

Recueil Dalloz 2006 p. 1414

Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité

Jean-Jacques Lemouland, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur du Master Droit notarial

Daniel Vigneau, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur du Master Droit notarial

L'essentiel

Le bilan démographique 2005 publié par l'INSEE (n° 1059, janv. 2006) révèle que le nombre des mariages, qui diminuait après avoir atteint son apogée en 2000 (305 385) s'est stabilisé par rapport à 2004 (278 000). De son côté, le nombre de PACS continue de croître (40 000 en 2004, soit 27 % de plus qu'en 2003), mais le nombre des dissolutions également (12 % des PACS conclus depuis 1999 ont été dissous). Au cours des derniers mois, le droit n'a pas été insensible à cette évolution. Tout en essayant de préserver ce qui paraît constituer l'essence du mariage, la jurisprudence et les projets de réforme témoignent d'une attention croissante à l'égard des autres formes de vie en couple.

I - Mariage

A - Notion - Différence de sexe des futurs époux

Mariage homosexuel. Acte 1, scène 2. La Cour d'appel de Bordeaux confirme sans détour le jugement rendu l'année précédente par le tribunal de grande instance de cette même ville (TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, D. 2004, Jur. p. 2392, note E. Agostini, et Somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; AJ Famille 2004, p. 407, obs. L. Attuel-Mendès ; RTD civ. 2004, p. 719, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2004, comm. n° 166, obs. M. Azavant) en affirmant que la différence de sexe est une condition de l'existence du mariage (**CA Bordeaux, 6e ch. civ., 19 avr. 2005, n° 04/04683**, D. 2005, Jur. p. 1687, note E. Agostini ; RTD civ. 2005, p. 574, obs. J. Hauser). La décision est fortement argumentée, tant au regard du droit interne que du droit européen, se risquant même, *in fine*, à un développement prospectif sur ce que pourraient être les conséquences d'une solution différente. Il est inutile de reprendre le détail de l'argumentation (sur laquelle, V. M. Azavant, Dr. fam. 2005, comm. n° 124). La solution est approuvée par l'ensemble de la doctrine juridique. Et autant dire une fois pour toutes qu'il faut une certaine dose de malhonnêteté pour prétendre qu'il pourrait en être autrement au regard du droit positif français. Du côté du juge européen, comme d'habitude, davantage de supputations sont permises. Certains espèrent qu'il acceptera de rompre avec la conception traditionnelle du mariage à laquelle il est longtemps resté attaché ; mais pour l'instant, rien ne laisse augurer qu'il ne reconnaitra pas aux Etats membres une marge d'appréciation sur cette question délicate (sur ce point, M. Levinet, La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, RTDH 2004, p. 889).

La balle est déjà dans le camp du législateur. Plusieurs propositions de lois ont été déposées tendant à créer un droit au mariage pour les personnes de même sexe (Doc. Sénat, 8 nov. 2005, n° 68 ; Doc. AN, 9 nov. 2005, n° 2638). Ces propositions sont d'ailleurs assez timides et plutôt mal rédigées puisqu'elles s'efforcent de traquer dans le code civil, pour les faire disparaître, toutes les traces résiduelles de ce qui pourrait apparaître comme une distinction en fonction du sexe. On est loin de l'audace du législateur espagnol qui, de façon plus radicale, a ajouté dans l'article 44 du *codigo* civil un alinéa disposant que : « *Le mariage est*

soumis aux mêmes conditions et emporte les mêmes effets que les deux conjoints soient de même sexe ou de sexe différent » (Ley 13/2005 de 1 de julio, BOE n° 157, 11364) (V. F. Cadet, La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1er et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution, Dr. fam. 2005, étude n° 25).

De là viendront sûrement les difficultés prochaines pour les notaires d'abord et pour les juges ensuite. L'admission du mariage homosexuel par plusieurs législations européennes va soulever très vite des difficultés sérieuses du point de vue du droit international privé (F. Brulé-Gadioux et E. Lamothe, Le mariage homosexuel en Europe, Defrénois 2005, p. 647 ; H. Fulchiron, Le mariage à l'heure espagnole, Dr. fam. 2006, focus n° 51). On aurait pu penser que l'ordre public ferait obstacle à ce que de tels mariages produisent des effets en France (E. Fongaro, Retour sur les effets en France d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger, JCP N 2005, p. 794). Mais une réponse ministérielle récente laisse entrevoir d'autres perspectives (Rép. min., n° 41533, JOAN Q 26 juill. 2005, p. 7437). Tout en réservant l'appréciation souveraine des tribunaux au regard de l'ordre public, la réponse estime que la validité de tels mariages doit être examinée, éventuellement de façon distributive (!) en fonction de la loi personnelle des intéressés. Elle ajoute que les effets personnels du mariage (adoption, filiation) (!) devraient être soumis à la loi du pays du mariage, tandis que les effets patrimoniaux seraient soumis aux règles régissant les régimes matrimoniaux en droit international privé. La loi française pourrait également être applicable en cas de divorce. Et en matière de succession, la loi applicable serait la loi du dernier domicile du défunt pour les meubles et celle du lieu de situation pour les immeubles. Toutes solutions que la réponse prétend tirer « des rattachements classiques du droit international privé ». Même si l'on ferme les yeux sur des erreurs que certains qualifient aimablement « d'erreurs de plume » (obs. E. Fongaro, Dr. fam. 2005, comm. n° 255), cette réponse ministérielle laisse entrevoir les multiples problèmes épineux que vont devoir très vite résoudre les praticiens dans un contexte de libre circulation des personnes.

B - Conditions de formation du mariage et sanctions

1 - Age légal et autorisations à mariage

La loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (**L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006**, JO 5 avr.) modifie l'article 144 du code civil pour unifier à 18 ans, pour les filles comme pour les garçons, l'âge requis pour pouvoir contracter mariage. On sait que cet âge était auparavant fixé à 15 ans pour les filles et 18 ans pour les garçons. Motivée par le souci de lutter contre les mariages forcés des jeunes filles, soupçonnés de cacher, parfois, des mariages de complaisance, cette réforme peut aussi se réclamer du courant égalitaire qui inspire depuis quelques décennies le droit de la famille. En outre, elle tient compte du constat qui a pu être fait sur le plan sociologique de ce que le mariage intervient généralement, aujourd'hui, à un âge plus tardif qu'autrefois. Pour se marier avant 18 ans, il faudra donc solliciter une dispense auprès du procureur de la République (art. 145 c. civ.).

Le mariage des mineurs étant ainsi appelé à devenir plus rare, il n'aurait pas été inutile de songer à simplifier, par la même occasion, le système fort complexe des autorisations à mariage les concernant (art. 148 à 160 c. civ.). L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JO 5 juill. ; D. 2005, Lég. p. 1925) fait un pas en ce sens. Tirant les conséquences de l'unification des filiations, elle abroge l'article 158 du code civil qui prévoyait pour l'autorisation à mariage des enfants naturels mineurs des dispositions particulières dont le contenu était déjà largement calqué sur celles applicables aux enfants légitimes, du moins lorsque la filiation naturelle avait été établie par reconnaissance. En outre, l'ordonnance précitée abroge l'article 159, alinéa 2, du code civil qui visait le cas de l'enfant naturel n'ayant pas été reconnu ou dont les père et mère étaient décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté et donnait dans ce cas au conseil de famille le pouvoir d'autoriser le mariage. Désormais, et dans tous les cas, si les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplaceront (art. 150 c. civ.). Et s'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, le conseil de famille sera appelé à donner son autorisation (art. 159, al. 1er, c. civ.).

2 - Consentement réel des futurs époux a - *Mariages fictifs*

La progression, très nette depuis 1997, des mariages comportant au moins un époux de nationalité étrangère, semble s'être interrompue en 2004. Néanmoins, ces unions représentent 20 % du nombre des mariages (rapport INSEE, préc. ; dans le même temps le nombre de déclarations acquiescentes de la nationalité française souscrites à raison du mariage est passé de 26 056 en 2000 à 33 136 en 2004, Rép. min., n° 11659, JO 8 mars 2005). Et le soupçon qui pèse sur elles de n'être souvent que des unions de complaisance destinées à atteindre des objectifs liés à la condition des étrangers s'est renforcé au fil des années.

