en concurrence », Dr. Famille n° 12, déc. 2016, dossier 51 (5 pages)

Document n° 2 : D. Fenouillet, Droit de la famille, 5e éd., Cours Dalloz, 2022, § 313 à 315 - extraits (4 pages)

Document n° 1 : J. Hauser, « Le couple en concurrence », Dr. Famille n° 12, déc. 2016, dossier 51 (5 pages)

Le couple en concurrence

Etude par Jean HAUSER professeur émérite de l'université de Bordeaux (faculté de droit - CERFAP)

Introduction

1. - Il est rare que les juristes de droit de la famille raisonnent avec des termes économiques qui leur paraissent triviaux dans leur matière, toute faite de principes élevés et de convictions profondes. Imaginer que la notion de concurrence puisse gouverner le choix des modes de couple n'était encore guère de saison il y a vingt ans.

2. - Pourtant pointait déjà l'idée que l'on pourrait aligner dans deux colonnes les conditions et les effets des différents modes de couples mais les obstacles étaient nombreux. Aussi bien la comparaison ne se faisait guère encore sous la bannière d'une véritable concurrence et l'histoire n'y conduisait pas naturellement.

3. - Rappelons que la République, après les essais libertaires de la Révolution, s'était au fond contentée d'exproprier le mariage à son profit, comme avaient commencé à faire les rois de France et, pour faire écho à la Déclaration de Saint-Germain-en-Laye où l'on lisait que les mariages étaient le séminaire des États, on trouvait sous la plume de Portalis qu'ils étaient la pépinière des Nations. L'ordonnancement légal et autoritaire du couple avait seulement changé de compétence et passé des Églises à la République mais il était toujours bien entendu que le monopole légal avait un but d'intérêt public et de contrôle des familles. Hors mariage point de salut juridique et s'en fera l'écho la phrase dédaigneuse de Napoléon à l'égard des concubins qui veulent la liberté et la loi qui la leur laisse jusqu'au bout.

4. - Pour que les choses évoluent, il a fallu que, successivement, surgisse une concurrence intellectuelle entre les modes de couples (1) laquelle a muté en concurrence utilitaire (2).

Le couple en concurrence intellectuelle

5. - Pour que le décor se mette en place, il a fallu que le droit du couple s'émancipe du monopole chrétien-républicain et cette évolution est en train de s'accomplir définitivement. Le passage essentiel, qui fut bien ressenti comme tel, paraît être la loi de 1884 rétablissant le divorce dont la tonalité politique a été évidente. Mais le droit a-t-il un effet si important sur l'évolution des mœurs ? On n'en est pas sûr.

A. - La concurrence mariage – concubinage : la décadence du monopole

6. - Il faut rappeler que l'abrogation du divorce par la loi De Bonald n'empêchera pas désormais la question de revenir sur le tapis régulièrement et on trouvera des propositions en ce sens sous tous les régimes, la République naissante sautant le pas.

Tournez la page S.V.P.

7. - Mais l'impact mettra longtemps à se produire et, statistiques à l'appui, on s'aperçoit qu'entre 1884 et 1914 la croissance est très lente et les convictions n'évoluent guère. On retrouvera d'ailleurs cette lenteur, plus relative bien sûr, dans les législations étrangères qui n'introduiront le divorce qu'au XXe siècle. La vraie croissance se produira avec la guerre et sans doute l'émancipation progressive des femmes et la décadence d'une France rurale.

8. - Tout de même il faudra pratiquement attendre 1975 pour que se manifeste au grand jour l'évolution intellectuelle à l'égard du statut du couple. Encore n'y a-t-il pas véritablement concurrence puisque hors du mariage il n'y a point de salut pour le couple. Le moment fondamental ne se produira pas en droit des personnes mais en droit de la responsabilité civile avec la fameuse controverse sur le droit à réparation de la concubine et, immédiatement après, sur sa concurrence possible avec le droit à réparation de l'épouse. Mais la concurrence intellectuelle ainsi créée s'abrita prudemment derrière la neutralité du droit de la

responsabilité civile. Les auteurs soulignèrent que la jurisprudence ne faisait qu'au fond appliquer le principe de la réparation intégrale, sans prendre position sur la nature du lien entretenu par la victime avec un tiers. Seulement, en cas de concubinage adultère, on sent bien que le raisonnement devient boiteux. C'est le dommage qui fait le couple... Cette avance masquée se retrouve dans la construction d'un statut jurisprudentiel du concubinage.

