

Le mariage souffrirait-il de désamour ? L'ouverture à la concurrence, avec la création du partenariat civil de solidarité il y a maintenant plus de dix ans, a permis de mettre en exergue les caractéristiques de ce type d'union. Des spécificités que défend Aude Mirkovic. Explications.

Le mariage, un service public à redécouvrir

Pourquoi le législateur n'aime-t-il pas le mariage ? Les réformes récentes se sont employées à retirer petit à petit toute spécificité au mariage, en supprimant ses avantages ou, ce qui revient au même, en les étendant au pacte civil de solidarité (Pacs) et, parfois, au concubinage. Le législateur ne ménage pas ses efforts pour avantager le Pacs comme le concubinage, et pour faciliter le divorce. Sa sollicitude s'étend à toutes les formes de vie composées et recomposées sauf... au mariage (v. Boysson (de) B., Essai sur la singularité matrimoniale, thèse Lyon III, 27 oct. 2010) !

Rompant avec ce mépris récurrent pour le mariage, le ministère des Solidarités et de la Cohésion sociale a lancé, en mars 2012, un « *kit mariage* », composé d'un livret de préparation au mariage à l'intention des futurs époux et d'un référentiel de formation destiné aux professionnels des mairies et de tous ceux qui sont au contact des futurs époux. Cet effort mis sur la préparation du mariage vise à aider les époux à s'engager en connaissance de cause ce qui devrait, on l'espère, limiter les divorces. Le livret décrit essentiellement les formalités à remplir pour se marier, la célébration du mariage et le déroulement de la cérémonie pour la personnaliser, le droit de la famille et les contrats de mariage.

Ce petit événement du « *kit mariage* » a été quelque peu évincé par la campagne électorale mais, de façon assez paradoxale, la revendication du mariage entre personnes de même sexe, invitée de ladite campagne, a manifesté une fois de plus que le mariage n'est finalement pas si dépassé et continue à faire rêver.

Ces mouvements contradictoires invitent de façon urgente à revenir sur le mariage et sa signification. En effet le mariage, mal aimé et malmené au Parlement, de crise annoncée en voie de disparition chronique, n'en finit pas de rendre un véritable service social qu'il serait juste et bon de reconnaître afin de l'encourager,

pour le plus grand profit des intéressés et de la société tout entière.

La société peine à investir dans le mariage, au motif que le mariage ne serait plus qu'une forme de vie de couple parmi d'autres, un cadre familial équivalent à d'autres. Or, le mariage n'est ni l'un ni l'autre. Engagement pris devant la société, il dépasse la vie de couple et offre à la famille un cadre protecteur et sécurisant qui découle de son caractère institutionnel et que n'offrent ni le Pacs ni le concubinage.

I. LE MARIAGE : UN ENGAGEMENT SOCIAL

Le mariage ne concerne pas que les conjoints : il n'est pas un accord privé mais un engagement social, pris par les conjoints certes, l'un envers l'autre, mais, aussi, devant la société et selon les règles fixées par elle. Les époux acceptent que leur union ne soit plus régie par leurs seules volontés mais par les règles de l'institution.

CONTENU DE L'ENGAGEMENT

Les époux acceptent de manière solennelle le statut impératif du mariage, c'est-à-dire ses effets légaux. Le mariage produit des effets entre les conjoints (devoirs de respect, fidélité, secours, assistance, contribution aux charges du mariage, communauté de vie), entre les familles (liens d'alliance, obligations alimentaires, empêchements à mariage), à l'égard des enfants (présomption de paternité) et des tiers (solidarité des dettes ménagères). Il produit ses effets du vivant des époux comme après leur mort (vocation successorale). Les époux ont des devoirs l'un envers l'autre qui peuvent être sanctionnés en justice en cas de manquement. Certes, la sanction intervient le plus souvent à l'occasion d'un divorce, mais le statut matrimonial met chacun des époux à l'abri d'être



Par Aude MIRKOVIC
Maître de conférences en droit privé
à l'Université d'Évry

utilisé ou exploité par l'autre. Par exemple, si l'un des époux s'est acquitté seul des charges du mariage pendant que l'autre faisait des économies, le juge pourra condamner l'époux défaillant à sa contribution (C. civ., art. 214). Le mariage offre ainsi un cadre protecteur en ce que ses effets sont définis impérativement par la loi.

Au contraire, le Pacs n'emporte que des effets réduits (C. civ., art. 514), et qui peuvent être largement aménagés selon le bon vouloir des intéressés. Quant au concubinage, il ne produit aucun effet.