Il n'est donc pas étonnant de voir se développer, dans le même temps, un contentieux abondant autour de demandes de nullité introduites, le plus souvent, par le ministère public à l'encontre de tels mariages. En témoigne à nouveau un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2005 dans une affaire où le procureur de la République avait engagé une action en nullité à l'encontre d'un mariage (célébré en France) entre un ressortissant Tunisien et une Française (**Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, n° 03-18.209**, RTD civ. 2006, p. 92, obs. J. Hauser). L'action était fondée sur les articles 146, 184 et 190 du code civil, c'est-à-dire sur le défaut de consentement et les textes qui autorisent le ministère public à agir en nullité sur ce fondement. Le défendeur objectait que la demande de nullité était en réalité fondée sur la fraude et qu'elle était soumise au délai de prescription d'un an prévu par l'article 190-1 du code civil. Le pourvoi est rejeté. La Cour de cassation relève que l'action exercée par le parquet étant fondée sur l'article 146 du code civil, elle n'était nullement soumise à un délai de prescription d'un an. Cela ne souffre aucune discussion. Et l'on sait d'ailleurs que la nullité pour fraude inscrite par une loi n° 93-1027 du 24 août 1993 (D. 1993, Lég. p. 485) à l'article 190-1 et assortie de ce délai de prescription particulier d'un an a été abrogé par une loi n° 2003-119 du 26 novembre 2003 (D. 2003, Lég. p. 3012) en raison des multiples interrogations qu'elle soulevait (V. Larribau-Terneyre, obs. sous CA Amiens, 9 mars 2005, Dr. fam. 2005, comm. n° 236). La Cour de cassation, de façon tout aussi attendue et habituelle, se retranche par ailleurs derrière le pouvoir d'appréciation des juges du fond pour en déduire que ces derniers ont pu, en l'espèce, au regard de l'ensemble des éléments de preuve, prononcer la nullité du mariage pour défaut de consentement (certains ont émis le souhait que la Haute juridiction exerce un contrôle plus précis sur ce point, F. Boulanger, note sous CA Paris, 13 janv. 2005, JCP 2005, II, 10068). Cependant, tel n'est pas toujours le résultat final, les juges du fond restant très attentifs à ne pas inverser la charge de la preuve du défaut d'intention matrimoniale (en faveur de la nullité, CA Paris, 20 oct. 2005, n° 2004/10793, inédit ; mais refusant de prononcer la nullité, CA Toulouse, 28 sept. 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 46, obs. V. Larribau-Terneyre ; CA Paris, 17 nov. 2005, n° 05/05099, inédit ; 23 févr. 2006, n° 05/11208, inédit).

Dans le même temps, le dispositif de lutte contre les mariages de complaisance a également abouti à une augmentation des signalements de la part des officiers de l'état civil vis-à-vis du parquet et des oppositions à mariage formées par ce dernier. Mais la procédure est réglementée de façon minutieuse et les délais sont rigoureux. Les officiers de l'état civil autant que le parquet doivent y être attentifs sous peine de voir leur démarche entachée d'irrégularité (CA Paris, 16 nov. 2005, n° 05/18118, qui estime que le maire commet un trouble manifestement illicite en refusant de célébrer le mariage, procédant à l'audition des époux et à un second signalement après que le ministère public ait notifié sa décision de ne pas s'opposer au mariage). Par ailleurs, on peut se demander si cet engouement relativement récent pour la procédure d'opposition à mariage, dont il faut quand même rappeler qu'elle avait failli disparaître par désuétude, n'est pas parfois quelque peu excessif. Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Versailles, l'opposition était fondée sur l'article 146 et le défaut d'intention réelle des futurs époux dont l'un était un transsexuel ayant obtenu la modification de son sexe à l'état civil mais qui affichait néanmoins sa volonté de se marier en femme (**CA Versailles, 1re ch., 8 juill. 2005, n° 6680/05**, D. 2006, Jur. p. 772, note V. Bonnet ; AJ Famille 2005, p. 322, obs. P. Guez ; RTD civ. 2006, p. 93, obs. J. Hauser). La cour rejette la demande de mainlevée de l'opposition en estimant que l'intention matrimoniale n'était pas conforme à celle qu'induit l'institution matrimoniale et que les futurs époux entendaient s'unir

en tant que femmes pour contrevenir à la prohibition du mariage entre personnes de même sexe. Pourtant, le mariage projeté concernait bien des personnes qui, à l'état civil, étaient de sexe différent et l'on sait que la liberté du mariage du transsexuel a été consacrée récemment par la Cour européenne des droits de l'homme. Le ministère public et les juges du fond prennent quelques risques à vouloir utiliser ainsi, tous azimuts, la procédure d'opposition pour défaut de consentement.

D'autant qu'en dépit des moyens mis en oeuvre, le développement des mariages fictifs ne semble pas véritablement avoir été enrayé. Le nombre des réponses ministérielles récentes sur le sujet témoigne de la préoccupation des pouvoirs publics (au cours de l'année 2003, 1 085 dossiers ont été adressés au procureur de la République de Nantes par les postes diplomatiques pour lui signaler des mariages suspects, Rép. min., n° 51767, JOAN Q 15 févr. 2005 ; à propos de l'invitation faite aux parquets de se rapprocher des JAF pour tenter de déceler les mariages fictifs... dans les procédures de divorce, Rép. min., n° 60913, JOAN 7 juin 2005 ; à propos des mariages célébrés devant les autorités diplomatiques et consulaires, Rép. min., n° 18475, JO Sénat Q 15 déc. 2005). D'autres dispositions sont donc envisagées pour renforcer encore davantage la prévention à l'encontre de ces unions. Un projet de loi relatif au contrôle de la validité des mariages se propose de renforcer les contrôles aussi bien à l'égard des mariages célébrés en France que de ceux célébrés à l'étranger. Pour les mariages célébrés en France, la composition du dossier de mariage serait précisée et l'audition des futurs époux serait facilitée (celle d'un mineur devant se faire hors la présence de ses représentants légaux ou de son futur conjoint) ; en outre, l'opposition du ministère public ne serait plus susceptible de caducité et ne cesserait de produire effet que sur décision judiciaire (à l'heure actuelle, toute opposition cesse de produire effet après un délai d'un an, art. 176 c. civ.). Pour les mariages célébrés à l'étranger, un nouveau chapitre serait inséré dans le code civil (en remplacement des art. 170 et 170-1). L'accomplissement des démarches nécessaires auprès des autorités diplomatiques ou consulaires permettrait la délivrance d'un certificat de capacité à mariage ou pourrait, au contraire, provoquer une opposition du ministère public. Si le mariage est célébré en dépit de cette opposition, il ne pourra être transcrit sur les registres de l'état civil français (sauf pour les époux à obtenir mainlevée judiciaire de l'opposition). Si le mariage a été célébré sans certificat de capacité, la demande de transcription donnera lieu à une audition obligatoire des époux de façon à surseoir à la transcription et à permettre au ministère public de demander éventuellement la nullité du mariage. Un décret n° 2005-170 du 23 février 2005 (JO 25 févr. ; D. 2005, Lég. p. 630) a ajouté un article 1056-1 au nouveau code de procédure civile pour préciser que le procureur de la République du lieu où est établi le service central du ministère des Affaires étrangères est territorialement compétent pour se prononcer sur la transcription d'un mariage célébré à l'étranger ou pour en poursuivre l'annulation.

Il sera difficile de multiplier les mesures préventives au-delà d'un certain seuil. D'aucuns ont beau prétendre que la liberté du mariage n'est plus ce qu'elle était (X. Labbé, note sous TGI Lille, 21 sept. 2005, D. 2006, Jur. p. 709), le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme restent attentifs à sa protection. Un jour ou l'autre, il faudra donc engager le véritable débat, celui qui porte sur les effets découlant du mariage du point de vue de la nationalité et de la condition des étrangers (obs. J. Hauser, RTD civ. 2005, p. 367). S'agissant de la nationalité, une étude comparée des droits européens révèle que la position de la France, en la matière, se situe à mi-chemin entre des législations dans lesquelles la naturalisation du conjoint étranger est de droit et celles dans lesquelles le conjoint doit satisfaire aux mêmes conditions que les autres étrangers pour obtenir la nationalité du pays (la durée de séjour exigée étant cependant généralement plus courte) (www.senat.fr, Etude de législation comparée, n° 155, janv. 2006). Jusqu'à présent, le législateur français s'est contenté de jouer au yo-yo avec les délais dans lesquels le mariage est susceptible de produire différentes conséquences. Mais il faudra bien poser un jour certaines questions de principe.

b - Mariage in extremis

Il n'y a pas, en droit français, d'empêchement à mariage tenant à l'âge avancé ou à l'état de santé des futurs époux. Un mariage peut donc parfaitement être célébré alors que l'un des

époux est sur le point de mourir. De tels mariages, autrefois prohibés, de peur qu'ils ne couvrent des unions clandestines, ne sont pas interdits par les textes actuels. Mais il n'est pas rare qu'ils donnent lieu, ensuite, à des actions en nullité fondées sur l'article 146 du code civil et sur l'absence de consentement lucide du mourant (ce type de mariage peut aussi soulever d'autres difficultés lorsqu'il a été célébré hors mairie ; sur les formes qui doivent alors être observées V., art. 75, al. 2, c. civ.).

Tel était le cas dans une affaire où le père du mari demandait la nullité du mariage contracté par son fils au domicile de ses oncle et tante, avec l'autorisation du procureur de la République, deux jours avant sa mort alors qu'il se trouvait en phase terminale d'une maladie (**Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 02-19.398**, AJ Famille 2006, p. 112, obs. F. Chénéde). Il faut dire que le lendemain du mariage et la veille de sa mort, le mari avait fait donation à son épouse, qui était sa compagne depuis quatre ans, de l'intégralité de ses biens. Rejetant la demande de nullité et le pourvoi, la Cour de cassation se retranche derrière le pouvoir d'appréciation des juges du fond pour conclure que le père ne rapportait pas la preuve d'une absence de consentement de la part de son fils. Les juges du fond avaient relevé que tous les témoins avaient interprété le rôle émis par le futur époux au moment où l'officier de l'état civil lui posait la question du consentement comme l'expression de sa volonté de se marier. D'ailleurs, il avait exprimé cette volonté auparavant et à plusieurs reprises devant le personnel soignant de l'hôpital.

