Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?

Sous la direction

de Jacqueline Flauss-Diem,

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, Directrice adjointe du CEPRISCA,

et Georges Fauré,

Doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Amiens.

Collection CEPRISCA

Liste des contributions

Préface

Par Georges Fauré, Doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Amiens, membre du CEPRISCA

Petits propos introductifs sur les nouvelles formes de conjugalité

Par Françoise Monéger, Professeur à l'Université de Paris VIII

Le pacte civil de solidarité et la sexualité

Par Xavier Labbée, Professeur à l'Université de Lille II

Le notaire et le pacte civil de solidarité

Par Catherine Philippe, Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté

Les aspects patrimoniaux du pacte civil de solidarité

Par Alice Tisserand-Martin, Professeur à la Faculté de droit de Nancy

Les paradoxes du régime fiscal du pacte civil de solidarité : de la défiscalisation annoncée à la re-fiscalisation ambitionnée

Par Jean Delattre, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, membre du CEPRISCA

Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel

Par Eva Wenner, Docteur en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Sarrebruck, Avocat à Metz

Le civil partnership en droit anglais

Par Jacqueline Flauss-Diem, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, Directrice adjointe du CEPRISCA

Les conjugalités en droit belge

Par Jean-Louis Renchon, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Louvain, Directeur du Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine

Les nouvelles formes de conjugalité : nouveau « jouet » pour la doctrine de droit international privé ?

Par Christophe Seraglini, Professeur à l'Université de Paris XI Jean Monnet

Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?

Du pacte civil de solidarité aux nouvelles conjugalités : une modélisation supra-étatique des relations extra-matrimoniales par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Par Jean-Pierre Marguénaud, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, OMIJ

Droit communautaire et droits nationaux des nouvelles formes de conjugalité

Par Rémy Hernu, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, Centre de recherche universitaire sur la construction européenne (CRUCE)

Rapport de synthèse

Par Hugues Fulchiron, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, Directeur du Centre de droit de la famille

Postface

Par Jacqueline Flauss-Diem

Préface

Observez attentivement au Japon ou dans un jardin botanique, avec des yeux occidentaux, un « jardin zen » et vous distinguerez alors, dans un espace clos, des rochers de taille diverse entourés d'un sable blanc ratissé en vagues. Ces rochers, sans aller plus loin philosophiquement, peuvent représenter tout à la fois « des îles dans la grande mer » ou « des sommets de la montagne dans la mer de nuages ».

L'image de ce « jardin zen » nous semble, *mutatis mutandis*, transposable au thème du colloque tenu à la Faculté de droit et de science politique d'Amiens, le 28 octobre 2004 : « Du PACS aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ? ».

En effet, si l'on considère que les rochers du « jardin zen » renvoient au PACS, il faut alors se demander dans une perspective interne et internationale si cette nouvelle institution française est cantonnée modestement à un îlot dans les mers juridiques ou, si d'ores et déjà, avec les modèles européens d'autres conjugalités, elle va s'élever progressivement et victorieusement vers les cimes du droit des couples où jusqu'alors régnait et presque sans égal le mariage...

Pour le pacte civil de solidarité institué par la loi française du 15 novembre 1999¹, par comparaison au mariage, l'image de l'îlot semble s'imposer quantitativement et qualitativement. Quantitativement tout d'abord : de 2000 à 2003, onze fois plus de mariages que de PACS ont été conclus². En revanche, et cela présente un grand intérêt sociologique si la tendance est confirmée dans les années qui viennent, trois fois moins de dissolutions de PACS enregistrés que de divorces prononcés³. Qualitativement ensuite, si le PACS a été amélioré fiscalement et pourrait l'être plus largement encore en particulier sur le plan patrimonial⁴, le gouvernement et la majorité parlementaire n'entendent pas actuellement ni conférer aux partenaires les droits des conjoints ni permettre le mariage aux couples homosexuels⁵.

En droit comparé européen, le PACS français est aussi un îlot, mais un îlot « bien dépassé et bien isolé » pour M. Fulchiron⁶ ; il concerne tout

¹⁻ Cf. notamment, H. Chanteloup et G. Fauré, Conclure un PACS, Litec 2001.

