

LEÇON 1

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DES COUPLES

- I. Les principes généraux de la constitution des couples
- II. Les principes généraux de la vie des couples
- III. Les principes généraux de la rupture des couples

« À chacun sa famille, à chacun son droit », écrivait le Doyen Carbonnier (*Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd. 1995, p. 181). **Le droit du couple est marqué par un large pluralisme. Au commencement, il n’y avait que le mariage. Puis, suivant en cela l’évolution des mœurs, l’union libre a été progressivement reconnue au XX^e siècle par la jurisprudence avant d’être légalisée sous le terme de concubinage par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. Cette loi a eu par ailleurs pour objet principal de créer une troisième forme d’union à mi-chemin entre le mariage et le concubinage, le Pacte civil de solidarité. Ainsi, la pluralité des figures de la conjugalité a entamé l’unité du droit du couple lequel est devenu aujourd’hui un droit des couples.**

L’éclatement du droit du couple s’explique également par le renouvellement de ses sources. Le droit des couples dépasse largement le cadre du Code civil. Il est ainsi écartelé entre le Code pénal, le Code de l’action sociale et des familles, le Code de la santé publique, le Code du travail et le Code général des impôts. La jurisprudence, qu’elle soit civile, administrative ou constitutionnelle, a généralement joué un rôle précurseur

en anticipant les nouveaux besoins sociaux sans toutefois sacrifier les principes généraux de la matière. Sur ce point, il convient de relever l’importance du rôle joué par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, fondée sur une interprétation évolutive de l’article 8 de la Convention du même nom qui garantit le droit pour tout individu à une vie familiale normale (Voir Leçon 2, rubrique « Pour gagner des points »).

L’évolution législative et jurisprudentielle est toutefois marquée par **une volonté de rapprochement entre les divers modes de conjugalité**. Le mariage, dit-on, se contractualise (D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, dir., *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, coll. « Études juridiques », 2002, 327 p.) et le Pacte civil de solidarité se matrimonialise (P. Simler et P. Hilt, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », *JCP G* 2006, I, 161). Ainsi, malgré la diversité des unions et la profusion des normes applicables, l’unité du droit des couples semble se recomposer autour de principes généraux régissant la constitution, la vie et la rupture des couples.

I. Les principes généraux de la constitution des couples

Jadis, au temps des mariages d'intérêts destinés à préserver la fortune des familles, le couple n'était pas affaire de sentiments. Or, aujourd'hui, le couple est « le lieu idéal de l'amour : lieu de tendresse, de sentiments et de recherche du bonheur » (P. Malaurie et H. Fulchiron, *La Famille*, op. cit., n° 7). De cette finalité subjective découle le principe suivant lequel **tout individu a le droit d'être ou de ne pas être en couple**. La liberté matrimoniale est garantie par l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui proclame qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille ». Le Conseil constitutionnel énonce également que « la liberté du mariage est l'une des composantes de la liberté individuelle » (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 46). La Cour de cassation protège le respect de la liberté matrimoniale en réputant non écrites les clauses de célibat insérées dans certains contrats (voir Leçon 6). C'est également pour respecter la liberté de se marier que la jurisprudence ne qualifie pas les fiançailles d'engagement juridique mais de simple engagement moral (voir Leçon 5). La Cour européenne des droits de l'homme veille à ce que les États n'apportent pas de restrictions importantes qui affecteraient la substance même du droit de se marier (CEDH, 17 octobre 1987, Rees c. Royaume-Uni, *JDI*, 1987, p. 796, chron. P. Rolland). Ainsi, la Cour a-t-elle jugé, sur le fondement de l'article 12 CESDH qui prévoit le droit de se marier et de fonder une famille, qu'une personne emprisonnée ne peut être privée de cette liberté (CEDH, 5 janvier 2010, Frasik c. Pologne, *Dr. fam.*, 2010, n° 37, note V. Larribau-Terneyre). La liberté de conclure un Pacte civil de solidarité ne fait pas l'objet de texte particulier. Mais s'agissant d'un contrat (article 515-1 C. civ.), chaque personne est libre ou non de

conclure un PACS sur le fondement de la liberté contractuelle. La liberté de s'établir dans un concubinage va de soi en tant qu'union de fait.