Cette affaire en rappelle en tous points une autre dans laquelle la Cour de cassation avait statué de façon identique (Cass. 1re civ., 22 janv. 1968, JCP 1968, II, 15442, note R. L.). Sans surprise, l'arrêt s'appuie sur le principe selon lequel il appartient à celui qui invoque le défaut de consentement au mariage d'en rapporter la preuve (Cass. 1re civ., 2 déc. 1992, D. 1993, Jur. p. 409, note F. Boulanger ; RTD civ. 1993, p. 328, obs. J. Hauser). L'appréciation des éléments de preuve relevant du pouvoir souverain des juges du fond, il n'est pas étonnant que les actions en nullité dirigées contre des mariages *in extremis* connaissent des issues variables. Mais il semble tout de même qu'elles aboutissent assez rarement, les juges du fond ne se laissant pas aisément convaincre du défaut de consentement dès lors que, même si un « oui » n'a pas été clairement exprimé, des signes manifestés lors de la célébration ou des éléments antérieurs à celle-ci laissent à penser que la volonté du mourant était certaine (en ce sens, outre l'arrêt Cass. 1re civ., 22 janv. 1968, préc. ; CA Paris, 3 mars 1998, inédit ; TGI Paris, 10 sept. 1996, RTD civ. 1996, p. 881, obs. J. Hauser ; mais dans un sens différent, CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1996, Dr. fam. 1996, comm. n° 17, obs. H. Lécuyer). En effet, par tradition, notre droit n'est guère formaliste quant à l'expression du consentement dans les actes juridiques : peu importent les modalités, il suffit que le consentement ait été extériorisé (sur ce point, M. Lamarche et J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz, v° Mariage*, n° 45 s.). On pourrait s'étonner davantage de la considération accordée à des faits antérieurs à la célébration. Mais la Haute juridiction a déjà admis dans d'autres circonstances que les juges du fond puissent forger leur appréciation de l'existence ou du défaut de consentement au moment de la célébration à partir de tels éléments (Cass. 1re civ., 28 mai 1980, JCP 1981, II, 19552, obs. G. Raymond). Certes, les libéralités qui accompagnent souvent les mariages *in extremis* en ternissent l'image et font peser (là encore) bien des soupçons sur les intentions réelles des époux. D'autant que, par hypothèse, la suite ne permettra jamais de vérifier la réalité de ces intentions. Mais la liberté du mariage et la liberté tout court valent peut-être la peine qu'on laisse à ceux qui se marient *in extremis* le bénéfice du doute.

c - Mariage posthume

Le mariage posthume (art. 171 c. civ.), plus encore que le mariage *in extremis*, a été l'objet de vives critiques de la part de la doctrine au cours des dernières années (V. en dernier lieu, I. Corpart, Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée, JCP N 2004, 1328). Pourtant, ce mariage est plus souvent motivé par des raisons personnelles que par des considérations matérielles. Mais il semble précisément que ce soit ce qui l'ait rendu suspect dans une société où toute chose doit avoir une utilité. Quel étrange mariage que celui qui n'a pas pour objet d'établir une communauté de vie (sur cette conception du mariage, A. Sériaux, Une définition civile du mariage (prière d'insérer), D. 2005, Chron. p. 1966). Le mariage posthume a souffert aussi de l'abandon de compétence consenti par le juge judiciaire au profit

du Président de la République. On sait que, selon la Cour de cassation, il appartient au Président de la République d'apprécier de façon discrétionnaire l'existence et la gravité des motifs pouvant justifier un mariage posthume. Il lui appartient également de vérifier si les formalités officielles accomplies par les futurs époux étaient de nature à marquer sans équivoque leur consentement, le juge judiciaire conservant seulement le pouvoir de vérifier l'existence de ces formalités (Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1989, D. 1990, Jur. p. 225, note J. Hauser).

On en avait peut-être déduit un peu vite que ce pouvoir conféré au Président de la République excluait tout débat sur la réalité du consentement et que l'autorisation donnée par le Chef de l'Etat dispenserait de toute exigence supplémentaire concernant ce consentement. Un nouvel arrêt de la Cour de cassation vient démentir ce pronostic (**Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175**, D. 2006, IR p. 747 ; AJ Famille 2006, p. 206, obs. F. Chénéde). Dans une affaire où le Président de la République avait autorisé le mariage posthume après le décès du mari, une autre femme réclamait l'annulation de ce mariage après avoir fait juger, par ailleurs, que le mari en question était le père de ses deux enfants, nés quelques mois avant le décès. La cour d'appel avait rejeté la demande de nullité en affirmant qu'elle n'avait pas à se prononcer sur le problème du consentement et qu'elle ne pouvait que constater l'existence d'une formalité officielle marquant ce consentement (CA Grenoble, 5 sept. 2001, Dr. fam. 2002, comm. n° 139, obs. H. L.). L'arrêt est cassé, la Haute juridiction estimant que les juges d'appel ont violé les articles 146 et 171 du code civil et méconnu l'étendue de leurs pouvoirs en ne vérifiant pas si le consentement avait bien persisté jusqu'au décès.

De façon habile, sans revenir apparemment sur sa jurisprudence antérieure (en ce sens, note V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2006, comm. n° 79), la Cour de cassation lui apporte ainsi une précision importante qui restitue en partie au juge judiciaire sa compétence naturelle au regard du consentement matrimonial. Pouvait-il raisonnablement en être autrement ? Comment imaginer que les formalités officielles accomplies avant la célébration puissent constituer une abdication définitive de volonté ? Au regard de la conception traditionnelle du consentement matrimonial, la réponse ne faisait guère de doute. La question s'est posée en des termes à peu près identiques pour le mariage par procuration et les juridictions ont admis, évidemment, que l'époux ayant donné procuration puisse rétracter ce consentement jusqu'à la célébration (T. civ. Nancy, 25 nov. 1943, JCP 1944, II, 2674, obs. H. Desbois). Pour autant, la Cour de cassation en avait-elle parfaitement conscience lorsqu'elle a adopté la position que l'on sait sur les compétences respectives du Président de la République et du juge judiciaire. C'est peu probable. Et sans le dire, la présente décision opère bien tout de même un revirement de jurisprudence. Car il lui sera difficile, désormais, d'approuver avec autant de désinvolture la mainlevée d'une opposition au mariage fondée sur un défaut de consentement, comme elle l'a fait dans une décision antérieure (Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1999, Bull. civ. I, n° 114 ; D. 1999, Somm. p. 372, obs. J.-J. Lemouland ; RTD civ. 1999, p. 606, obs. J. Hauser ; RJPF 1999/4, p. 14, obs. J. Vassaux). Le mariage posthume est sans doute un mariage symbolique, mais il ne saurait être un mariage fictif.

3 - Consentement non vicié des futurs époux

a - Liberté du consentement

Le projet de loi précité relatif au contrôle de la validité des mariages révèle que la préoccupation des mariages fictifs est souvent liée à celle des mariages forcés (V. égal., Rép. min., n° 53291 et n° 48906, JOAN Q, 1^{er} mars 2005). Cette association n'est sans doute pas dépourvue de tout fondement comme en témoigne la recrudescence de décisions dans lesquelles l'un des époux invoque un défaut de liberté alors que ce vice du consentement (art. 180, al. 1^{er}, c. civ.) était autrefois rarement invoqué devant les juridictions. Comme pour le défaut de consentement, le point délicat est celui de la preuve (CA Paris, 17 nov. 2005, n° 05/01127, inédit ; 17 nov. 2005, n° 05/05099, inédit ; mais V., tout de même dans le sens de la nullité, CA Colmar, 28 avr. 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 1, obs. V. Larribau-Terneyre).