^{2 -} Respectivement 1 138 364 mariages et 104 588 PACS.

^{3 -} En moyenne annuelle, un peu moins de 39 % de divorces prononcés par rapport au nombre de mariages conclus pour un peu moins de 12 % de dissolutions de PACS par rapport au nombre de PACS conclus.

⁴ - Cf. Rapport remis au Garde des Sceaux, le 30 novembre 2004 « Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme ».

^{5 -} Puisque la jurisprudence ne reconnaît pas le mariage entre personnes de même sexe : cf. Bordeaux, 19 avril 2005, D. 2005, 1687 confirmant le jugement du TGI de Bordeaux du 27 avril 2004.

^{6 -} Cf. infra, rapport de synthèse.

à la fois les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, mais il n'est pas assimilable au mariage exclusivement réservé aux premiers. Bien différente est la situation du droit belge où la « cohabitation légale », statut essentiellement patrimonial, a été instituée par la loi du 23 novembre 1998 au bénéfice de deux personnes, même parentes, de sexe identique ou de sexe opposé. Mais ce texte, inférieur au PACS français en termes de droits conjugaux, a été suivi du fait d'une alternance politique, d'abord de l'assimilation sur le plan fiscal des cohabitants aux conjoints, puis de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux couples homosexuels⁷.

Le *Civil Partnership Act* du 18 novembre 2004, réservé aux seuls couples de même sexe aboutit sur de nombreux points à une sorte de quasi-mariage ; le partenariat civil anglais est donc aussi à cet égard supérieur et différent du PACS français.

La loi allemande du 16 février 2001 relative au « partenariat de vie enregistré » présente un bilan contrasté. Elle confère aux partenaires homosexuels et aux couples hétérosexuels mariés les mêmes droits civils ; toutefois, contrairement au PACS français, elle n'attribue ni droits sociaux, ni droit fiscaux.

En droit supranational, le PACS français est aussi un îlot mais un îlot respectable qui doit être pris en compte et ce, en l'absence actuelle d'un modèle extra-matrimonial pour les couples au regard du droit communautaire ou de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme.

De retour au « jardin zen », nous constatons donc que notre PACS national ne peut avoir pour ambition, *de lege lata*, que d'être seulement un rocher petit îlot, bien modeste face aux rochers sommets qui l'entourent, que ce soit le mariage français ou d'autres institutions conjugales de droit comparé européen.

Georges Fauré

Doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Amiens, membre du CEPRISCA

^{7 -} Comp. avec la légalisation du mariage homosexuel adoptée par les députés espagnols, le 30 juin 2005.

PREMIERE PARTIE: L'ETAT DES LIEUX APRES UN QUINQUENNAT DE PACS

PETITS PROPOS INTRODUCTIFS SUR LES NOUVELLES FORMES DE CONJUGALITE

Françoise Monéger Professeur à l'Université de Paris VIII

Il est d'usage dans un cours sur le mariage, de commencer par une interrogation sur la nature juridique du mariage, contrat ou institution? Toutefois les développements consacrés à une telle interrogation dans les ouvrages de droit de la famille, sont aujourd'hui plus courts qu'ils ne l'étaient il y a quelques années. Tout le monde s'accorde sur une réponse de normand, ou de picard puisque nous sommes à Amiens, le mariage est à la fois un contrat et une institution. C'est un contrat en ce sens que c'est l'accord de volontés des époux qui fait le mariage, mais c'est un contrat tout à fait exceptionnel puisqu'il a pour but de créer une famille. Pour cette raison, la forme et le fond sont imposés aux parties qui ne peuvent s'en libérer seules. C'est ainsi qu'en France, le mariage ne peut se faire sans officier d'état civil et se défaire sans juge. Comme vient par exemple de l'écrire Pierre Catala, « la nature partiellement conventionnelle du mariage transparaît dans l'exigence du libre consentement des époux, qui, de 1804 à nos jours, n'a pas varié. Mais le mariage n'est pas un contrat comme les autres. Il est enchâssé dans une structure institutionnelle forte : dans l'institution familiale »¹. De même. pour Françoise Dekeuwer-Défossez, « si le mariage est une institution, c'est à la famille qu'il fonde qu'il emprunte cette qualité »².