RUPTURE DE L'ENGAGEMENT

Surtout, le mariage se caractérise par l'engagement. Le mariage existe non pas seulement tant que chacun des époux y consent mais jusqu'à ce que le divorce soit prononcé par un juge (v. Fulchiron H., Vers un divorce sans juge ?, D. 2008, p. 365 ; Beignier B., Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire, Dr. famille 2008, étude 12). La société contrôle ainsi la rupture de cet engagement pris devant elle, rupture qui doit passer par la procédure judiciaire de divorce et ne peut résulter

>

de la décision unilatérale d'un des époux ni même de leur seul accord. Le mariage offre ainsi un cadre sécurisant car il ne peut être rompu sur la simple décision d'un des conjoints et, s'il doit être rompu, l'intervention du juge assure la protection des plus faibles (souvent la femme et, dans tous les cas, les enfants). La liquidation du régime matrimonial assure que soit rendu à chacun des époux ce qui lui revient, et la prestation compensatoire permet de compenser les disparités de niveaux de vie engendrées par le divorce.

Au contraire, le Pacs est une convention privée qui ne comporte pas d'engagement social et peut donc être rompue sans intervention du juge, à tout moment et éventuellement par décision unilatérale d'un des partenaires qui doit seulement en informer l'autre par acte d'huissier (C. civ., art. 515-7, al. 5). Quant au concubinage, union de fait (C. civ., art. 515-8), il se définit par l'absence d'engagement et peut lui aussi être rompu unilatéralement et librement. La relation du couple non marié est ainsi par essence précaire, quand bien même elle durerait dans les faits, puisqu'en permanence suspendue à la volonté des intéressés.

Avec le mariage, la relation entre les conjoints cesse d'être une simple relation privée pour devenir un statut social, auquel la société attache des conséquences, se réservant le droit "en échange" d'intervenir dans la structure ainsi constituée en lui imposant son régime et en contrôlant sa dissolution par le biais de la procédure judiciaire de divorce. En raison de sa dimension institutionnelle, le mariage offre un cadre sécurisant et protecteur aux conjoints et aux enfants car ce cadre n'est pas régi par les seules volontés individuelles mais par la loi.

Encore faut-il préciser pourquoi la loi, c'est-à-dire la société, donne cette dimension sociale au mariage, au lieu de laisser les relations des intéressés dans le ressort de la vie privée : ce n'est pas pour officialiser le couple, mais pour instituer la famille.

II. LE MARIAGE : INSTITUTION FONDATRICE DE LA FAMILLE

La loi institue le mariage en vue de la famille, et non comme reconnaissance sociale du couple, tout simplement parce que la société n'a pas tant besoin de couples que d'enfants, et d'enfants bénéficiant du meilleur cadre possible pour devenir les adultes de demain (d'où l'institution protectrice et sécurisante).

LA PERSPECTIVE DE LA PROCRÉATION

Le mariage n'a pas pour but de reconnaître un lien affectif, lequel n'est d'ailleurs pas une condition du mariage. Pour pouvoir se marier, il ne suffit donc pas de s'aimer, il faut remplir les conditions pour fonder une famille c'est-à-dire, notamment, être un homme et une femme, car la dimension familiale du mariage inclut la perspective de la procréation.

Cette exigence n'est pas énoncée expressément par la loi, mais découle des articles 75 et 144 du Code civil. Le premier décrit la cérémonie de célébration du mariage et indique, en particulier, que l'officier d'état civil « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Le second énonce que « l'homme et la

« Le mariage rend un véritable service public : n'est-il pas temps de le reconnaître en lui restituant sa spécificité et ses avantages ? »

femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Au-delà de ces dispositions particulières, il s'agit d'un principe général, ainsi que l'a énoncé la Cour de cassation : « en droit français, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2007, n° 05-16.627).

Il ressort de cette dernière décision que « la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ». Effectivement, les personnes de sexe différent et les personnes de même sexe ne sont pas dans la même situation au regard de la procréation, qu'elle soit naturelle ou imitée en cas d'adoption. En effet les premiers peuvent procréer (ou faire comme s'ils avaient procréé), alors que les seconds ne le peuvent pas. Ainsi que l'explique la cour d'appel de Bordeaux, la « spécificité, et non pas discrimination, provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent » (CA Bordeaux, 11^e ch., 19 avr. 2005, n° RG : 04/04683). Il en résulte que « les couples de même sexe, que la nature

n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue » (*ibid.*).