Pour lutter contre ce phénomène qui fait renaître des peurs moyenâgeuses, la loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

(L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006, préc.) étend les dispositifs prévus à l'encontre des mariages de complaisance aux cas dans lesquels on peut soupçonner un vice du consentement (défaut de liberté... mais également erreur (?), puisque les textes renvoient à l'ensemble de l'art. 180 c. civ.). Si l'officier de l'état civil estime que le consentement de l'un des époux est susceptible d'être vicié, il pourra procéder à une audition (art. 63 et 170, al. 4, c. civ.) et saisir le procureur de la République (art. 175-2, al. 1er, c. civ.) lequel pourra ordonner un sursis à la célébration, voire former opposition au mariage (y compris dans le cas d'erreur ? pourtant, le ministère public ne peut former opposition à mariage que dans les cas où il peut demander la nullité, art. 175-1 c. civ. ; or, seul l'art. 180, al. 1er, a été modifié pour ouvrir au ministère public le droit d'agir en nullité pour défaut de liberté, V. *infra* ; sans doute a-t-il échappé aux rédacteurs du texte que l'art. 180 ne visait pas uniquement le défaut de liberté mais également l'erreur). En outre, les conditions de réalisation de l'audition sont facilitées, que ce soit en France ou à l'étranger (art. 63 et 170 c. civ.).

b - Erreur sur les qualités essentielles

Les arrêts de la Cour de cassation sont rares en la matière. On ne manquera donc pas de relever l'arrêt rendu par la Haute juridiction dans une affaire où la femme demandait la nullité du mariage en soutenant avoir découvert, le soir de son mariage, que son mari entretenait une liaison avec une femme mariée (**Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, n° 02-21.259**, D. 2006, IR p. 100 ; AJ Famille 2006, p. 75, obs. F. Chénéde). Les juges du fond l'ont déboutée de sa demande et la Cour de cassation rejette le pourvoi. Se retranchant derrière le pouvoir d'appréciation des juges du fond, elle constate qu'il n'était pas démontré que le mari ait eu l'intention de poursuivre sa liaison après le mariage et elle approuve la cour d'appel d'en avoir déduit que le fait pour le mari d'avoir caché sa relation ne constituait pas une tromperie sur les qualités essentielles. Par ailleurs, elle constate qu'il n'était pas établi que les convictions religieuses de l'épouse l'auraient conduite à ne pas contracter mariage si elle avait eu connaissance de la liaison de son mari dans la mesure où celui-ci aspirait à une union durable.

Cette décision rappelle, en filigrane, les deux conditions nécessaires pour que l'erreur sur les qualités essentielles soit cause de nullité du mariage. D'une part, il faut que l'erreur ait porté sur une qualité pouvant être objectivement considérée comme essentielle. S'agissant de l'erreur qui était ici invoquée et qui portait, en substance, sur les sentiments du futur conjoint, la jurisprudence est difficile à cerner. Il est arrivé que les juridictions de fond prononcent la nullité d'un mariage en raison de l'erreur de l'un des époux à l'égard d'une liaison antérieure de son futur conjoint (TGI Le Mans, 7 déc. 1981, JCP 1986, II, 20573, obs. J.-J. Lemouland ; TGI Paris, 7 mai 1996, RTD civ. 1996, p. 583, obs. J. Hauser ; CA Dijon, 5 sept. 2000, Bull. inf. C. cass., 15 avr. 2001, n° 439 ; CA Rennes, 11 déc. 2000, RTD civ. 2001, p. 855, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2001, comm. n° 67, obs. H. Lécuyer). Mais encore faut-il, d'autre part, que l'erreur ait été subjectivement déterminante du consentement, c'est-à-dire telle que si l'époux ignorant avait connu la vérité, il ne se serait pas marié. Et les juges du fond ne se laissent pas forcément persuader, en dépit même des convictions religieuses de l'époux ignorant, qu'il ne se serait pas marié s'il avait connu la vérité (CA Paris, 20 déc. 2001, Dr. fam. 2002, comm. n° 40, obs. H. Lécuyer). En l'espèce, il est surprenant que la tromperie dont le mari semblait s'être rendu coupable jusqu'au moment du mariage n'ait pas été retenue comme élément de preuve de ce caractère subjectivement déterminant de l'erreur. Pourquoi aurait-il caché si tard cette liaison si le fait de la révéler n'aurait eu aucune influence ? Mais au-delà de circonstances qu'il est difficile d'apprécier et qui n'entraient pas dans le champ de compétence de la Cour de cassation, cet arrêt est très révélateur de la confusion progressive qui s'est instaurée dans la jurisprudence entre la nullité du mariage et sa dissolution. Car, en définitive, que ce soit pour fixer le critère des qualités essentielles ou pour apprécier le caractère déterminant de l'erreur, la Cour de cassation se fonde essentiellement sur le fait que la perspective d'une vie commune demeurerait possible en raison des intentions du mari de ne pas poursuivre sa liaison au-delà du mariage (en ce sens, égal., obs. V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2006, comm. n° 22). Ce n'est guère conforme à la définition de la nullité, sanction de l'inobservation des conditions de formation d'un acte juridique. Et cela donne la désagréable impression que, aujourd'hui encore, Loysel aurait raison : « En mariage, il trompe qui peut ».

4 - Absence d'empêchement tenant à la parenté

C'est ici un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui retient d'abord l'attention (13 sept. 2005, req. n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, RTD civ. 2005, p. 735, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 758, obs. J. Hauser). Dans une affaire mettant en cause le Royaume-Uni, deux requérants, beau-père et belle-fille, se sont plaints de ne pouvoir se marier en raison de l'empêchement à mariage entre alliés que prévoit la législation anglaise. La Cour considère qu'un tel empêchement, bien que poursuivant un but légitime de protection de l'intégrité de la famille, constitue une atteinte excessive au droit au mariage et viole l'article 12 de la Convention européenne. Elle se fonde sur le fait qu'un tel empêchement ne fait pas obstacle à ce que des relations incestueuses puissent se nouer en fait et qu'aucune disposition pénale ne vient sanctionner les relations extraconjugales entre alliés. En outre, ajoute-t-elle, l'empêchement en cause n'est pas une prohibition absolue et peut faire l'objet d'une dispense. Cette décision ne peut laisser la France indifférente puisque notre droit prévoit aussi un empêchement à mariage entre alliés dans la même ligne (art. 161 c. civ., modifié ainsi que les art. 162 et 163 par l'Ord. n° 2005-759 relative à la filiation pour faire disparaître la référence à la filiation « légitime ou naturelle »), cet empêchement étant néanmoins susceptible de dispense de la part du Président de la République lorsque la personne qui créait l'alliance est décédée (mais non en cas de divorce) (art. 164, 1°, c. civ.). Nous ne voyons pas, à la lecture de l'arrêt, ce qui pourrait éviter à la France d'encourir la même sanction que celle prononcée contre le Royaume-Uni.

La décision de la Cour européenne n'est pas vraiment une surprise. Elle s'inscrit dans la ligne d'un rétrécissement progressif mais constant des empêchements à mariage fondés sur la parenté, phénomène qui a touché, depuis plusieurs décennies, toutes les législations européennes. Il suffit de se reporter à l'évolution du droit français, spécialement en ce qui concerne le mariage entre alliés en ligne collatérale. Pour n'être pas surpris, on peut néanmoins s'en émouvoir. Les empêchements à mariage ont des implications qui dépassent largement le couple ; ils touchent également aux liens de filiation et participent à la définition même de la famille (sur ce point, obs. A. Gouttenoire et M. Lamarche, *Dr. fam.* 2005, comm. n° 234). Bien au-delà, ils sont l'expression d'une règle de réciprocité et d'échange qui reflète une certaine conception de la vie en société. Et l'évolution des structures familiales justifierait certainement par endroit, non le rétrécissement auquel nous assistons, mais bien au contraire une extension de ces empêchements (V. en ce sens, la thèse de N. Glandier, *L'inceste en droit français contemporain*, Toulouse, 2005). Mais que valent encore ces considérations générales face à la satisfaction des droits individuels ?

Par ailleurs, pour la première fois, le Conseil d'Etat vient de se prononcer sur la question de savoir si la décision par laquelle le Président de la République statue sur une demande de dispense concernant un empêchement à mariage tenant à la parenté est susceptible de recours (**CE, 2e et 7e s.-sect. réun., 12 oct. 2005, req. n° 264446**, D. 2005, IR p. 2705 ; AJDA 2005, p. 2036 ; AJ Famille 2005, p. 451, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2006, p. 91, obs. J. Hauser). Le mariage projeté concernait en l'espèce un oncle et une nièce, mariage pour lequel l'article 163 du code civil prévoit un empêchement, mais auquel le Président de la République peut apporter une dispense pour cause grave (art. 164, 3°, c. civ.). Le Conseil d'Etat estime que, s'agissant d'une question d'état des personnes, celle-ci relève de la compétence des tribunaux civils. C'est une position de principe que la Haute juridiction administrative a déjà affirmée à plusieurs reprises sur d'autres sujets (CE, 15 mars 2002, req. n° 229642, *Mme El Iysaoui* ; 17 mai 2002, req. n° 240284, *Azoum*) et qui s'accorde avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., 28 juill. 1989, décis. n° 89-261 DC, D. 1990, Jur. p. 161, note X. Prétot ; AJDA 1989, p. 619, note J. Chevallier). Mais cela ne préjuge pas de la position qui sera adoptée par les juridictions judiciaires. La réticence de la Cour de cassation à se prononcer sur le bien-fondé de la décision du Président de la République dans le cadre d'un mariage posthume, même si elle vient d'être tempérée (V. *supra*, Cass. 1re civ., 28 févr. 2006), laisse à penser que le renvoi souhaité par le Conseil d'Etat pourrait bien déboucher sur une voie sans issue. Il faut rappeler que depuis l'abrogation d'un arrêté du 20 prairial an XI, il n'y a plus de procédure légale de délivrance des dispenses pour les empêchements tenant à la parenté (V. M. Lamarche et J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Mariage*, n° 425 s.). Certains auteurs suggèrent de donner compétence au juge

judiciaire pour statuer directement sur les demandes de dispense pour cause de parenté (obs. V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2005, comm. n° 259). Sans doute serait-il opportun, de façon plus générale, de songer à revoir le régime des dispenses en matière de mariage. Il nous semble qu'un transfert opéré au profit du procureur de la République, comme cela a été fait pour les dispenses d'âge, pourrait également constituer une solution.