Il est remarquable que cette discussion sur la nature juridique du mariage que l'on croyait un peu dépassée est réapparue avec les réformes récentes du droit de la famille et en particulier, pour le cas de la France, avec la création du pacte civil de solidarité par la loi du 15 novembre 1999, et la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004.

¹ - P. Catala, Les métamorphoses du droit de la famille, $\it in$ Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 344.

² - F. Dekeuwer-Défossez, PACS et famille, retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTDciv . 2001, p. 529, ici, p. 531.

L'article 515-1 du code civil énonce très clairement que le pacte civil de solidarité est « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Cette nature, purement contractuelle du PACS a été mise en avant dans la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 : « le pacte civil de solidarité est un contrat étranger au mariage et qu'en conséquence, la rupture unilatérale ne saurait être qualifiée de répudiation » ou encore « les contrats à durée indéterminée, catégorie à laquelle appartient le pacte civil de solidarité peuvent toujours être résiliés par l'une ou l'autre des parties »³. Le mariage serait donc une institution sur laquelle se fonde la famille, le PACS, un simple contrat organisant la vie d'un couple. Or, les choses ne sont pas aussi simples et tranchées. S'il y a bien un ordre public matrimonial incontestable, il y a aussi un ordre public dans le PACS, une espèce de régime primaire comparable à celui du mariage, en ce qui concerne par exemple les conditions de formation, les obligations entre partenaires et la solidarité vis-à-vis des tiers⁴. La question est alors de savoir ce qui fait que le mariage est une institution, est-ce l'encadrement de la liberté contractuelle des époux, est-ce, le fait de créer une famille ? S'il s'agit du premier critère, il faudrait qualifier aussi le PACS d'institution, parce que la liberté des partenaires n'est pas totale, mais c'est le lot de beaucoup de contrats. S'il s'agit du second, il faudra répondre à la question de savoir si le pacte civil de solidarité crée une famille?

On peut trouver un élément de réponse dans la présentation que vient de faire Frédérique Granet-Lambretchs des législations européennes relatives à l'enregistrement des couples hors mariage⁵, présentation établie à la suite du rapport du groupe de travail mis en place par le Garde des Sceaux sur le bilan des premières années d'application de la loi sur le pacte civil de solidarité, rapport établi avec l'éclairage du droit comparé européen. Ce tableau partage les partenariats en deux groupes. Le premier concerne les partenariats de type institutionnel, dans lesquels figurent les Pays scandinaves, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suisse, et le Royaume-Uni, le second, les partenariats de type contractuel, avec la France, la Belgique, l'Espagne et le Luxembourg. Or, ce qui fait la différence entre les deux hypothèses, ce n'est pas le formalisme puisqu'il s'agit de partenariats enregistrés mais l'importance des effets produits. Dans les partenariats institutionnels, les effets sont non seulement d'ordre patrimonial, mais aussi d'ordre personnel, effet sur le nom, effet en matière d'autorité parentale, effet en matière successorale. Les effets sont alors très proches de ceux d'un mariage. Dans cette

^{3 -} JO 16 novembre 1999, p. 16967.

^{4 -} V. par exemple, J.J. Lemouland, Le couple en droit civil, Dr. famille, juillet-août 2003, ici, p. 13.

^{5 -} Dr. famille, janvier 2005, p. 12. Pour une autre présentation des partenariats en droit comparé, V. Guillaume Kessler, Les partenariats enregistrés en droit international privé, préface Paul Lagarde, LGDJ, 2004, p. 23 et s.

première catégorie, seuls les Pays-Bas ouvrent les partenariats à tous les couples de même sexe ou de sexe différent, les autres pays ayant créé, à côté de l'institution du mariage ouverte aux couples de sexes différents, l'institution du partenariat, pour les couples de même sexe. Il est vrai que les Pays-Bas ont également ouvert le mariage à tous les couples et qu'il s'agit alors de laisser aux couples, la liberté de choix entre les différentes formes de conjugalité.