B. - **La concurrence mariage – concubinage : l'apparition d'un oligopole**

9. - On ne saluera jamais assez le rôle créatif de la jurisprudence sur le statut du concubinage sans que soient affirmés de grands principes solennels qui rouvrent en général les guerres picrocholines et alors que tout recours à la proportionnalité était exclu ! L'habileté consistera de nouveau à avancer masqué en utilisant les ressources du droit des obligations. Contrairement à ce qui se dit aujourd'hui, il n'est point besoin de réformes solennelles du mode de production des normes... Rappelons que l'obligation naturelle, l'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires, la responsabilité civile, la société créée de fait permettront l'essor d'un encadrement du concubinage qui, certes, n'équivaut pas au mariage mais, sur un marché jusque-là monopolistique, permettra le développement d'un oligopole. La technique d'utilisation d'une partie du droit privé sans signification symbolique, au fond incolore, inodore et sans saveur, permettra ainsi de contourner la lourdeur des réformes de principe. Dans le même sens, le droit social, soucieux de fait plus que de principes, participera indirectement mais activement à cette évolution intellectuelle.

10. - À quel moment peut-on situer le passage vers une véritable situation concurrentielle et égalitaire au sens du droit de la concurrence ? Il n'est pas certain qu'on y soit encore ou qu'on puisse même y parvenir. Il faut bien voir que si, intellectuellement, on en arrive à une quasi-indifférence du droit et des citoyens envers les modes de couple, on peut se demander si l'intervention juridique se justifiera encore. L'intervention du droit ne se justifie que si on distingue pour créer des différences et on peut alors imaginer qu'il n'y ait plus de droit du couple, celui-ci devenant un fait, objet d'études non juridiques sous la seule réserve des enfants : un couple réduit aux enfants ? Peut-être le moment symbolique est-il celui du passage

à un divorce sans juge puisque, bien que nos politiques ne paraissent pas le comprendre, cette proposition n'est pas une réforme du divorce mais une réforme du mariage et il y aurait quelque courage à l'avouer.

11. - Sur ce lit d'indifférenciation intellectuelle, croît alors une autre concurrence, froide, utilitariste comme sait l'être notre époque où il n'est plus question de principe ou de croyances mais de choix politique et économique. On choisit son statut de couple comme on choisit son banquier, son prestataire téléphonique ou sa mutuelle !

La concurrence utilitaire

12. - Il faut se garder de donner à l'adjectif un sens systématiquement péjoratif. Après tout, pour rester dans notre sujet, le choix du régime matrimonial, bien qu'il touche de très près au statut du couple, n'a jamais été exempt d'utilitarisme... Simplement, après des siècles de principes, le moment serait venu d'une concurrence ouverte des modes de couple. Il serait d'autant plus facile que l'extension du mariage aux couples de même sexe a fait sauter le verrou important du choix entre mariage et Pacs et les premiers chiffres montreraient une décadence du second puisqu'on peut choisir le premier dans ces couples.

13. - Seulement, on entre alors dans une analyse fort complexe. En effet, d'un strict point de vue utilitaire, il est extrêmement difficile de mettre en concurrence les modes de couple tant le désordre normatif est grand. Il a une raison. À aucun moment le législateur français de la fin du siècle précédent et de ce siècle n'a eu le courage de prendre le problème dans son ensemble, civil, fiscal, social, etc. Il s'est contenté de multiplier les opérations sectorielles, sans véritable feuille de route, soit pour satisfaire des majorités idéologiques, soit pour complaire à certains groupes de pression. On chercherait vainement une véritable philosophie du couple, de son utilité, de son avenir, de sa place dans les familles, etc.

14. - Il en résulte que le choix du citoyen entre les formes de couples n'est guidé par rien, sinon par des médias plus avides de sensationnel que de réalité ou par des a priori qui sont souvent concrètement faux.

15. - Si l'on prend un futur couple qui, froidement, comparerait les différentes options offertes par le droit en général et sans prétendre épuiser un sujet immense, on est bien en peine de fournir un critère. Tout au plus pourrait-on dire que, comme pour les régimes matrimoniaux, à chaque âge sa forme de couple, ce qui permettrait de réintroduire un vrai critère discriminant. On se contentera de prendre, très sommairement, le critère de l'environnement social et fiscal et celui du mode de dissolution.