5 - Régime des nullités pour vice du consentement et défaut d'autorisation

Pour tenter de lutter plus efficacement contre le défaut de liberté matrimoniale, la loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006, préc.) modifie le régime de certains cas de nullité du mariage. L'article 180, alinéa 1er, est complété pour donner au ministère public le droit de demander la nullité du mariage pour défaut de liberté. Cela brouille quelque peu l'image de cette nullité habituellement qualifiée de relative et dont l'exercice était réservé à celui ou à ceux des époux dont le consentement n'a pas été libre, mais qui ne devient pas pour autant une nullité absolue puisqu'elle n'est pas ouverte à tout intéressé et que l'article 184 n'a pas été modifié. En outre l'article 180, alinéa 1er, est complété pour prévoir explicitement que « *l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux* » (est-ce à dire que la contrainte exercée sur un proche dans la perspective de forcer le consentement de l'un des époux ne constituerait pas une cause de nullité ?), « *y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage* ». On peut comprendre que le législateur ait ainsi voulu marquer la différence par rapport au droit commun des contrats (art. 1114 c. civ.) et mettre un terme à certaines hésitations plus doctrinales que jurisprudentielles sur le point de savoir si la crainte révérencielle pouvait ou non constituer une cause de nullité du mariage. Mais quel sera l'impact réel de cette disposition ? Les rédacteurs du texte ont pensé qu'elle pouvait avoir « un rôle pédagogique ». Mais sur le plan juridique, elle ne changera rien (en ce sens, égal., P. Murat, Dr. fam. 2006, repère n° 4). Car au bout du compte la preuve devra toujours être rapportée que le consentement a été vicié, point sur lequel les juges du fond conserveront une appréciation souveraine.

La loi du 4 avril 2006 (préc.) modifie les délais de prescription de l'action en nullité pour vice du consentement (art. 181 c. civ.) et pour défaut d'autorisation du représentant légal (art. 183 c. civ.). Ces délais sont portés à cinq ans à compter de la célébration du mariage ou de la cessation du défaut de liberté ou de la découverte de l'erreur dans le premier cas, et cinq ans à compter de la connaissance du mariage par le représentant légal ou de l'atteinte de l'âge légal du mariage par celui qui devait obtenir l'autorisation dans le second cas. Ces délais étaient respectivement de six mois et un an auparavant. L'objectif a été sans doute de permettre de demander pendant plus longtemps la nullité d'un mariage forcé. Mais les caractères de la nullité s'en trouvent changés puisque la modification fait disparaître la possibilité que la nullité pour défaut de liberté ou erreur soit couverte par confirmation résultant d'une cohabitation continuée. Est-ce bien logique s'agissant de la nullité pour erreur ? Par ailleurs, la possibilité d'une confirmation expresse ou tacite a été maintenue pour la nullité encourue en cas de défaut d'autorisation. Autant dire qu'il va devenir difficile de qualifier les nullités du mariage en renvoyant à des catégories connues.

C - Effets du mariage - Devoirs et droits des époux

1 - Textes

a - *Rapports personnels*

La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 (préc.) renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs a ajouté à l'article 212 un « nouveau » devoir entre époux : celui du respect mutuel. Procédant d'une loi ayant pour objet, entre autres, d'aggraver la répression des faits de violences au sein du couple, on peut, semble-t-il, comprendre ce devoir entre époux comme signifiant que l'un ne doit pas violenter l'autre, notamment le frapper ou le violer. Il s'agit, en outre, d'un devoir auquel le couple sera sensibilisé dès le début de l'union puisque le jour de la célébration du mariage, l'officier d'état

civil fera, entre autres, lecture aux futurs époux de l'article 212 (surtout à l'intention du mari si l'on s'en tient aux statistiques). Pourtant, on aurait pu croire qu'un tel devoir était sous-entendu, même en mariage, puisque le devoir de ne pas nuire à autrui, notamment par des violences, est de portée absolument générale et gouverne toute personne dans notre société, comme en témoigne d'ailleurs le code pénal (au cas où l'on aurait quelques doutes). Dès lors, énoncer un tel devoir à propos du mariage, en le présentant comme un devoir inhérent à celui-ci, au même titre que la fidélité, l'assistance et le secours, n'est peut-être pas ce que le législateur a fait de mieux pour honorer l'institution, d'autant que la formulation de ce devoir n'a été envisagée que dans le seul article 212 alors que la loi nouvelle intéresse les violences au sein de tous les couples, y compris donc entre pacsés et concubins. Mais il est vrai que le PACS semble devoir être réformé dans le cadre du projet de loi relatif aux successions et aux libéralités (ci-dessous). Au point où l'on est parvenu, il n'est donc pas exclu que l'on songe à modifier, à cette occasion, l'article 515-4 pour y mentionner un devoir mutuel de respect entre partenaires (?). Pour les simples concubins, il faudra sans doute être plus patient (rapp. X. Labbé, note sous TGI Lille, 21 févr. 2006, D. 2006, Jur. p. 1350).

b - Rapports patrimoniaux

Fort d'une habilitation législative accordée en vue de simplifier le droit (L. n° 2004-1343 du 9 déc. 2004, art. 28), le gouvernement a pris, en 2005, diverses mesures en ce sens, dont certaines intéressent les couples mariés. C'est ainsi que, par une **ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005** (JO 7 mai, p. 7925 ; RTD com. 2005, p. 478 et p. 480, obs. B. Saintourens ; RTD civ. 2005, p. 652, obs. J. Rochfeld), quatre textes du code civil ont, entre autres, été retouchés pour simplifier, à l'intention des époux commerçants, le droit des régimes matrimoniaux. Désormais, une mention au registre du commerce et des sociétés n'est plus exigée, lorsque l'un des époux est commerçant lors du mariage ou le devient ultérieurement, pour déclarer le régime matrimonial et le changement de régime matrimonial (en application des art. 1394 et 1397 c. civ.), ou publier en cas d'élément d'extranéité, l'acte de désignation de la loi applicable au régime matrimonial (en application des art. 1397-2 à 1397-4 c. civ.), ou bien encore publier le jugement prononçant la séparation de biens (en application de l'art. 1443 c. civ.) (V., D. Montoux, Publicité du régime matrimonial des commerçants, incapacités d'exercice des professions commerciales : du nouveau, JCP N 2005, Actu. p. 951 ; P. Murat, La simplification (par abrogation) dans le droit des régimes matrimoniaux, Dr. fam., juill.-août 2005, p. 3 ; F. Vauvillé, RJPF 2005, n° 12, p. 15 ; J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *v° Régimes matrimoniaux, Rép. pr. civ. Dalloz*).

D'autres textes ont aussi intéressé l'activité professionnelle dans le couple, tout spécialement le couple marié. Dans le prolongement de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 (JO 5 août, p. 13449 ; D. 2003, Lég. p. 2055) qui avait déjà, entre autres, offert à l'entrepreneur individuel de protéger son logement principal en déclarant insaisissables ses droits sur celui-ci à l'égard des créanciers professionnels, des lois récentes ont résolument pris le parti de renforcer la protection du conjoint du chef d'entreprise. C'est ainsi que la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (JO 3 août, p. 12639) en faveur des petites et moyennes entreprises (PME) a prévu d'organiser, mais dans le code civil et dans une disposition générale (art. 1387-1 nouv.), la protection, lors du divorce, du conjoint collaborant à une entreprise contre les dettes professionnelles ou constitutives de sûretés, solidaires ou non, en accordant au juge le pouvoir d'en faire supporter la charge exclusive à l'époux conservant le patrimoine professionnel ou la qualification professionnelle ayant servi au fondement de l'entreprise. Cette nouvelle disposition a été cependant fort contestée en doctrine, notamment en raison de sa médiocre qualité rédactionnelle, de sa place dans le code civil, et surtout de ses conséquences sur la force obligatoire des conventions légalement formées et sur les droits des créanciers, portant ainsi gravement atteinte au droit des contrats, au droit crédit, et au crédit même du mariage (V. S. Piedelièvre, Le nouvel article 1387-1 du code civil, D. 2005, Point de vue p. 2138 ; F. Vauvillé, L'institutrice et l'artisan, RJPF 2005, n° 11, p. 20 ; V. Larribau-Terneyre, Le créancier se trouva fort dépourvu quand le divorce fut venu, Dr. fam. 2005, chron. n° 21 ; V. Brémond, Le nouveau régime des dettes professionnelles conjugales en cas de divorce, JCP N 2005, p. 2059 ; E. Blary-Clément, De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise, RJPF 2006/1, p. 6).