Avec les partenariats de type contractuel, les effets sont essentiellement patrimoniaux, il s'agit simplement, et le PACS français est à ce titre exemplaire, d'organiser la vie d'un couple. Il ne faut toutefois pas généraliser puisqu'en Belgique, la loi du 24 avril 2004 réformant l'adoption prévoit que les cohabitants de sexe opposé vivant ensemble depuis trois ans peuvent adopter un enfant. Mais on peut considérer que c'est alors l'enfant qui « fait famille ». D'ailleurs, le droit d'adopter ensemble ne figure pas dans la loi sur la cohabitation légale mais dans celle sur l'adoption.

La discussion sur la nature juridique du mariage a été à nouveau ouverte en France avec la réforme du divorce, et là encore par référence au PACS. Lors des débats parlementaires, il a été déclaré qu'il fallait conserver le juge pour prononcer le divorce parce que le juge était le garant de l'institution du mariage⁶. En d'autres termes, c'est parce que le mariage est une institution qu'il ne peut être dissous que par un juge, c'est parce que le pacte civil de solidarité est un simple contrat qu'il peut y être mis fin par la seule volonté des parties, volonté commune ou volonté unilatérale. Admettre un divorce par simple déclaration à la mairie comme Irène Théry l'avait proposé dans son rapport en 19987 serait réduire le mariage à un PASC.

L'exposé des nouvelles formes de conjugalité, thème de ce colloque, pose en réalité la question du mariage et de sa place dans notre société. Les législateurs créent de nouvelles formes d'unions, appelées partenariat, cohabitation légale ou pacte civil de solidarité, réforment leur droit du divorce toujours dans le même sens, libéralisation, contractualisation et ne s'occupent pas du mariage, sauf pour l'ouvrir aux couples de même sexe.

^{6 -} V. Florence Bellivier, RTDciv. 2004, p. 568, citant, JO Sénat, 7 janvier 2004, p. 53.

^{7 -} Couple, filiation et parenté aujourd'hui, O. Jacob, 1998.

TITRE 1: LA SITUATION EN FRANCE

LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE ET LA SEXUALITÉ

Xavier Labbée Professeur à l'Université de Lille II

La loi instituant le PACS est moins anodine qu'on voudrait la faire paraître. Ecrite en des termes ambigus propres à permettre les interprétations les plus contradictoires, votée à la hâte, la loi bouleverse cependant irrémédiablement le droit des personnes et surtout le droit de la famille.

Cette loi a été essentiellement voulue par la communauté homosexuelle qui revendique aujourd'hui le droit au mariage. Elle n'a pas pour but d'organiser uniquement une communauté d'intérêts patrimoniaux comme on a bien voulu l'écrire¹: il a toujours été possible - et cela depuis des lustres - d'organiser en dehors du droit de la famille des unions d'intérêts et le droit notarial depuis longtemps répondait à la demande. On n'a pas attendu la loi sur le pacs pour créer des sociétés civiles immobilières, des tontines, et recevoir des donations...

La loi de 1999 va - à notre avis - beaucoup plus loin et il faut avoir le courage de le dire pour comprendre le changement qu'elle opère dans les moeurs et la façon d'aborder les tabous que sont la vie la mort, l'amour le sexe et la reproduction. Ces tabous constituent le fondement de notre vie en société. Pour comprendre l'apport de la loi de 99, il nous faut rappeler brièvement l'histoire du droit du couple et de la sexualité.

Autrefois - de 1804 aux années cinquante - on disait dans la tradition du code civil que seul le mariage conférait pour un homme le droit d'avoir une femme dans son lit... La sexualité était alors synonyme de procréation. Elle seule permettait à l'individu de se reproduire et au groupe de survivre. Le mariage était la seule opération juridique pouvant inclure une obligation de se donner à l'autre et qui soit sanctionnée par le droit. Tout le reste - sans être interdit - était ignoré. C'est en ce sens que l'on disait que le mariage était une institution et l'on ne connaissait qu'une famille, la famille légitime. On chantait à l'époque avec Jean Lumière "ce n'est que votre main Madame".