La liberté d'être ou non en couple a pour corolaire la liberté de choisir son conjoint. Soucieux de prévenir les mariages forcés ou arrangés, le législateur a admis que la crainte révérencielle soit une violence morale viciant le consentement matrimonial (Y. Guenzoui, « La crainte révérencielle », *D.* 2010, p. 984). La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple a modifié l'article 180 alinéa 1^{er} C. civ. qui dispose que « l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ». La liberté de choisir son partenaire est également garantie pour le Pacte civil de solidarité. S'agissant d'un contrat, la liberté contractuelle implique le libre choix de son contractant et le vice de violence protège aussi la partie dont le consentement aurait été extorqué par des menaces destinées à lui imposer un partenaire.

Néanmoins, la liberté de choix du conjoint connaît des tempéraments pour toutes les formes de couple. Tout d'abord, **le choix du conjoint est encadré pour respecter les tabous des sociétés occidentales parmi lesquels figure l'interdit de l'inceste** (C. Lévi-Strauss, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Plon, 1982, p. 76). Ainsi, une personne ne peut se marier avec l'un de ses descendants ou de ses ascendants en ligne directe, avec un collatéral en ligne directe (articles 161, 162, 163 C. civ.), ou encore avec un allié en ligne directe sauf dispense du Président de la République (article 164 C. civ.). Les mêmes empêchements sont repris pour le Pacte civil de solidarité à l'article 515-2 C. civ. Ils sont même renforcés puisqu'aucune dispense ne peut être délivrée et que la conclusion d'un PACS avec un collatéral jusqu'au troisième degré est interdite. Concernant le concubinage, la relation établie entre un mineur de quinze ans et un ascendant, un frère ou une sœur pouvait être qualifiée

d'inceste au sens de l'article 227-2-2 CP issu de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux avant que cette disposition ne soit déclarée inconstitutionnelle (Cas. Const., 16 septembre 2011, n° 2011-163, QPC ; 17 février 2012, n° 2011-222, QPC).

Le choix du conjoint est ensuite limité en droit français pour respecter la règle de la monogamie qui régit les sociétés occidentales. À ce titre, l'article 147 C. civ. dispose que l'« on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». L'interdit de la polygamie apparaît dans plusieurs textes concernant le Pacte civil de solidarité. Les articles 515-2-2° et 515-2-3° C. civ. sanctionnent par la nullité le PACS conclu entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ou entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un Pacte civil de solidarité. L'article 515-7 C. civ. prévoit que le mariage de l'un des partenaires met fin au PACS. Quant au concubinage, l'article 515-8 C. civ. le définit comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes ». Il ressort de cette définition et du critère de stabilité qu'un concubinage ne peut être l'union de fait de plus de deux personnes (CA Montpellier, 8 juin 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas). D'ailleurs, la jurisprudence n'a pas manqué de sanctionner un concubin qui vivait avec une seconde femme au domicile qu'il partageait de manière stable avec sa concubine notoire sur le fondement de l'atteinte à l'honneur de cette dernière (CA Aix-en-Provence 22 juin 1978, *D.* 1979, p. 192). Le caractère monogamique du concubinage semble toutefois réservé à la vie maritale et il n'est pas certain que d'autres formes de concubinage ne soient liées par un quelconque principe d'exclusivité.

Puis, le choix du conjoint est borné par la condition d'âge imposée pour la constitution des modes de conjugalités. Il n'existe pas de

limite d'âge pour constituer un couple mais un âge minimal. Considéré à l'origine comme une condition physiologique, l'âge des époux pour contracter mariage, fixé à dix-huit ans révolus pour les hommes comme pour les femmes, s'analyse davantage en une condition psychologique destinée à s'assurer du consentement des époux pour lutter contre les mariages forcés (article 144 C. civ.). Le relèvement de l'âge légal, auparavant déterminé à quinze ans révolus pour les femmes et dix-huit ans révolus pour les hommes, par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs en témoigne. L'âge légal pour contracter mariage est d'ordre public. Il ne peut être abaissé que par dispense du procureur de la République pour des motifs graves (article 145 C. civ.). La coutume ou la religion ne peuvent être considérées comme valant dérogation. Sur ce point, la Commission européenne des droits de l'homme a estimé qu'un homme ne pouvait arguer de sa religion, qui permet le mariage avec des jeunes filles de douze ans, pour échapper à l'inculpation du chef de détournement de mineure (Comm. EDH, 7 juillet 1986, *Janis Khan c. Royaume-Uni, Décisions et Rapports*, volume 72, p. 271). Le Pacte civil de solidarité connaît également des restrictions d'âge. Dans sa définition, l'article 515-1 C. civ. énonce que les partenaires du PACS doivent être majeurs. S'agissant d'un contrat, les partenaires doivent avoir la capacité juridique de contracter. Tout comme pour le mariage, la condition d'âge a pour but de s'assurer des facultés de discernement des partenaires. Aucun âge minimal n'est en revanche exigé par le Code civil pour établir un concubinage. Toutefois, dans certains cas, des dispositions du Code pénal pourraient s'appliquer pour sanctionner l'existence d'une union de fait entre un majeur et un(e) mineur(e). Tel est le cas de l'article 227-25 CP relatif au détournement de mineur.