Dans un autre domaine, qui n'est d'ailleurs pas étranger à l'activité professionnelle des époux, et dans un souci analogue d'assurer la protection de l'un des époux contre certains engagements dangereux de l'autre, il convient de signaler la modification discrètement apportée à l'article 1422 du code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (JO 24 mars ; D. 2006, Lég. p. 1311). Au titre de ses dispositions diverses, l'article 50 de cette ordonnance complète l'article 1422 du code civil d'un deuxième alinéa précisant que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter un bien de la communauté à la garantie de la dette d'un tiers. Autrement dit, ce que l'on a pu appeler, selon une formule générique, le « cautionnement réel » devient, sous le régime de la communauté et de façon générale, un acte soumis à cogestion (ce qui, parfois, était déjà le cas dans le cadre de l'art. 1424 lorsque la sûreté réelle portait sur un immeuble, un fonds de commerce ou des droits sociaux non négociables dépendant de la communauté). Cette nouvelle disposition devrait du même coup contribuer à limiter, du moins sous l'angle des régimes matrimoniaux, l'incidence d'un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation (**Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210**, D. 2006, AJ p. 61, obs. V. Avena-Robardet, Jur. p. 729, concl. J. Sainte-Rose, et p. 733, note L. Aynès ; AJ Famille 2006, p. 113, obs. P. Hilt ; JCP N 2006, 1009, p. 35, note P. Simler ; Dr. fam. 2006, p. 10, note B. Beignier) qui exclut l'application de l'article 1415 à la sûreté réelle consentie par un époux pour garantir la dette d'un tiers au motif qu'une telle sûreté n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et qu'elle n'est pas, dès lors, un cautionnement (lequel ne se présume pas). Une telle sûreté ne pourra dans l'avenir être valablement constituée sur un bien commun par un époux que si l'autre y consent. A défaut, l'acte passé par un époux seul sera annulable sur le fondement de l'article 1427. C'est dire en pareille hypothèse que la question de l'application de l'article 1415 pour déterminer l'étendue du gage du créancier (communauté ou revenus de l'époux constituant) n'aura pas souvent l'occasion de se poser. On peut toutefois regretter que l'ordonnance du 23 mars 2006 ait inséré la nouvelle disposition dans l'article 1422 qui était jusqu'à présent consacré aux donations de biens communs. Le « cautionnement réel » n'a pas d'emblée un lien évident avec les libéralités. Une réécriture de l'article 1424 pour y inclure la nouvelle disposition n'aurait-elle pas été plus judicieuse ? On peut, en outre, s'interroger sur l'impact d'une telle mesure, ajoutée à d'autres (ci-dessus), sur le crédit des époux et des entreprises.

Pour revenir à la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, on notera également, cette fois dans un but de protection sociale et pour tenter de mettre un terme à la collaboration professionnelle inorganisée, l'obligation faite au conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale, qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle, d'opter pour l'un des trois statuts suivants : celui d'associé (si la forme ou la configuration de l'entreprise le permet évidemment) ; celui de salarié ; celui de conjoint collaborateur (S. Castagné, Le conjoint du chef d'entreprise après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, JCP N 2005, p. 2065 ; E. Blary-Clément, art. préc., p. 6). L'objectif social de ces dispositions est évidemment louable (et l'on peut ici mentionner en complément l'adoption de l'Ord. n° 2005-1528 du 8 déc. 2005 relative à la création du régime social des indépendants qui s'inscrit dans un mouvement général d'harmonisation des statuts des professionnels indépendants, commerçants, artisans et membres de professions libérales, JO 9 déc., p. 19019). Néanmoins, dans les faits, on ne pourra guère exclure totalement le risque que subsistent des cas dans lesquels l'entraide conjugale professionnelle restera inorganisée. Sur quelle base règlera-t-on alors les comptes en cas de mésentente dans le couple et de séparation ou de divorce (on songe surtout à la collaboration professionnelle entre époux séparés de biens) ? Tout dépendra bien sûr des circonstances propres à chaque espèce. Mais il sera peut-être plus difficile qu'aujourd'hui d'en appeler au droit commun, spécialement à une action fondée sur l'enrichissement sans cause, car imposer, en amont, au conjoint, le choix d'un statut professionnel risque fort, en l'absence d'exercice de ce choix, de le priver en aval d'une action *de in rem verso* dont l'une des caractéristiques est d'être subsidiaire. Une solution sera peut-être de découvrir dans les cas rebelles d'inorganisation professionnelle conjugale, à défaut de statut déclaré d'associé ou de conjoint collaborateur, l'existence d'une relation de travail non déclaré, requalifiable en contrat de travail, avec toutes les conséquences sociales et rémunératoires que l'on imagine, et même les conséquences pénales liées au recours au travail dissimulé (pour une illustration pénale de la qualification de travail dissimulé entre époux, à défaut de statut déclaré d'associé ou de collaborateur, V. Cass. crim., 22 oct. 2002, Defrénois 2004, art. 37893, note T. Léobon ; JCP 2003, II, 10176, note

Pompart). Le contrat de travail obligatoire (et rétroactif) serait-il, du moins dans le couple, un remède contre la précarité professionnelle ?

Par ailleurs, et dans un même mouvement, la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole (JO 6 janv., p. 229) a, pour sa part, procédé de la même façon que la loi du 2 août 2005 en faveur des PME à l'égard du conjoint du chef d'exploitation ou d'entreprise agricole exerçant sur l'exploitation ou au sein de l'entreprise une activité professionnelle régulière. Celui-ci doit opter pour l'une des qualités suivantes : collaborateur, salarié ou chef d'exploitation ou d'entreprise. Mais l'innovation de cette loi en matière agricole est peut-être, à la différence de la loi précédente, d'avoir ouvert ces statuts, du moins celui de collaborateur, et le caractère obligatoire du choix entre ces statuts, au partenaire d'un PACS. Ce n'est pas le seul emprunt législatif au mariage. D'autres s'annoncent avec le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités (V. ci-dessous).

2 - Jurisprudence

a - Solidarité légale pour dette ménagère

L'obligation solidaire des époux aux dettes ménagères constitue un motif récurrent de contentieux. La jurisprudence récente permet d'abord de rappeler une règle déjà consacrée à propos de l'article 220 du code civil, et dont on s'étonne qu'elle puisse encore être méconnue par certaines juridictions : la charge de la preuve pèse sur le créancier (V. déjà, Cass. 1re civ., 17 janv. 1990, Defrénois 1990, p. 553, obs. G. Champenois). C'est à lui d'établir l'objet ménager de la dette pour pouvoir bénéficier de la solidarité passive prévue par ce texte, et non à l'époux assigné d'établir le contraire pour échapper à cette solidarité. C'est ce que l'on retiendra d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 28 février 2006 (AJ Famille 2006, p. 212, obs. F. C.).

Ensuite, plusieurs arrêts rappellent l'importance, pour les juges du fond, de se prononcer sur la qualification ménagère de la dette, dans des domaines d'ailleurs variés. C'est ainsi, par exemple, qu'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu censurer une décision qui avait écarté la solidarité légale entre époux à propos de l'indemnisation due à une employée de maison licenciée, pour des raisons financières, par l'épouse en instance de divorce, sans rechercher si le contrat de travail n'avait pas un objet ménager au sens de l'article 220 (**Cass. soc., 8 juin 2005, n° 02-47.689**, D. 2005, Jur. p. 2509, note J. Mouly ; AJ Famille 2005, p. 324, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2005, p. 817, obs. B. Vareille). Etait-il si difficile d'établir devant les juges du fond le caractère ménager d'un contrat de travail d'employée de maison ?

Les emprunts constituent davantage un terrain de prédilection pour le contentieux de la qualification ménagère de la dette. Il est vrai qu'ils sont parfois contractés imprudemment par l'un des époux, ou les deux ; parfois accordés négligemment par les banquiers ou organismes de crédit ; souvent impayés ou regrettés à l'heure de la crise ou de la séparation dans le couple. A leur égard, les juges du fond ont non seulement à se prononcer sur leur destination ménagère, mais aussi sur les conditions particulières requises pour qu'un emprunt souscrit par un époux seul engage solidairement le conjoint (car en principe, seuls les emprunts ménagers souscrits avec le consentement des deux époux les obligent solidairement). Il faut, d'une part, que l'emprunt porte sur des « sommes modestes » et, d'autre part, que ces sommes soient « nécessaires aux besoins de la vie courante ». Cela implique pour le créancier, dans chaque affaire, d'apporter des éléments de fait permettant de fonder la qualification, faute de quoi la prétention du demandeur risque fort de tourner court, comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er décembre 2005 (AJ Famille 2006, p. 78, obs. F. C.). Pour les juges du fond, ne pas rechercher si les fonds empruntés satisfont aux conditions légales de la solidarité expose également leurs décisions à la cassation, ainsi qu'en témoignent deux arrêts de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 2005 (Dr. fam. 2006/1, comm. n° 13, p. 46, obs. B. Beignier). Pour autant, un arrêt de la même Chambre de la Cour de cassation du 3 janvier 2006 montre les limites de la rigueur affichée. On a pu le souligner à juste titre, « nul besoin d'un luxe de détails dans la motivation » (V., V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2006/3, p. 24). La Haute juridiction semble bien se

contenter de la part des juges du fond qu'ils relèvent que les emprunts (contractés par un époux en l'espèce pour l'achat d'un véhicule automobile et une cuisine intégrée) répondent aux conditions légales de la solidarité, sans exiger d'eux qu'ils expliquent concrètement dans quelle mesure ils satisfont ces conditions ; ce qui ramène le contrôle exercé de la base légale à un contrôle essentiellement formel et renforce d'autant le pouvoir d'appréciation des juges du fond. On retiendra aussi de cet arrêt l'affirmation, parfaitement logique, selon laquelle l'alinéa 2 de l'article 220 (qui exclut la solidarité en raison du caractère manifestement excessif de la dépense), ne s'applique pas aux emprunts souscrits par un époux sans le consentement de l'autre, régis par l'alinéa 3 du même texte (Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, Dr. fam. 2006/3, comm. n° 47, p. 23, obs. V. Larribau-Terneyre).