Et puis l'on a ressenti le besoin de prendre en compte les relations hors mariage. La sexualité a été appréhendée par le droit hors du

^{1 -} Françoise Dekeuwer-Défossez, Pacs et Famille - Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTDciv 2001, p. 540 : "un couple sans obligations personnelles... le droit du mariage impose aux époux un certain nombre d'obligations personnelles : la communauté de vie, la fidélité et l'assistance. Aucune de ces trois dimensions ne se retrouvent dans le pacs par suite d'un choix conscient et volontaire du législateur".

cadre légal du mariage mais toujours dans sa finalité procréative.

On a parlé des "enfants hors mariage" à qui l'on a donné les mêmes droits qu'aux enfants légitimes. Le législateur a même encadré la maîtrise de la sexualité... mais toujours en l'envisageant sous le seul angle de la reproduction. La contraception légalisée permet d'éviter la reproduction toujours possible, l'IVG permet d'éviter la naissance. On a pu résumer tout cela par l'expression : "un enfant quand je veux, si je veux, avec qui je veux". C'est de l'amour libre dans sa dimension procréative qu'il s'agit. Et d'ailleurs le divorce n'est plus un drame puisqu'on peut se mettre d'accord. C'est le droit des années 1970. La période semble joyeuse. On chante avec Antoine qu'il faut mettre "la pilule en vente dans les Monoprix" pour enrichir le pays. Et avec Michel Delpech les divorcés.

Et puis insidieusement le contexte a changé.

La science nous montre que la procréation n'est pas nécessairement synonyme de sexualité. On peut créer un être dans une éprouvette par un simple rapprochement de gamètes. Cette même science permet encore aux mères porteuses de faire fortune hors de France. Une femme peut aujourd'hui accoucher d'un enfant qui n'est pas le sien. Le constat est dressé: on peut avoir un enfant sans passer par l'acte sexuel... dans un contexte juridique qui nous montre une famille en lambeaux, tantôt monoparentale, tantôt décomposée, tantôt recomposée... et qui n'en finit plus de chercher son âme.

Est-ce l'absence de modèle familial qui a conduit les gens à partir voir ailleurs si tout va mieux ? Il y a ceux qui changent de sexe - c'est possible - mais aussi ceux qui se tournent vers le même sexe curieusement quelquefois à l'issue d'un mariage malheureux. On chante aujourd'hui "elle a fait un bébé toute seule" et depuis quelques années déjà Aznavour nous confie qu'il est "un homo comme ils disent". On assure que la période est gaie mais Maud Marin - ancien avocat au barreau de Paris devenue transsexuelle après avoir connu la prostitution - publie "Tristes plaisirs".

La loi sur le PACS intervient dans ce contexte : et avec elle, c'est d'une sexualité qui ne peut pas - par définition - avoir de finalité reproductive qu'il s'agit. Il s'agit d'un amour stérile dans tous les sens du terme (improductif et inutile). "L'amour avec qui je veux pourvu qu'il soit impossible d'avoir un enfant" tel pourrait être le brocart actuel. Ce qui a été en fait revendiqué par la communauté homosexuelle, c'est d'avoir officiellement le droit aux relations sexuelles avec un partenaire de même sexe. Passer de la tolérance (qui a toujours existé car l'homosexualité n'a jamais été interdite... même si à la veille de la loi sur le Pacs

elle n'était franchement pas bien vue des tribunaux²) à la reconnaissance... avec tous les dangers que présente la normalisation. Si le législateur parle des couples homosexuels et leur donne un statut, c'est que ces couples sont entrés dans la norme et que leurs relations sont elles-mêmes normales et peuvent dès lors constituer un modèle de référence.