A. - **Mariage, Pacs, concubinage : l'utilité sociale et fiscale**

16. - Au plan du droit social on chercherait vainement l'intérêt d'un choix utilitaire puisque la notion de « vie maritale » permet de confondre largement les différents modes de conjugalité. Aussi bien on restera perplexe devant une réponse ministérielle à une question sénatoriale suggérant d'étendre la notion de vie maritale à l'ensemble des matières juridiques, et

notamment le paiement de l'impôt, selon laquelle « le pluralisme juridique, lié aux différents types d'unions répond à la diversité des projets des couples, chacun pouvant exprimer des demandes de protection ou d'indépendance patrimoniale différentes ».

17. - L'idée est, par contre, répandue dans la population, que le choix de la forme de couples aurait un intérêt certain quant à l'imposition fiscale et notamment le choix entre le mariage et le Pacs. Seulement, outre que nombre de textes ont rapproché les deux formes au plan fiscal, le choix utilitaire suppose des nuances exclusives d'une réponse simple. Si l'on est à l'aise, se pacser avec un pauvre peut être intéressant mais pas avec un plus riche et puis ce qui peut être intéressant pour un impôt peut être dangereux pour un autre, etc. Enfin le rapprochement des deux formes augmente encore l'obscurité du système, notamment quant à la fiscalité des transmissions à titre gratuit, par exemple. Les revues juridiques pratiques regorgent de tableaux et de modèles complexes qui excluent le calcul rapide. On pourrait en dire autant d'autres parties du droit notamment du droit des étrangers ou de la nationalité, etc.

18. - On peut se demander sérieusement si, dans quelques années, l'assimilation des deux formes ne conduira pas à une simple confusion rendant ainsi ridicules les discussions passées.Ne restera alors en dehors de cette confusion que le concubinage dont on voit, en jurisprudence, qu'il souffre de cette offre juridique diversifiée. Puisque le droit est si généreux, qu'a-t-on à se soucier du fait ? Étrange revanche de la remarque napoléonienne : définir en droit, c'est exclure...

B. - **Mariage, Pacs, concubinage : l'utilité civile**

19. - On peut d'emblée exclure un choix à partir des obligations personnelles des membres du couple. La fidélité, devenue marginale dans le mariage, émigrera peut-être dans le Pacs, sous la forme édulcorée d'une obligation de loyauté. Pour le reste la loi de 2006 a franchi le pas et il ne reste plus grand-chose de différent.

20. - Le statut des enfants est dans la même situation. Pourquoi choisir le mariage plus que le Pacs, voire le concubinage puisque leur statut est semblable et, symboliquement, la récente et irréfléchie réforme de l'administration légale est tout un symbole ? Aussi bien, si l'on a cru un moment que la survenue d'enfants ferait migrer les couples du Pacs vers le mariage, il faut abandonner l'idée. La seule différence demeure la présomption de paternité appelée soit à disparaître, soit à être étendue hors mariage ce qui lui retirera tout sens. D'ailleurs les pacsés et concubins ont anticipé le phénomène en utilisant largement la reconnaissance prénatale ce qui n'est jamais qu'une présomption conventionnelle.

21. - Curieusement le seul mouvement en sens inverse nous vient de la loi sur le mariage des personnes de même sexe puisque le mariage ouvre l'adoption ce que n'ouvre pas le Pacs, on se demande d'ailleurs pourquoi sauf à noter la chronologie des lois... Par contre sur l'accès à la PMA on ne sait plus où on en est sur le modèle de couple puisque le concubinage, même sans durée, est devenu une clé d'accès mais que la différence de sexe demeure, au moins

textuellement en attendant que la jurisprudence en fasse fi dans le cadre de la non-discrimination.Alors que reste-t-il pour guider notre choix utilitaire ?