Enfin, le choix du conjoint peut être limité à raison de l'interdiction d'établir certaines relations de couple avec des partenaires du même

sexe que le sien. Jusqu'en 1999, les unions homosexuelles n'étaient pas reconnues en droit français. La définition du concubinage était calquée sur celle du mariage. La jurisprudence définissait le concubinage comme la situation de « deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme » (Civ. 3^e, 17 décembre 1997, *Bull.*, n° 225). Les tribunaux refusaient dès lors à des couples homosexuels le bénéfice de certains avantages reconnus aux concubins hétérosexuels comme en matière d'assurance-maladie (Soc., 11 juillet 1989, *Bull.*, n° 515). Par ces décisions, la jurisprudence poussait le législateur à prendre position sur la reconnaissance juridique des couples homosexuels. Les revendications des couples homosexuels, aidés par l'article 14 CESDH posant le principe de non-discrimination, ont favorisé l'évolution du droit sur ce point. Il a fallu attendre la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, précédée de débats houleux, pour que les unions homosexuelles soient reconnues. Désormais, le concubinage et le PACS peuvent être établis entre deux personnes de même sexe. Mais le mariage demeure une union célébrée uniquement entre un homme et une femme. Le caractère hétérosexuel du mariage s'explique par la finalité sociale de l'union matrimoniale qui est la procréation. En ce sens, Portalis définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Bien que la différence de sexe soit implicite dans le Code civil, tant elle paraissait évidente aux yeux de ses rédacteurs, elle constitue la condition physiologique de fond du mariage. Ainsi, le mariage célébré entre deux personnes de même sexe est frappé de nullité absolue (Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, *Bull.*, n° 113 à propos du très médiatique mariage de Bègles). Encouragés par l'adoption du mariage homosexuel dans certains pays tels l'Espagne,

le Portugal et les Pays-Bas (J. Flauss-Diem et G. Fauré, *Du PACS aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe?*, PUF, 2005, 204 p.), certains estiment que la prohibition française du mariage homosexuel est contraire aux articles 8, 12 et 14 CESDH qui garantissent respectivement le droit à la vie privée, le droit de fonder une famille et le principe de non-discrimination. Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 12 de la Convention qui proclame le droit de se marier ne vise que le mariage traditionnel de deux personnes de sexe biologique différent (CEDH, 30 juillet 1998, *Schieffeld et Horsham c. Royaume-Uni*, *RTDCiv.* 1998. 1001, obs. J.-P. Marguénaud). Les juges de Strasbourg ajoutent que les États sont libres de légiférer sur le mariage homosexuel (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, *JCP* 2010, 1013, note H. Fulchiron). De plus, le principe de non-discrimination ne peut davantage être invoqué au motif que les couples hétérosexuels et homosexuels sont placés dans une situation différente face au droit de se marier (H. Fulchiron, « Mariage, couple et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 29). Par conséquent, la prohibition du mariage homosexuel en droit français ne contredit pas les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Le mariage homosexuel est avant tout un choix de société avant d'être une question juridique. Comme le souligne le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité le 28 janvier 2011 (DC n° 2010-92, *JO*, 29 janvier 2011, p. 1894), il n'y a pas d'argument pour ou contre le mariage homosexuel dans la Constitution. Il s'agit d'un débat de société sur l'avenir et la fonction de la famille au XXI^e siècle qui doit être tranché par le législateur... Affaire à suivre !

II. Les principes généraux de la vie des couples

La multiplicité des modes de conjugalités entraîne une pluralité de règles applicables à chaque type d'unions. Néanmoins, des principes intangibles semblent s'extraire de cette diversité.