C'est peut être pourquoi ce statut a été créé de façon assez confuse par un législateur un peu gêné... qui crut pouvoir cacher la réalité et noyer le vrai problème en mélangeant le pacs homosexuel avec le pacs hétérosexuel (qui n'a évidemment aucun intérêt pour nos développements et dont on ne parlera pas). Ce mélange ne fait que mieux souligner le fondement sexuel du contrat de pacs : si le pacs n'était qu'une opération purement patrimoniale, le législateur n'aurait pas pris la peine de dire "de même sexe ou de sexe différent".

La sexualité dans le Pacs ne peut pas par définition avoir de finalité procréative. Or elle existe. Les couples homosexuels n'ont certainement pas fait voeu de chasteté. Elle découle de l'obligation de vie commune que la loi décrit et pourrait se résumer à une espèce de "droit au plaisir" égoïste, excluant tout espoir d'enfant et qu'il faut définir (section I). Mais bizarrement, ce droit à une sexualité non procréative ne s'inscrit pas dans le cadre d'une liberté débridée. Le Pacs n'est pas une institution libertine mais bourgeoise défendant une certaine forme de fidélité et de monogamie (section II). Quelle chose bouleversante!

Section I - L'obligation de vie commune

La notion de "vie commune" est fort intéressante, car elle rapproche étrangement le pacs du mariage. Les mots employés sont les mêmes et c'est troublant:

L'article 215 nous dit que dans le mariage : "les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie".

L'article 515-1 nous dit de son côté qu'un "PACS est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures de sexes différents ou de même sexe pour organiser leur vie commune".

^{2 -} En 1997, la Cour de cassation refusait de qualifier de concubinage la relation homosexuelle : "le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme" (Cass. 3^{em} civ., 17 décembre 1997, D. 1998, p.111; JCP 1998, II, 10093, note DJIGO; Defrenois 1998, p.404, obs Bénabent. V° également à propos du refus d'assimiler pour l'octroi par un employeur d'une réduction tarifaire de transport le concubin homosexuel au conjoint ou au concubin de sexe opposé ne constitue pas une discrimination : cass. soc., 11 juillet 1989, bull. V, n°514; CJCE 17 février 1998, aff 249/96. Pour le refus de faire bénéficier le concubin homosexuel du droit au transfert de bail en cas de décès de celui ayant conclu le contrat : Paris, 27 avril 1989, JCP 1989, IV, 341.

Le trait commun du mariage est du Pacs est donc bien la "vie commune". On met les vies en commun. Que faut-il entendre par là ?

A. En matière de mariage

En matière de mariage, la réponse est facile : Philippe Malaurie la résume par la formule "communauté de toit, communauté de lit". On cite les vieux brocarts "boire manger coucher ensemble, c'est mariage ce me semble" ou encore "même feu même pot". La vie commune suppose donc beaucoup plus qu'une communauté de budgets. Elle suppose une intimité de vies, et bien sûr le "devoir conjugal" dont le législateur ne parle pas - par pudeur sans doute - mais qui a toujours été sanctionné par la jurisprudence.

Ainsi le refus de se donner à l'autre peut constituer une cause de nullité de mariage traduisant l'absence de volonté matrimoniale ou encore une cause de divorce³ (on aurait dit autrefois une "injure grave") entraînant éventuellement l'allocation de dommages et intérêts. Les pratiques sexuelles excessives⁴, excluant toute volonté procréative peuvent constituer une cause de divorce... comme constituent évidemment une cause de divorce les violences sexuelles, les maladies transmises sexuellement... et même le fait par le mari de mettre⁵ ou de refuser de porterselon le cas - un préservatif. Plus généralement, la maltraitance est une cause de divorce.

Existe-t-il dans le mariage un "droit au plaisir"? Cette question est généralement peu abordée - car elle touche l'intimité du couple - mais elle prend un relief particulier dans notre exposé. Les décisions sont très rares mais elles existent... même si ce droit prétendu pèse moins lourd que la privation de l'espérance d'une maternité⁶.

^{3 -} Montpellier, 2 mars 1938, DH 1938, p. 312.