22. - On a dit et écrit que le mode de dissolution pouvait constituer un critère important. Mais, outre qu'on ne sait toujours rien de concret sur la pratique de la dissolution des Pacs et notamment le rôle éventuel du juge, la suppression éventuelle du juge dans certains divorces rendra le critère à peu près sans intérêt puisqu'elle conduira à fonder tous ces couples sur la convention et la rupture par mutuus dissensus, ce qu'annonçait d'ailleurs l'unification de la compétence judiciaire. Le mariage n'est qu'un contrat dont le contenu lui-même est de plus en plus souple (V. le changement de régime matrimonial sans juge) mais le Pacs est aussi un contrat qu'on pourrait détailler... en recopiant les articles du Code civil relatifs au mariage ! Surveillons la prestation compensatoire : sa décadence dans les divorces et son apparition, sous forme de dommages-intérêts dans le dépacsage, pourraient être un nouveau signe.

23. - Que reste-t-il donc de fondamental qui pourrait guider notre choix ? Les droits de succession ab intestat puisqu'en Pacs il n'y en a pas et, de ce point de vue, la loi de 2001 sur les droits du conjoint survivant apparaît comme un retour à la différence. Mais, ne nous y trompons pas, ce n'est que provisoire. Plusieurs législations étrangères, notamment le droit belge, ont accordé des droits ab intestat aux pacsés, souvent inférieurs aux mariés mais le symbole y est et on peut faire confiance au principe de non-discrimination pour conduire à l'assimilation.

24. - Enfin l'heure de vérité sonnera peut-être avec la qualité de réservataire. Si l'on veut vraiment introduire du temps dans le couple et en faire un critère de choix, de principe ou utilitaire, c'est cette qualité qui constituera la clé de voûte et le dernier refuge de l'ordre public dans les formes de couples. Mais les pacsés le revendiqueront peut-être aussi parce que, finalement, il n'y a pas de couple sans considération de la durée sinon ce n'est qu'une rencontre dont le droit n'a que faire. Au fond tous les couples ne rêvent-ils pas du mariage, symbole historique à la mort maintes fois programmée ?

25. - Et si l'on avait pris l'ensemble du problème au départ, hors les coups politiques et médiatiques, en posant la seule question qui vaille : le droit doit-il encore considérer le couple comme destinataire de droits autonomes et, si oui, lesquels et sous quelles déclinaisons ? On disposait d'un modèle, celui des régimes matrimoniaux avec un socle d'ordre public et des choix ouverts. Mais il fallait alors un législateur, ce dont on manque certainement en France depuis un bon moment.

© LexisNexis SA

Tournez la page S.V.P.

Document n° 2 : D. Fenouillet, Droit de la famille, 5e éd., Cours Dalloz, 2022, § 313 à 315 . extraits (4 pages)

313 Relations sexuelles hors mariage. Liberté individuelle. On affirme souvent que les rapports charnels hors mariage, autrefois considérés comme contraires aux bonnes mœurs et donc au droit, relèvent désormais du *non-droit*, de la religion, de la morale, mais non point du droit. Il semble en réalité plus exact de dire qu'ils constituent une liberté personnelle essentielle attachée à la *liberté individuelle* : en vertu du principe fondamental de liberté, tant spirituelle que corporelle, il appartient à chacun de décider des relations qu'il aura ou n'aura pas et de la façon dont il entend les vivre.

La *portée juridique* de cette liberté a évolué : conçue hier comme interdisant seulement la sanction, par l'État, des individus entretenant des relations hors mariage (une liberté-abstention), elle fonde désormais une protection positive de l'État, qui impose à chacun de respecter le choix d'autrui (une liberté-protection). Les relations charnelles bénéficient du rempart contemporain de *la vie privée*, qui protège chacun de l'indiscrétion et des pressions d'autrui (C. civ., art. 9 et Conv. EDH, art. 8), ainsi que de l'*interdiction des discriminations*, interdiction sanctionnée civilement et pénalement (v. not. C. pén., art. 225-1 s).

Cette liberté n'est toutefois pas sans *limites*. Si les relations charnelles hors mariage n'attirent pas, en elles-mêmes, les foudres du droit, elles ne seront pas nécessairement sans effet juridique.