b - Consentement des époux aux actes de disposition concernant le logement de la famille

Si les deniers permettant l'entretien du ménage sont souvent au coeur des tourmentes judiciaires dans le couple, le toit l'abritant ne l'est pas moins. La protection du logement de la famille au sens de l'article 215, alinéa 3, du code civil reste manifestement un sujet d'actualité. Le conflit n'oppose d'ailleurs pas toujours un époux contre l'autre, mais parfois les deux contre un créancier privilégié ou hypothécaire désireux de récupérer sa mise sur le bien immeuble affecté au logement. On peut illustrer le propos par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, n° 02-19.809**). Une femme mariée sous le régime de la séparation de biens avait acquis de ses parents, moyennant un prêt bancaire avec affectation hypothécaire, un immeuble destiné au logement de sa famille (destination déjà préalablement assurée, selon les dires des époux, au moyen d'un bail). En raison de la défaillance de l'emprunteuse, la banque avait engagé une procédure de saisie immobilière. Le mari, qui n'avait consenti à aucun acte souscrit par l'épouse, était alors intervenu à cette instance pour soulever une exception de nullité de l'acte de prêt et de l'affectation hypothécaire sur le fondement de l'article 215, alinéa 3, du code civil, mais en vain devant les juges du fond. Son pourvoi contre leur décision fut rejeté au motif que l'exception de nullité, si elle est bien perpétuelle, ne pouvait être invoquée par le mari qui n'avait pas la qualité de défendeur et avait agi par voie d'action en déposant un dire dans la procédure de saisie immobilière poursuivie contre l'épouse. En outre, le délai de prescription annale de l'action en nullité prévu par le texte était en l'espèce expiré pour le mari (en raison de la connaissance que le mari avait des actes, déduite de son intervention auprès de la banque plus de 2 ans avant la saisie pour se désolidariser, en accord avec l'épouse, de leur compte joint). Ce n'est pas le rappel du caractère perpétuel de l'exception de nullité qui retiendra le plus l'attention (V. déjà, en ce sens, Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, RTD civ. 2000, p. 888, obs. B. Vareille ; Dr. fam. 2000, comm. n° 89, note B. Beignier). Ce sont plutôt les questions d'ordre pratique qui ne manqueront pas de se poser. Comment et quand, pour le conjoint protégé par l'article 215, alinéa 3, invoquer utilement un tel moyen de défense dans une procédure de saisie immobilière si, dans les dires destinés à présenter, après sommation, des observations à soumettre à l'appréciation du juge, l'on découvre non point une exception mais une action en nullité sujette à prescription ? Sous cet angle, l'arrêt, en l'espèce, pourra apparaître bien sévère pour le mari, et retiendra certainement l'attention.

c - Autorisation judiciaire en situation de crise

La situation de crise ou de blocage dans le couple peut aussi nécessiter un dénouement au détriment de l'un en autorisant l'autre à agir seul, parfois dans l'intérêt des créanciers. Un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, n° 03-13.621**, Dr. fam. 2006/2, comm. n° 21, p. 14, obs. V. Larribau-Terneyre) confirme l'utilité de l'article 217 du code civil pour autoriser en justice la vente d'un fonds de commerce (officine de pharmacie en l'occurrence) par un époux (assisté puis représenté par les organes de la procédure collective dont il faisait l'objet), malgré le refus du conjoint. On l'aura compris, la vente avait été autorisée en l'espèce pour apurer le passif important du fonds. Mais alors que le conjoint avait reproché aux juges du fond de ne pas avoir constaté qu'il était hors d'état de manifester sa volonté ou que son refus n'était pas justifié par l'intérêt de la famille, la Haute juridiction préfère s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond selon laquelle la vente apparaissait « conforme à l'intérêt de la famille ». On pourrait évidemment gloser sur la formule employée, que n'utilise pas tout à fait en ces termes l'article

217. On retiendra plutôt de l'arrêt que refuser de consentir à une vente utile au paiement des créanciers équivaut à un refus non justifié par l'intérêt de la famille.

II - Couples non mariés

A - Concubinage

Litanie bien connue que celle des conséquences de la rupture entre concubins ! Les relations pécuniaires du couple à l'heure de la rupture et du règlement des comptes continuent d'alimenter un important contentieux. On peut d'abord mentionner, pour illustrer un tel contentieux, deux arrêts de la Cour d'appel de Paris du 11 mai 2005 (n° 04/07230) et du 12 janvier 2006 (n° 04/24019). Ces arrêts rappellent une solution bien assise, à savoir qu'aucune disposition légale (l'art. 214 c. civ. étant ici inapplicable) ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées (V. déjà, Cass. 1re civ., 19 mars 1991, Defrénois 1991, p. 942, obs. J. Massip ; 17 oct. 2000, D. 2001, Jur. p. 497, note R. Cabrillac ; D. 2002, Somm. p. 611, obs. J.-J. Lemouland ; RTD civ. 2001, p. 111, obs. J. Hauser ; JCP 2001, II, 10568, note T. Garé ; Defrénois 2001, p. 93, obs. J. Massip ; Dr. fam. 2000, comm. n° 139, note B. Beignier). Ensuite, dans la même veine, un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation s'en tient au constat par les juges du fond, à propos des charges de la vie commune et du loyer d'un bail souscrit au nom d'un concubin, de l'absence d'engagement de l'autre à assurer une quote-part des dépenses (**Cass. 1re civ., 28 juin 2005, n° 02-12.767**, D. 2005, IR p. 1882 ; RTD civ. 2005, p. 760, obs. J. Hauser).

La rupture donne aussi souvent lieu à des demandes d'indemnisation, notamment sur le fondement de l'article 1382 du code civil au titre de la responsabilité civile, ou même, ce qui paraît plus nouveau, sur le fondement de l'article 1235 du code civil, au titre d'une obligation naturelle transformée en obligation civile (sur quelques cas récents, V. l'analyse de V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2006/2, comm. n° 24, p. 16). Mais le résultat de telles actions est largement fonction des circonstances. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 décembre 2005 (n° 04/00801) montre fort bien, malgré un concubinage ayant duré, en l'espèce, vingt-six ans et un fort soutien financier de la concubine par le concubin durant cette relation, la nécessité de caractériser et d'établir les circonstances fautives de la rupture (car la rupture n'est pas, en elle-même, une faute), ainsi d'ailleurs que l'engagement souscrit par le concubin d'où procéderait la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile.

Il est également possible que le règlement des comptes entre concubins soit opéré sur un autre fondement, d'ailleurs non moins aléatoire, celui de la société créée de fait. Mais même dans ce cas, la technique sociétaire peut laisser place à des insatisfactions parmi les concubins. Un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, n° 01-17.226**, D. 2005, AJ p. 1230, obs. A. Lienhard ; AJ Famille 2005, p. 281, obs. F. C. ; RTD civ. 2005, p. 576, obs. J. Hauser ; RTD com. 2005, p. 527, obs. C. Champaud et D. Danet , et p. 785, obs. L. Grosclaude ; Rev. sociétés 2006, p. 111, obs. D. Poracchia ; Dr. fam. 2005/6, comm. n° 127, p. 18, obs. V. Larribau-Terneyre) pose, à propos d'un concubin ayant effectué d'importants travaux dans un immeuble de la concubine, que lors de la liquidation d'une société créée de fait (non contestée en l'espèce), « *il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie* », de sorte que le travail du concubin, s'il lui donne vocation à une partie de la plus-value sur l'immeuble, ne donne pas lieu, en revanche, à une créance du chef des travaux effectués.

Enfin, le concubinage, comme toute vie de couple, peut conduire à bien d'autres regrets et revendications à l'heure de la rupture ; notamment à des demandes en restitution de biens mobiliers dont l'un et l'autre se prétendent propriétaires à des titres différents. Une affaire jugée par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 21 février 2006 (AJ Famille 2006, p. 167, obs. F. C.) en fournit une illustration ; au carrefour d'ailleurs du droit des biens et du droit des libéralités. En l'espèce, et après la rupture, l'un des concubins avait réclamé à l'autre la restitution d'un véhicule automobile acheté durant la vie commune. L'autre prétendait le conserver à titre de don manuel. La possession ayant été jugée équivoque, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir décidé qu'il appartenait au détenteur

de prouver le don manuel. La solution est parfaitement orthodoxe. La relation de couple rend souvent équivoque la possession. Et le donataire ne peut se prévaloir de la présomption de titre attachée à la possession que si cette possession est régulière et exempte de vices (not., du vice d'équivocité). Si tel n'est pas le cas, il lui faut, pour prétendre conserver le bien, prouver le don manuel, dans tous ses éléments : une tradition volontaire et l'intention libérale. Quant à la preuve de la propriété mobilière du demandeur en restitution, elle pouvait être rapportée par tous moyens. En l'occurrence, la Cour de cassation s'en est tenue à l'appréciation, par les juges du fond, des éléments soumis à leur examen pour constater que cette preuve avait été rapportée.