⁴⁻ TGI Dieppe, 25 juin 1970, JCP 1970, II, 16545: "Malgré ses 70 ans, N... fait preuve d'un comportement allant de la tendresse à l'indécence et à la bestialité la plus raffinée. Il ne peut passer près de son épouse sans tenter de la caresser de l'embrasser, ou de lui relever la jupe afin de procéder à des attouchements. Plusieurs fois par jours, il la poursuit de ses assiduités, la couvrant de baisers sur tout le corps".

^{5 -} Caen, 26 décembre 1899, DP 1900, 2, 206 : "dès le premier jour de ses noces, X... s'est dérobé à ses devoirs qui sont l'honneur et la moralité du mariage. Il a méconnu le but de l'union des sexes et de l'union conjugale en ayant recours à des procédés frauduleux et immoraux afin de ravir à sa femme toute espérance de maternité..."; Nancy, 10 mars 1894, DP 1895, 2, 14 : "la substitution à l'accomplissement du devoir conjugal "de pratiques aussi compromettantes pour la santé de la jeune femme que pernicieuses au moral...".

^{6 -} Le professeur Jean Pierre Branlard les cite : "En général, ce sont les femmes qui reprochent à leur mari d'avoir "le sexe triste". On a jugé que le conjoint est répréhensible "de ne pas avoir fait acte de mari plus fréquemment" ou de n'avoir eu avec sa femme que "des rapports incomplets". Puis on passe du quantitatif au qualitatif : les rapports intimes étaient si imparfaits qu'ils ne procuraient à la femme ni espérance de maternité ni plaisir". L'allusion au fait que le mari ne donnait à sa femme "aucun plaisir" est très remarquable. C'est une des rares espèces, parmi les multitudes de procès portant sur des griefs d'ordre sexuel, ou la cour prend en compte le plaisir sexuel : le plaisir sexuel est-il un droit ? La frustration de l'épouse pesa certainement moins lourd sur la décision du juge que la privation de toute espérance de maternité" (JP Branlard, Le sexe et l'état des personnes, p. 314).

B. Le Pacs

La notion de vie commune suppose bien sûr la "communauté de toit". Mais tandis que dans le mariage, "les époux peuvent avoir des domiciles distincts sans qu'il soit porté atteinte à la communauté de vie" (article 215) la législation sur le pacs ne prévoit rien de tel : les partenaires **doivent** vivre ensemble sous le même toit. A défaut, on pourrait juger leur pacte fictif. Et ils pourraient perdre par exemple les avantages découlant du pacs. Au fond, la loi sur le Pacs est moins libérale pour les partenaires que ne l'est la loi sur le mariage pour les époux.

Mais que dire du reste ? Le conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler qu'il y a - selon lui - dans le couple homosexuel une vie commune au sens plein du terme impliquant des relations sexuelles. Que dire de ces relations? On nous présente dans la presse le couple homosexuel au jour de son (faux) mariage... et l'on a de ce couple une vision idéale évoquant les amoureux de Peynet. Cette vision est évidemment fausse car on ne parle pas du reste. Les homosexuels pacsés ne sont pas nécessairement "des amis choisis par Montaigne et la Boetie"... mais forment des couples qui ne sont pas différents des autres. N'existe-t-il jamais de violences "conjugales" de rapports sexuels imposés, imparfaits, dans les milieux homosexuels? N'y a-t-il jamais de maladies transmises ? N'y a-t-il jamais de "personne vulnérable" contrainte d'accepter dans le silence n'importe quoi... et victime de ce que l'on nomme aujourd'hui "maltraitance" ? N'y a-t-il jamais de souffrance et d'humiliations, de violence ou de perversité ? La maltraitance se caractérise par le fait qu'elle est le plus souvent tue... On n'ose pas la révéler. N'y a-t-il pas des victimes qui n'osent pas avouer les maltraitances dont elles font l'objet justement parce qu'elles sont homosexuelles ? Il n'est pas impossible que les actes de maltraitance soient pires dans ce milieu qu'ailleurs... et qu'on ne le sait pas. Que faire alors ? Comment sont sanctionnés les comportements fautifs ? Nous nous rendons compte qu'existe un grand vide.

Si le législateur a instauré en 2004 un "référé violence conjugales" dans le droit du mariage et du divorce (comme si les violences conjugales étaient l'apanage couple hétérosexuel) il n'a rien dit pour le Pacs.