Au premier rang des principes généraux régissant la vie des couples figure le respect. Dans le Code civil, le devoir de respect est uniquement prescrit aux couples mariés à l'article 212. Néanmoins, ce devoir s'impose également à l'union libre. En témoignent les lois successives relatives à la prévention et à la sanction des violences conjugales au sein des couples. Les mesures de protection de l'époux victime de violence visant à éloigner l'époux violent du domicile conjugal (article 220-1 C. civ.) ont été étendues aux partenaires d'un PACS et aux concubins par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple. La loi n° 2010-789 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein du couple et aux incidences de ces dernières sur les enfants a créé un nouveau titre XIV dans le livre I du Code civil intitulé « Des mesures de protection des victimes de violences ». Il prévoit un ensemble de dispositions applicables aux époux, aux pacsés et aux concubins. À cette fin, l'article 515-9 C. civ. permet aux juges aux affaires familiales de délivrer en urgence une ordonnance de protection « lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un Pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants ». Dans l'ordonnance de protection, le juge organise la séparation de fait des couples pour une durée de quatre mois (article 515-12 C. civ.) en statuant sur la résidence séparée des conjoints, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle pour les partenaires d'un PACS ainsi que sur la contribution

à l'entretien et à l'éducation des enfants (article 515-11 C. civ.).

Au second rang des principes régissant la vie des couples apparaît l'égalité. L'instauration de l'égalité entre époux a été le fruit d'une longue évolution. Jusqu'en 1938, l'épouse était considérée comme une incapable majeure soumise à la puissance maritale. Elle ne pouvait travailler sans l'autorisation de son mari. Lorsqu'elle exerçait une profession, elle ne pouvait disposer de ses gains et salaires. Elle n'avait aucun pouvoir pour faire des actes juridiques engageant la communauté dont l'administration était du domaine exclusif du mari en tant que chef de famille. Les lois n° 65-570 du 13 juillet 1965 et n° 85-1372 du 23 décembre 1985 portant réforme des régimes matrimoniaux ont instauré l'égalité des époux dans la gestion de la communauté. Désormais, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille » (article 213 C. civ.). Ils choisissent d'un commun accord la résidence de la famille (article 215 alinéa 2 C. civ.). Ils disposent chacun d'un pouvoir domestique pour conclure seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants (article 220 alinéa 1^{er} C. civ.). **Dans le mariage, l'égalité passe aussi par des symboles.** Auparavant, l'enfant né dans un couple marié portait automatiquement le nom du père. Conscient de l'atteinte portée à l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à l'égalité entre époux, le législateur laisse désormais le choix aux parents dans la dévolution du nom de famille. Depuis la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, l'enfant peut porter le nom du père ou de la mère ou encore les deux noms accolés dans l'ordre choisi par les conjoints. **L'égalité apparaît indirectement dans le Pacte civil de solidarité.** Le contrat suppose en effet l'égalité juridique des contractants. **Quant à l'égalité dans le concubinage, elle ne regarde que les concubins.** Ces derniers sont en quelque sorte les seuls garants de leurs intérêts. Aussi, l'égalité entre les membres du couple est-elle davantage assurée

lorsque ces derniers ont opté pour un statut régi par la loi.

Se marier, se pacser, c'est choisir un statut. Établir une relation de concubinage, c'est choisir de ne pas en avoir. Les époux doivent respecter les devoirs et obligations du mariage. Ces derniers, d'ordre personnel (voir Leçon 9) et patrimonial (voir Leçon 10), constituent un statut d'ordre public, appelé **le régime primaire**, auquel les époux ne peuvent en principe déroger par convention. Les partenaires d'un PACS s'engagent également à respecter un ensemble de règles impératives comparables au régime primaire du mariage (voir sur cette analogie : P. Simler et P. Hilt, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », *JCP G* 2006, I, 161).

Aux antipodes du statut impératif d'époux ou de partenaire d'un PACS, apparaît un mouvement de contractualisation du droit des couples (voir sur cette notion et ses incidences sur le droit des couples : D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, dir., *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, coll. « Études juridiques », 2002, 327 p.). Une place plus importante est en effet laissée à la volonté individuelle des époux. Ces derniers peuvent par exemple régler par convention les modalités de la contribution aux charges du mariage (article 214 alinéa 1^{er} C. civ.). Certains vont même jusqu'à suspendre leur obligation de fidélité par la conclusion de pacte de liberté. Le Pacte civil de solidarité est la figure emblématique de la privatisation de la famille. La convention rédigée par les partenaires règle l'organisation de la vie du couple tel les modalités de l'aide mutuelle et matérielle (article 515-4 C. civ.). Les concubins, dont la loi se désintéresse selon la célèbre formule de Bonaparte, peuvent organiser leurs rapports patrimoniaux par des contrats (D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, dir., *La Contractualisation du droit de la famille*, op. cit., p. 81). Illustration de l'individualisme, l'invasion du contrat dans la sphère familiale modèle l'organisation des couples à l'image

d'une « famille lego que chacun construit selon ses convenances, ses aspirations, et les hasards de la vie » (P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, op. cit., n° 92).