Si certains couples homme-femme ne procréent pas, c'est pour des raisons subjectives (infertilité, âge ou volonté de ne pas avoir d'enfants), alors que les personnes de même sexe ne peuvent procréer ensemble en raison d'une incapacité objective, ce qui ne préjuge d'ailleurs en rien de leurs qualités individuelles. Scientifiquement, seule l'union de l'homme et de la femme permet la procréation, fût-ce en recourant à un donneur anonyme. Une personne ne peut être parent qu'avec une personne du sexe opposé. Deux personnes de même sexe peuvent certes élever un enfant, mais ne peuvent être ensemble ses parents, car la relation de filiation ne se réduit pas à une relation d'éducation, sous peine de perdre son sens.

La relation entre deux personnes de même sexe est un rapport entre deux personnes qui n'a pas vocation à aller au-delà pour fonder une famille, non parce que ces personnes n'auraient pas individuellement les qualités pour cela, mais pour la raison objective que seule l'union de l'homme et de la femme permet la procréation. Ainsi que le résume la cour d'appel de Bordeaux, « la notion sexuée de mari et de femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère » (CA Bordeaux, 11^e ch., 19 avr. 2005, n° RG : 04/04683, préc.).

La condition d'altérité sexuelle des époux posée par la loi ne relève donc pas d'un choix en faveur de l'hétérosexualité mais découle de la signification profonde du mariage qui n'a pas pour rôle d'officialiser une vie de couple mais d'instituer la famille (v. Brunetti-Pons Cl., La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire, RTD civ. 2004, p. 589). On comprend ainsi qu'exiger que les époux soient un homme et une femme est conforme au principe d'égalité et, plus largement, à la Constitution française (Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC), comme au droit de se marier reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme et à ce texte dans son ensemble (CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*). Si les personnes de même sexe réclament le mariage, c'est parce qu'il est envisagé comme la reconnaissance sociale du couple, ce qu'il n'est pas.

LE MARIAGE N'EST PAS LA RECONNAISSANCE SOCIALE DU COUPLE

Même entre personnes de sexe différent, le mariage n'est pas là pour reconnaître leur relation ni officialiser leur amour.

Si le mariage était la reconnaissance sociale de la relation vécue par deux personnes, pourquoi la relation vécue entre trois ou quatre personnes serait-elle ignorée socialement ? Il faudrait alors admettre toutes sortes de mariages : entre deux personnes de même sexe mais, aussi, entre trois personnes ou plus... sous peine de discrimination, dénoncée d'ailleurs outre-Atlantique par les personnes vivant la polyamorie (amour en groupe). C'est la raison pour laquelle, après avoir admis le mariage homosexuel, les Pays-Bas reconnaissent maintenant le partenariat civil à trois personnes, le premier ayant été conclu par deux femmes bisexuelles et un homme (v. Bourges B., L'homoparentalité en question. Et l'enfant dans tout ça ?, Éditions du Rocher, 2008, p. 101).

Le couple, en soi, relève de la vie privée des intéressés et ne devrait pas être favorisé ou avantagé par rapport à d'autres formes de vie et, notamment, le célibat. Il en résulte une inégalité à l'égard des célibataires qui n'est pas justifiée : le célibataire, qui dispose d'un seul salaire pour faire face aux dépenses de la vie courante (logement, électricité, chauffage, abonnement téléphonique, etc.), est désavantagé par rapport aux personnes vivant en couple, qui disposent souvent de deux salaires pour faire face à ces mêmes dépenses, et bénéficient d'avantages divers et, en particulier, de l'imposition commune dès lors qu'elles concluent un Pacs, alors même qu'elles n'ont pris aucun engagement vis-à-vis de la société justifiant ce traitement de faveur.

Ce qui rend le service social, ce n'est pas le couple mais l'engagement en vue de fonder une famille. La société n'a donc pas à favoriser le couple, mais seulement le couple engagé socialement dans la fondation d'une famille, c'est-à-dire marié. Les couples non mariés peuvent certes fonder une famille mais, n'ayant pris aucun engagement vis-à-vis de la société, il n'est pas justifié que celle-ci leur reconnaisse un statut. Ils restent libres de donner à leur union le contenu qui leur convient et de rompre à leur guise, mais ils ne peuvent réclamer à la société quoi que ce soit puisqu'ils ne prennent aucun engagement vis-à-vis d'elle.