La survenance d'un enfant pourra ainsi conduire à exercer en justice une action aux fins d'établissement du lien de filiation ou d'obtention de subsides (v. ss 494 s. et 515 s.). Des circonstances de fait particulières pourront même rendre les relations charnelles illicites et susciter une *sanction juridique*. La contrainte employée par l'un sur l'autre justifiera une sanction pénale ; la violation du devoir de fidélité découlant du mariage de l'un des partenaires pourra conduire au divorce ; etc. Mais là encore, la liberté semble progresser : le grand nombre de relations entretenues, qui caractérisait autrefois l'« inconduite notoire », cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle (art. 444), a ainsi disparu avec la réforme du 5 mars 2007 (art. 395). La jurisprudence considère également désormais que « le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse »[1]. La doctrine soutient même parfois que la stipulation d'une contrepartie ne justifierait plus une annulation du contrat pour immoralité hier, aujourd'hui pour but de la clause (anc. art. 1131 ; art. 1162). L'évolution de la jurisprudence ne confirme pourtant pas l'assertion : la Cour de cassation a certes jugé en 1999 que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité *dont l'auteur entend maintenir* la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire »[2] : mais elle se borne aujourd'hui à affirmer que « n'est pas nulle, comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie *à l'occasion* d'une relation adultère »[3].

Pour l'essentiel, donc, les relations hors mariage relèvent de la liberté individuelle et ne produisent guère d'effets en droit. Encore faut-il nuancer l'affirmation : exacte lorsqu'il n'est question que de *relations sexuelles*, elle devient inexacte lorsque *la vie commune* s'y ajoute.

314 Concubinage. Appréhension juridique limitée. L'appréhension contemporaine du concubinage par le droit est le fruit d'une évolution historique bien connue, passant de la

[1] Civ. 2e, 5 juin. 2001, *Bull. civ.* II, n° 136. V. ss 172
[2] Civ. 1re, 3 févr. 1999, *Grands arrêts*, n° 28.
[3] Ass. plén. 29 oct. 2004, *Grands arrêts*, n° 29; Civ. 1re, 25 janv. 2005, *Bull. civ.* I, n° 35.

réprobation à l'exaltation, puis l'indifférence, pour aboutir dès le milieu du XX[e] siècle à une sorte de « mariage de seconde zone ».

Sous l'influence de la religion catholique, les concubins étaient contraints à la séparation par *l'Ancien droit*, qui jugeait les relations charnelles hors mariage contraires aux bonnes mœurs. La *Révolution*, à l'inverse, encouragea presque le concubinage, par faveur pour la liberté et par hostilité au mariage, institution symbolique d'un ordre social révolu. Ni révolution, ni réaction, le Code civil de 1804 opta pour une voie médiane, celle du silence : à peu de chose près[4], il ignora les concubins, tout comme le Code pénal d'ailleurs, et s'en tint, sous l'impulsion de Bonaparte, à une attitude de stricte indifférence[5]. Le concubinage ne fut ainsi, tout au long du XIX[e] siècle, ni sanctionné ni favorisé, la loi refusant de lui faire produire un effet quelconque, pour de multiples raisons, politiques[6], religieuses[7], historiques, juridiques[8], dogmatiques[9], sociologiques aussi, tenant notamment à la difficulté que l'on éprouve à élaborer un statut juridique unique pour appréhender une réalité factuelle variée, notamment en raison de la diversité des mobiles des concubins [10].

La *pression sociologique* et le *relativisme axiologique* ont conduit le système juridique à abandonner cette indifférence au cours du XX[e] siècle. L'essor du phénomène ayant rendu politiquement difficile une attitude de stricte indifférence, les auteurs constatèrent, dès la première moitié du XX[e] siècle, l' « avènement du concubinat », le « crépuscule du mariage légal », le concubinage montant progressivement à la vie juridique. Le système français s'est ainsi engagé dans une politique de reconnaissance mesurée de ce fait juridique, en lui faisant produire tel ou tel effet ponctuel mais en refusant de lui attacher un véritable statut spécial.

L'*avenir* dira si ce traitement ponctuel perdurera ou s'il cédera progressivement la place à un véritable statut. L'*évolution des faits* conduirait sans doute plutôt à doter le concubinage d'un statut juridique complet et cohérent. Marginal au début du XX[e] siècle, le phénomène a en effet pris une importance sociologique considérable : parmi les 29,4 millions de personnes qui vivaient en couple en 1994, 4,2 millions vivaient en concubinage ; début 2011, selon l'INSEE, sur les 32 millions de personnes majeures déclarant être en couple en France métropolitaine, 7 millions étaient en union libre ; alors qu'ils ne représentaient que 3 % des couples en 1960, ils constituaient 15 % des couples en 1998, et 20 % en 2016. Ces couples se recrutent dans presque toutes les couches sociales de la population mais surtout chez les jeunes : 87 % des jeunes gens de 20 ans vivraient en union libre, et ils ne seraient plus que 7 % au-delà de 65 ans. Ils obéissent à des mobiles divers (v. *in limine*).