III. Les principes généraux de la rupture des couples

Pour toutes les formes de couple, il existe un droit à la rupture. L'affirmation de ce droit est justifiée pour différentes raisons. Au plan sociologique, le couple est synonyme de l'exaltation du bonheur et de l'amour. Si les sentiments disparaissent, l'union, qu'elle soit de droit ou de fait, s'éteint. Au plan juridique, les couples sont fondés du moins en partie sur un contrat. En effet, le mariage est à la fois une institution et un contrat (voir sur ce thème J.-P. Agresti, « L'instrumentalisation de la notion de contrat : le mariage au XVIII^e siècle », in *L'Idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique*, PUAM, 2008, p. 239). Le Pacte civil de solidarité est défini comme un contrat pour organiser la vie commune (article 515-1 C. civ.). Le concubinage est certes défini comme une union de fait. Mais, ne peut-on pas considérer qu'il s'agit d'un contrat tacite ? Le terme convention de concubinage fait paraître-il florès. Partant, si les modes de conjugalités ont pour fondation un contrat, la logique juridique veut que le contrat puisse être rompu par le consentement des deux parties ou, en ce qu'il constitue en principe un contrat dont la durée n'est pas déterminée, par la décision unilatérale d'une seule (voir sur la reprise de la logique contractuelle appliquée au PACS : Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, considérant n° 67, *D.* 2000, p. 424). **Le divorce, mode de rupture du mariage, a connu une histoire mouvementée pour des raisons politiques et religieuses.** Le dogme de l'indissolubilité du mariage professé dans l'Ancien droit lorsque le droit de la famille n'était pas encore sécularisé a été maintenu jusqu'à la loi du 20 septembre 1792. Sous l'influence des idées révolutionnaires, le divorce

était largement admis même pour simple incompatibilité d'humeur. À l'époque du Code civil, le divorce était maintenu mais à titre exceptionnel. La loi « Bonald » du 8 mai 1816 a supprimé pour un temps le divorce avant qu'il ne soit rétabli par la loi « Naquet » du 27 juillet 1884 qui autorisait uniquement le divorce pour faute. La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce entendait suivre les évolutions sociales et ainsi libéraliser le divorce selon l'expression de son promoteur, Jean Carbonnier (J. Carbonnier, « La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975, p. 115). La possibilité de rompre le mariage était alors admise pour quatre causes : le divorce sur demande conjointe des époux, le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, le divorce pour rupture de la vie commune et le divorce pour faute. Malgré la volonté affichée du législateur de 1975 de dédramatiser le divorce, il n'a pu enrayer le contentieux très important du divorce pour faute, procédure souvent choisie par les demandeurs au regard de ses conséquences patrimoniales. Aussi, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce entend « pacifier et simplifier » le divorce (V. Larribau-Terneyre, « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? », *Dr. fam.*, 2004, n° 13). Il existe désormais quatre causes de divorce : le divorce par consentement mutuel, le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute. La réforme tend à apaiser les conflits en déconnectant les torts des époux des effets du divorce. Mais surtout le divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui peut être opposé à un époux par l'autre lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce (article 238 C. civ.), s'analyse en l'émergence d'un droit au divorce en droit français (voir les observations critiques de P. Malaurie, « Conclusions sur la réforme du divorce : le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur », *Defrénois* 2004, 1601). Le Pacte civil de solidarité connaît également deux modes de

rupture. D'une part, les partenaires peuvent dissoudre le PACS par consentement mutuel en adressant une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance (article 515-7 alinéa 3 C. civ.). D'autre part, un partenaire peut mettre fin unilatéralement au pacte en signifiant à l'autre sa décision (article 515-7 alinéa 3 et 5 C. civ.). Le concubinage connaît quant à lui un principe de liberté de rupture *ad nutum* (Civ. 1^{re}, 31 janvier 1978, *Bull.*, n° 39).