Les bonnes intentions ne préservent pas de la confusion et, par exemple, le fameux livret de préparation au mariage, évoqué plus haut, commence par présenter le mariage comme l'« *acte fondateur de la reconnaissance juridique du couple* » (p. 4) ! L'erreur est quelque peu rectifiée ensuite, lorsqu'il est dit que, « *si le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, un acte qui engage les individus, il conditionne également la structure de la famille et de la société* » (p. 7), mais la confusion est grande.

Les couples mariés eux-mêmes perdent parfois de vue la nature sociale de leur engagement. Ils considèrent que leur mariage ne regarde qu'eux, comme s'il était une simple affaire de couple, et vivent parfois mal le caractère intrusif de la procédure judiciaire de divorce, surtout s'ils divorcent d'un commun accord. Ce rejet est compréhensible dans la mesure où la société ne reconnaissant plus suffisamment la valeur de leur engagement, elle perd sa légitimité à intervenir dans la dissolution de ce dernier.

La loi est largement à l'origine de la confusion, lorsqu'elle accorde des privilèges à tous les couples, qu'ils soient engagés dans l'institution fondatrice de la famille ou non (Brunetti-Pons Cl., L'émergence de la notion de couple en droit civil, RTD civ. 1999, p. 27). La dimension familiale du mariage a pourtant été rappelée par le Conseil constitutionnel comme l'élément déterminant qui distingue le mariage du Pacs et du concubinage. La décision du 28 janvier 2011 était clairement commentée aux *Cahiers* en ces termes : « *le mariage constitue non seulement un statut du couple mais également l'acte de fondation d'une famille et d'un lien qui produit des effets au-delà de sa rupture* » (Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, n° 32). Une décision du 29 juillet 2011 affirmait encore que « *le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille ; que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage* » (Cons. const., 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC, consid. 7).

Encore faudrait-il que le législateur tienne compte de cette spécificité du mariage, au lieu de l'ignorer, et en tire des conséquences afin d'encourager le service social qu'il rend.

III. LE MARIAGE : UN SERVICE SOCIAL À ENCOURAGER

Il est acquis que l'enfant, pour se développer et construire harmonieusement sa personnalité, a besoin de sécurité, celle-ci étant très étroitement liée à la stabilité de son environnement familial. Le bon sens invite donc à encourager les situations qui garantissent au mieux cette sécurité et génèrent le maximum de stabilité, c'est-à-dire à encourager le mariage.

Au contraire, assimiler les partenaires et les concubins aux conjoints, alors que ces unions présentent par définition un caractère éminemment précaire et subjectif, est loin d'être un bénéfice pour les enfants. Il ne s'agit pas de revenir à la distinction autrefois faite entre les enfants nés du mariage et ceux nés hors mariage, qui pénalisait les enfants, mais d'encourager les parents à s'engager dans la structure qui est la plus favorable aux enfants, afin que le maximum d'entre eux en bénéficient.

Certes, certains couples non mariés sont très stables. Pour autant, leur union n'offre pas la sécurité du mariage car elle est sans cesse suspendue aux volontés individuelles, que ce soit dans son contenu ou dans sa durée. Au contraire le mariage, par sa dimension institutionnelle, offre à tous les membres de la famille une sécurité objective, indépendante des volontés individuelles et qui découle de la loi elle-même.

Le législateur cherche à réparer pour les enfants les ravages liés aux séparations qui leur sont imposées : séparation de ses parents, puis celle d'un de ses parents et du tiers qui vivait avec lui, en attendant la suivante... C'est fort louable. Mais pourquoi se contenter de tenter de limiter des dégâts causés par l'instabilité familiale ? Pourquoi ne pas encourager la stabilité ? Comment expliquer que les réformes successives aient pour objectif de donner des avantages au Pacs et de faciliter le divorce, alors qu'aucune mesure n'est prise pour encourager le mariage et le fait de rester marié ? Les personnes sont bien sûr libres de choisir de se marier ou non, mais les conséquences de ces choix ne sont pas indifférentes pour la société.

La loi reconnaît déjà que le mariage est le meilleur cadre pour accueillir et élever l'enfant, c'est pourquoi elle l'exige dans certaines situations. Notamment, elle ne permet l'adoption d'un enfant par deux personnes que si celles-ci sont mariées (C. civ., art. 346)

>

ou encore réserve l'adoption au sein du couple aux époux (C. civ., art. 365), le législateur ayant estimé que « la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs » (Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, consid. 9).