Ils seraient en moyenne moins diplômés et moins riches que les couples vivant en mariage ou pacte civil de solidarité. En outre, et contrairement à ce qui se passait autrefois, l'arrivée d'un enfant ne conduit plus nécessairement les adultes à se marier : 43 % des naissances se produisaient hors mariage en 2001 ; 50,5 % en 2007; 55,8 % en 2011. À s'en tenir à cet exposé des faits, il pourrait sembler logique d'attacher à ce mode de vie de plus amples effets. Mais *l'évolution du système juridique* est plutôt en sens contraire. L'appréhension juridique du concubinage doit tenir compte de l'existence, depuis la loi du 15 novembre 1999, d'un nouveau

---

[4] V. ainsi l'effet probatoire attaché à la possession d'état d'époux (C. civ., art. 197; v. ss 109).

[5] La formule, célèbre, du Premier consul (« les concubins ne veulent pas de la loi, la loi se désintéresse d'eux») rappelle celle de Carbonnier : «pas de droit là où l'on refuse le droit». On note toutefois que la volonté de « non droit » des parties ne suffit pas toujours à justifier l'abstention du système juridique.

[6] Le mariage républicain est une victoire de l'État sur l'église.

[7] La célébration civile du mariage n'est que la traduction matrimoniale du principe de laïcité.

[8] Le mariage étant assez ouvert, le concubinage est rarement forcé.

[9] « Pas de droit où l'on refuse le droit ».

[10] Rarement juridiques (tant les obstacles au mariage sont peu nombreux, vu le libéralisme des conditions du mariage et du prononcé d'un divorce) ou culturelles (tant l'ignorance des conditions formelles de célébration du mariage est peu fréquente), les raisons sont parfois idéologiques (refus du modèle du mariage «bourgeois», opposition à toute intrusion de l'État dans la sphère privée, volonté de conserver sa liberté...), mais plus souvent pragmatiques (mariage à l'essai, crainte du coût d'une séparation...) ou psychologiques (échec d'une précédente union...).

Tournez la page S.V.P.

statut juridique de couple, celui du pacte civil de solidarité. Les couples pouvant désormais choisir entre un statut personnel et patrimonial assez étoffé (celui du mariage) et un statut moins contraignant et moins développé (celui du pacs), il semble nécessaire de préserver la liberté individuelle de vivre en couple « hors le droit » en laissant au concubinage son caractère « juridiquement inachevé ». À cela s'ajoute la fragilité de l'union libre : en 2018, un quart des couples en union libre se séparaient quatre ans plus tard et ces ruptures représentaient les 2/3 du total des séparations des couples. Dans cette perspective, on peut comprendre que la loi du 15 novembre 1999 se soit contentée de définir cette situation dans un article 515-8 nouveau, sans en développer les effets (v. ss 302 s.).

315 Pacte civil de solidarité. Un nouveau statut spécial. Depuis la loi du 15 novembre 1999, le droit offre aux couples hors mariage un nouveau statut civil spécial, le pacte civil de solidarité. Les circonstances de son adoption expliquent une existence déjà mouvementée.

Alors que l'homosexualité perdait progressivement son caractère infamant dans la société et que le drame du SIDA avait profondément meurtri la communauté homosexuelle, engendrant douleurs affectives mais aussi difficultés juridiques, la Cour de cassation avait refusé d'étendre aux couples homosexuels les avantages que la loi reconnaissait aux couples de concubins. Le 11 juillet 1989, la Chambre sociale avait en effet décidé que les textes ouvrant des droits aux concubins devaient être réservés aux concubins hétérosexuels, car la vie maritale ne pouvait concerner « qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme » [11]. En 1997, la troisième chambre civile de la Cour de cassation refusait d'étendre aux couples homosexuels le transfert du bail que la loi organisait au profit du concubin survivant[12]. Se prévalant de législations étrangères adoptant la solution inverse, des associations d'homosexuel(le)s s'efforcèrent de faire voter un nouveau statut juridique pour les couples considérés[13]. Après des discussions acharnées de part et d'autre, la loi du 15 novembre 1999 créa donc, dans le livre premier du Code civil (consacré aux Personnes), un titre douze nouveau instituant le « pacte civil de solidarité », titre transformé en titre treize à compter du 1er janvier 2009 par la loi du 5 mars 2007.