B - Pacte civil de solidarité

1 - Jurisprudence

L'attraction du mariage sur le PACS, ou du moins des textes intéressant le mariage et la famille, tend à opérer comme une lame de fond dont l'effet érosif donne aux différences pourtant irréductibles des statuts un air de discrimination. On savait par exemple, selon diverses réponses ministérielles ou décisions de justice, que les demandes de mutation des enseignants liés par un PACS devaient être examinées selon la même procédure que pour les agents mariés (Rép. min., n° 11222, JO Sénat Q 8 juill. 2004), ou bien encore que le partenaire d'un fonctionnaire muté ou admis à faire valoir ses droits à la retraite pouvait demander, « en qualité de membre de la famille », à être inscrit sur les listes électorales en dehors des périodes de révision (Cass. 2e civ., 25 mars 2004, D. 2004, IR p. 1125 ; RTD civ. 2004, p. 489, obs. J. Hauser ; *adde*, J.-J. Lemouland et D. Vigneau, D. 2005, Pan. p. 809). Le Conseil d'Etat a, quant à lui, annulé, par un arrêt du 8 juillet 2005, la décision d'un préfet (celui de Mayotte) qui avait refusé, en application d'un décret n° 98-844 du 22 septembre 1998, de prendre en charge sur les deniers publics les frais de voyage pour congés annuels du partenaire d'un fonctionnaire affecté dans le territoire d'outre-mer (CE, 8 juill. 2005, req. n° 267636 , AJDA 2005, p. 2030 ; AJ Famille 2005, p. 410, obs. F. C. ; RTD civ. 2005, p. 760, obs. J. Hauser). Pour le Conseil d'Etat, ce décret, bien qu'il ne visât que le « conjoint » ou les « membres de la famille » en raison de son antériorité à la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS (D. 1999, Lég. p. 515), était devenu illégal car le gouvernement aurait dû « tirer les conséquences réglementaires » de cette loi « dans un délai raisonnable », de sorte que le préfet avait commis, en l'espèce, une erreur de droit en opposant ce décret au demandeur. On pourra peut-être regretter le laconisme de la motivation. On observera en tout cas et en complément que nul n'a cru devoir dans cette affaire, le Conseil d'Etat pas plus que le demandeur, soutenir que le décret litigieux, en visant (outre le conjoint) « les membres de la famille », devait être interprété comme englobant dans cette formule le partenaire d'un PACS.

Mais le mariage n'est pas seul à exercer une force d'attraction sur le PACS. L'autorité parentale, avec en toile de fond pour les couples homosexuels la question très discutée de l'« homoparentalité », tend aussi à devenir une revendication d'actualité. La Cour de cassation n'y est pas sourde. Elle entend ceux qui revendiquent. Elle entend aussi, sans doute, ceux qui ne revendiquent pas. Et elle tranche. Par un arrêt de sa première Chambre civile, elle a admis que l'article 377 du code civil ne s'opposait pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vivait en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigeaient et que la mesure était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (Cass. 1re civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, D. 2006, Jur. p. 897, note D. Vigneau, et Pan. p. 1139, spéc. p. 1148, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ Famille 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; H. Fulchiron, Parenté, parentalité, homoparentalité, D. 2006, Point de vue p. 876). Autant dire qu'un tel arrêt devrait logiquement retenir l'attention et faire couler beaucoup d'encre, dans un sens approuvateur ou non.

2 - PACS et projet de loi portant réforme des successions et des libéralités

Un projet de réforme des successions et des libéralités a été déposé par le gouvernement le 29 juin 2005 (sur lequel V., A. Delfosse et J.-F. Péniguel, Présentation schématique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, JCP N 2005, n° 37 ; P. Malaurie, Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, Defrénois

2005, n° 24, art. 38298, p. 1963 ; M. Nicod, L'anticipation de la succession, JCP N 2006, p. 607 ; D. Vigneau, Le règlement de la succession, JCP N 2006, p. 665). Ce projet de loi a été voté en première lecture le 22 février 2006 par l'Assemblée nationale. Il s'est enrichi à cette occasion de plusieurs dispositions modifiant le régime du PACS. Certaines s'inspirent des propositions d'un groupe de travail désigné par le gouvernement et qui avaient donné lieu à un rapport qui avait été remis au garde des Sceaux le 30 novembre 2004 (à propos duquel, V. obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, D. 2005, Pan. p. 809, spéc. p. 815). Il est toutefois permis de se demander s'il est bien judicieux de vouloir modifier le régime du PACS sans débat d'ordre général sur le sujet, au coup par coup, ici dans le domaine agricole avec la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006 (V. ci-dessus), là à l'occasion d'une réforme du droit des successions et des libéralités (V. d'ailleurs à ce propos, V. Larribau-Terneyre, La réforme du PACS dans la réforme du droit des successions ?, Dr. fam. 2006, repère p. 1). Par ailleurs, et encore que certains s'en défendent, le régime du PACS en voie de réformation tend à emprunter de plus en plus au mariage. Parler de rapprochement, de copie, de mariage « bis », ne semble plus qu'une affaire de goût ou d'opinion.

Selon le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, et en ce qui concerne la formation du PACS, on retiendra une volonté des auteurs du texte de sécuriser, de simplifier et d'améliorer l'élaboration, l'enregistrement et la publicité de l'acte. Il est prévu de consacrer le recours à l'acte authentique, sans toutefois exclure la forme sous seing privé. Par ailleurs, tout en maintenant l'enregistrement du pacte au greffe du tribunal d'instance, il est envisagé de simplifier la publicité par une mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, mais sans révélation de l'identité de l'autre (ce qui peut sembler quand même surprenant, aujourd'hui, dans la mesure où les couples homosexuels sont les premiers à réclamer haut et fort de la société une pleine et entière reconnaissance). La date des effets du PACS, tant dans les rapports entre les partenaires qu'à l'égard des tiers, gagne en outre en précision : celui-ci prenant effet entre les parties à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine, et devenant opposable aux tiers à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Il en va de même des conventions modificatives. Des dispositions clarifient aussi la date d'effet entre les parties de la dissolution du PACS, selon la cause, et l'opposabilité de cette dissolution à l'égard des tiers.

S'agissant des effets précisés, le projet de loi renforce le régime primaire du PACS, en le rapprochant fortement du mariage. Il prévoit une obligation de communauté de vie, ainsi que des obligations à une aide matérielle et à une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. Il est en outre prévu que les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Disparaît en revanche l'obligation solidaire prévue par l'actuel article 515-4 quant aux dépenses relatives au logement commun.

Le projet de loi abandonne également le régime complexe de l'indivision, tel qu'envisagé actuellement par les textes, pour lui substituer un régime emprunté à celui de la séparation de biens entre époux. En effet, il est prévu, sauf dispositions contraires de la convention de PACS, que chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas de la solidarité organisée par le dernier alinéa du nouvel article 515-4 (ci-dessus). Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié. A noter, comme un nouvel emprunt au régime matrimonial primaire applicable aux époux, que le partenaire qui détient individuellement un bien meuble est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition. Bien évidemment, les partenaires conservent la possibilité, dans leur convention initiale ou une convention modificative, d'aménager ce régime en soumettant leurs biens aux règles de l'indivision. Toutefois, dans cette hypothèse, et pour s'en tenir à l'essentiel, il est prévu que demeurent la propriété exclusive de chaque partenaire : les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non

employés à l'acquisition d'un bien ; les biens créés et leurs accessoires ; les biens à caractère personnel ; les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi ; les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession ; les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale. A noter qu'à défaut de dispositions contraires dans la convention, chaque partenaire est gérant de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 et suivants. Pour l'administration des biens indivis, les partenaires peuvent néanmoins conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits indivis dans les conditions énoncées aux articles 1873-1 et suivants. A peine d'inopposabilité, cette convention devra, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, être publiée à la conservation des hypothèques. Par dérogation à l'article 1873-3, la convention d'indivision est en principe réputée conclue pour la durée du PACS. Mais lors de la dissolution du pacte, les partenaires peuvent décider qu'elle continuera de produire ses effets. Cette décision est soumise aux dispositions des articles 1873-1 et suivants (projet de loi, art. 21 *bis* et *ter* nouv.).

Le projet de loi envisage enfin, par un nouvel emprunt au mariage, des retouches textuelles destinées à étendre au PACS, et plus précisément en faveur du pacsé survivant, les dispositions accordant de plein droit au conjoint survivant, s'il le demande, le bénéfice de l'attribution préférentielle du logement principal d'habitation et des meubles meublants, ainsi que le bénéfice du droit de jouissance gratuite de ces mêmes biens, durant un an à compter du décès, dans les conditions prévues par l'article 763 du code civil (projet de loi, art. 22, 8° *bis* nouv.).

Mots clés :

MARIAGE * Mariage, concubinage, PACS * Panorama 2005