La commission des lois du Sénat a rejeté en février 2010 une proposition de loi visant à autoriser l'adoption par les partenaires liés par un Pacs, estimant que c'est l'« exigence de sécurité pour l'enfant qui justifie de réserver aux couples mariés la possibilité d'adopter conjointement » (Rapp. Sénat n° 334, 2009-2010, p. 19). En effet, pour la commission, « le statut conjugal du couple ne détermine en rien la compétence éducative des parents, mais il définit en revanche la sécurité juridique apportée à l'enfant ». Et la commission d'insister : le Pacs est « un contrat essentiellement patrimonial sans destination familiale spécifique, à la différence du mariage ». Il « ne vise pas, contrairement au mariage, la constitution d'une famille ».

Pourtant, la loi manque d'assurance pour garantir à l'enfant la sécurité du mariage, alors qu'elle le pourrait, lorsqu'elle est sollicitée pour réaliser le désir d'enfant par l'adoption ou l'assistance médicale à la procréation. En particulier, pourquoi permet-elle à une personne d'adopter seule (C. civ., art. 343-1) ? Pourquoi n'exige-t-elle pas que les candidats à l'assistance médicale à la procréation soient mariés (C. santé publ., art. L. 2141-2, al. 3) ? Dans les autres cas, c'est-à-dire la procréation naturelle, la société n'a bien entendu pas à imposer le mariage, et elle ne le pourrait pas de toute façon. En revanche, elle pourrait, au moins,

l'encourager, puisque cela lui est profitable.

Réserver des avantages aux couples mariés rendrait le mariage attractif. Notamment en matière patrimoniale, la loi pourrait réserver des avantages fiscaux et successoraux aux couples mariés et augmenter ceux qui existent. Il ne s'agit en rien de sanctionner les personnes qui ne se marient pas ou qui divorcent, mais de favoriser ceux qui se marient et demeurent mariés. C'est une question de justice, une forme de rémunération du service social rendu. De la même manière que des mesures fiscales encouragent les économies d'énergie ou le recours aux énergies renouvelables, des mesures fiscales pourraient encourager l'engagement dans le mariage. Il n'y aurait là ni inégalité, ni discrimination.

NI INÉGALITÉ, NI DISCRIMINATION

L'article 6 de la Déclaration de 1789 déclare que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Mais l'égalité n'est pas l'indifférenciation et la différence de situations justifie la différence de traitement. Au contraire, traiter tout le monde de la même manière peut se révéler parfaitement inégalitaire. L'égalité impose seulement de traiter de la même manière ceux qui sont dans des situations équivalentes.

Favoriser le mariage n'est en rien inégalitaire, car le statut spécifique du mariage est justifié : l'engagement dans le mariage est un service social dont il est juste de tenir compte. Les couples non mariés n'ont pas de droit aux mêmes avantages que les couples mariés parce que, ne prenant pas le même engagement envers la société, ils ne lui rendent pas le même service.

Au contraire, nier la spécificité du mariage et donner des droits aux couples, sans tenir compte de leur rôle

dans la cohésion du lien social, n'est pas justifié et c'est cela qui entraîne inégalité et discrimination. Le législateur s'est employé ces dernières années à aligner le régime du Pacs sur celui du mariage mais, uniquement, en ce qui concerne les avantages attachés à la qualité d'époux : imposition commune, régime fiscal des donations, exonération des droits de succession.

Il en résulte que les devoirs continuent à être réservés au mariage, alors que seuls les avantages sont étendus au Pacs. Ce faisant, le législateur procède à une discrimination à l'envers, qui consiste à traiter de manière identique des situations qui n'ont rien d'équivalent. Or ces "cadeaux fiscaux" ont un coût pour la collectivité. Il importe qu'ils bénéficient en premier lieu, dans la période actuelle de crise, aux modes de vie en couple qui présentent le plus d'intérêt social.

CONCLUSION

Chacun est libre de se marier ou non. Mais, si les personnes ont quelque chose à gagner à se marier, et à le rester, la stabilité familiale est encouragée et soutenue.

Le mariage est le cadre le plus adapté aux besoins des enfants, non parce que les personnes mariées seraient meilleures que les autres, mais parce qu'il offre à la famille un cadre protecteur et sécurisant, soustrait aux aléas des volontés individuelles et garanti par la loi.

Le mariage rend ainsi un véritable service public : n'est-il pas temps de le reconnaître en lui restituant sa spécificité et ses avantages ? Un tel encouragement n'exprimerait en rien le "retour de l'ordre moral", mais seulement le bon sens, l'intérêt bien compris de la société en faveur d'une institution dont elle tire grand profit, tout simplement ! ♦