Nombreuses furent les malfaçons législatives, notamment en raison des conditions d'adoption d'un statut conçu et voté dans une ambiance peu sereine, les discussions idéologiques escamotant toute analyse technique. La « réécriture » de la loi par le Conseil constitutionnel[14], le 9 novembre 1999, ne suffit pas à donner au texte une cohérence suffisante. Une réforme s'avéra donc nécessaire. Mais il a fallu attendre la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités pour que soit amélioré, à divers égards, principalement patrimoniaux, ce nouveau statut. Plusieurs réformes ponctuelles, plus ou moins directes, sont intervenues depuis (v. ss 341 s.). Il n'est pas exclu que de nouvelles modifications surviennent, pour régler les difficultés juridiques et répondre au besoin constant de réforme.

Alors même qu'il apparaît avant tout comme la réponse du législateur aux souhaits d'associations d'homosexuel(le)s, le pacte civil de solidarité n'est pas réservé aux couples homosexuels et offre à tous les couples une troisième voie, entre mariage et concubinage. Après des débuts incertains[15], il semble aujourd'hui rencontrer un grand succès[16] : 1 198 000

---

[11] JCP 1990. II. 21553, RTD CIV. 1990. 53

[12] Civ. 3e, 17 déc. 1997. Bull. civ. ni. n° 225 : «le concubinage ne pjeu)t résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme».

[13] Proposition de « partenariat civil » déposée au Sénat en juin 1990, d'« union civile » enregistrée à l'Assemblée nationale en novembre 1992, de « contrat d'union sociale » déposée au Parlement en septembre 1995, de «contrat d'union civile et sociale» déposée en juin 1997...

[14] N. Molfessis JCP N 2000. 270.

[15] Après les 23 718 pactes enregistrés en 2000, il n'y en a eu que 19 802 en 2001, ce qui était peu comparé aux 303 500 mariages célébrés à la même époque.

pacs ont été recensés depuis 1999[17] et *l'augmentation du nombre de pacs conclus chaque année* semble constante (au moins jusqu'en 2010) : 22 271 en 2000, 60 462 en 2005, 77 347 en 2006, 101 999 en 2007, 205 558 en 2010[18], 164 000 en moyenne entre 2011 et 2014, 192 000 en 2016, 209 000 en 2018. Début 2011, sur les 32 millions de personnes majeures déclarant être en couple en France métropolitaine, 1,4 million étaient pacsées. En outre, alors que 42 % des pacs étaient conclus entre homosexuels la première année, 93 % d'entre eux ont concerné des *couples hétérosexuels* en 2006, et même 95,5 % en 2010. En 2016, sur les 192 000 nouveaux pacs, seuls 7 000 étaient conclus entre personnes de même sexe. Dans le même temps, sur les 198 000 personnes qui disaient vivre en couple avec une personne de même sexe (dont 116 000 couples d'hommes et 82 000 couples de femmes), 43 % étaient pacsées (47 % des couples d'hommes et 38 % des couples de femmes).

Le pacs est enfin un statut surtout choisi par les classes sociales intellectuelles : 25 % des pacsés sont cadres. Il est encore un peu tôt pour apprécier la stabilité de ce nouveau statut : on sait qu'entre 1999 et 2007, plus de 38 000 pacs ont été rompus, soit 14 % du total des pacs conclus dans la même période ; on sait aussi que depuis 2006, le nombre de dissolutions enregistrées au tribunal est en constante augmentation (9 583 en 2006 ; 22 783 en 2007 ; 23 448 en 2008 ; 26 860 en 2009 ; 34 652 en 2010 ; 47 298 en 2012, dont 18 017 ruptures par mariage ; 31 800 ruptures en 2015).

[18] Rapportés au nombre de mariages célébrés, les chiffres sont assez significatifs : en 2000, 5 pacs étaient conclus pour 100 mariages ; il y en avait 25 pour 100