Corollaire du droit à la rupture, le conjoint esseulé a droit à réparation quel que soit le mode de conjugalité choisi. Bien que les effets du divorce pour faute soient largement déconnectés de la faute et de l'idée de punition de l'époux coupable, il n'en reste pas moins la dernière sanction des devoirs et obligations du mariage. Ainsi, l'époux victime a droit à des dommages et intérêts soit sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile de l'article 1382 C. civ., soit sur le fondement de l'article 266 C. civ. en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage. La rupture unilatérale imposée au partenaire d'un Pacte civil de solidarité ne saurait exclure le droit à réparation du partenaire esseulé. Cette exigence a été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999 aux termes de laquelle « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité [...] met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (décision précitée, considérant n° 70). Elle a été reprise par le législateur à l'article 515-7 alinéa 11 C. civ. La jurisprudence tempère également le principe de libre rupture du concubinage en engageant la responsabilité civile de son auteur sur le fondement de l'article 1382 C. civ. lorsque les circonstances de la rupture caractérisent une faute telle la brutalité (Civ. 1^{re}, 29 novembre 1977, *Bull.*, n° 449).

Outre le droit à réparation de la victime de la rupture, **il doit exister une égalité des membres du couple lors de la dissolution de l'union.** Bien que la Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaisse pas en tant que tel un droit au divorce (CEDH, 18 décembre 1986, Johnston c. Irlande, *GACEDH*, n° 41), l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme pose le principe de l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage. Le droit français a entrepris depuis longue date des réformes pour assurer l'égalité des époux lors de la rupture du mariage. Les époux sont désormais égaux devant les causes de divorce. À titre d'exemple, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a mis fin aux sanctions pénales plus sévères qui frappaient la femme adultère (ancien article 337 CP). L'égalité des époux est également affirmée dans les conséquences du divorce tant au plan matériel grâce aux réformes des régimes matrimoniaux qu'au plan personnel depuis que le divorce est sans incidence sur l'autorité parentale. Le Pacte civil de solidarité assure également l'égalité des partenaires lors de la rupture en prévoyant des règles asexuées lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux communs. L'égalité des concubins est en revanche plus difficilement satisfaite s'agissant d'une situation de fait. Puisqu'aucune règle spécifique ne vient régler le sort du patrimoine, la règle du « chacun pour soi » prévaut. Néanmoins, la jurisprudence tente dans des circonstances particulières d'assurer une certaine équité entre les concubins en mettant en œuvre les théories de l'enrichissement sans cause ou de la société créée de fait (voir Leçon 3).

L'égalité dans la rupture passe également par le respect de la volonté de chacun. **La rupture est ainsi l'œuvre de l'accord commun des membres du couple.** Dans toutes les formes de vie conjugale, l'accord du couple sur les conséquences de la séparation est recherché. En matière de divorce et quelle qu'en soit la cause, l'article 268 C. civ. prévoit que « les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des

conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce » qu'il s'agisse des aspects personnels ou patrimoniaux. Les partenaires d'un Pacte civil de solidarité sont invités eux-mêmes à procéder à la liquidation des droits et obligations résultant du contrat (article 515-7 alinéa 11 C. civ.). Le concubinage, qui repose par essence sur la bonne volonté de chacun, n'est pas exempt de la recherche d'accord au moment de la liquidation de la communauté d'intérêts qui s'est formée durant la vie maritale. Certains peuvent même être tentés de régir leurs rapports patrimoniaux par des contrats dont la validité est toutefois incertaine (D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, dir., *La contractualisation du droit de la famille*, op. cit., p. 81). La recherche de l'accord des couples au moment de la rupture participe au mouvement de contractualisation qui devient un trait saillant du droit de la famille contemporain.

Mais l'accord du couple ne règle pas tous les problèmes. Aussi, **quelle que soit la forme de l'union, la rupture peut être soumise à l'examen du juge.** La figure du juge ne s'impose pas dans la dissolution de toutes les formes d'union. Tandis qu'elle se fait rare dans le concubinage et le Pacte civil de solidarité en raison de la prévalence de la liberté de rupture, l'intervention du juge est obligatoire pour la dissolution du mariage. La proposition d'un divorce par déclaration commune enregistré par un officier d'état civil n'ayant pas été retenue par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce (voir sur cette proposition I. Théry, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui*, Odile Jacob, 1998, p. 113), tous les divorces quelles que soient leurs causes doivent être prononcés par le juge aux affaires familiales. Créé par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, ce magistrat a compétence pour tenter de concilier les époux, examiner toutes les causes de divorces, régler les conséquences patrimoniales en homologuant les conventions rédigées par les époux, statuer sur l'autorité parentale, modifier le montant de la prestation compensatoire. Le juge aux affaires familiales est un conseiller, un médiateur