^{7 - &}quot;Il résulte des dispositions de l'article 515-1, éclairées par les débats parlementaires, que la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes. La vie commune suppose, outre une résidence commune, une vie de couple qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage". Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, n°99-419 DC.

^{8 -} Article 220-1 C. civ. : "Lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal...".

Que faire lorsque les violences dans le couple homosexuel apparaissent ? Comment traiter en urgence la question du logement "familial" ? Et que faire surtout lorsque l'un des partenaires a des enfants qui résident avec lui... ou sur qui il n'a qu'un droit de visite ? La loi civile ne dit strictement rien... Le droit pénal - d'interprétation stricte - aggrave de son côté les violences commises par le conjoint et le concubin... mais pas par le partenaire pacsé⁹. Il fait une obligation aux tiers de "dénoncer les violences conjugales"... mais ceci ne semble pas concerner pas le pacs.

Le législateur a instauré aussi le dialogue dans le couple lorsque les difficultés apparaissent : le juge a toujours la possibilité de prévoir une "médiation". Mais cette mesure concerne-t-elle le couple homosexuel ? Et pourquoi ne la concernerait-elle pas ?

En l'état, les violences "conjugales" dans le couple homosexuel peuvent entraîner la résiliation unilatérale du pacs et justifier - pourquoi pas ? - une demande de dommages et intérêts de la part de la victime. Mais c'est tout et c'est sûrement fort peu.

- Le refus de se donner à l'autre pourra-t-il constituer une cause de nullité de pacs, révélant un défaut d'intention de vivre ensemble ? On songe à la méprise de l'étranger qui croit obtenir une espèce de statut en se pacsant¹⁰... et qui découvre qu'il doit se donner à son partenaire sous peine de voir celui-ci agir en nullité. Pour avoir des papiers... il faut coucher.
- On n'ose évidemment pas évoquer le "droit au plaisir"... Quelle serait la réponse d'un magistrat saisi d'une demande de dommages et intérêts fondée uniquement sur l'insatisfaction du demandeur ? Quel serait le modèle de référence permettant au juge d'apprécier la conduite du débiteur de l'obligation ? On a du mal à évoquer "le bon père de famille"... Faudra-t-il aller chercher le "professionnel de même spécialité" ?

Tout cela est au fond éminemment gênant et scabreux : la doctrine actuellement refuse de parler des devoirs personnels dans le PACS, comme s'il s'agissait d'une incongruité. C'est une réalité qu'on persiste à ne pas voir tout en l'institutionnalisant. On en arriverait à croire que la règle *nemo auditur* retrouverait de la vigueur : ne me parlez pas de ce que je ne veux pas entendre ! On n'en sourit même plus comme du temps de la *Cage aux folles* de peur d'être taxé d'homophilie ou d'homophobie selon la sensibilité de l'interlocuteur... tant il est vrai que la sexualité est un tabou.

^{9 -} Exemple : les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de 15 ans d'emprisonnement. L'infraction est punie de vingt ans lorsqu'elle est commise "par le conjoint ou le concubin de la victime" (article 222-8).

^{10 - &}quot;Le faux pacs et les vrais papiers", note sous TA de Lille, 3 juillet 2002, D. 4 mars 2004.

Mais curieusement, si la loi sur le Pacs institutionnalise les relations sexuelles entre partenaires de même sexe, elle n'institutionnalise pas le libertinage ou le droit à mener une vie débridée. Bien au contraire, la loi sur le Pacs s'inscrit dans le cadre d'une morale étrangement bourgeoise.

Section II - Une morale bourgeoise

Le PACS n'est pas une institution libertine : la loi reflète au contraire une espèce de morale bourgeoise impliquant la monogamie la prohibition de l'inceste, ainsi qu'une certaine forme de fidélité. Sans compter que les pacsés ont des biens (comme il sera dit au cours de cette journée). Le couple de pacsés n'est donc pas un couple de libertins soixantehuitards, flambeurs d'argent... C'est au contraire un couple de personnes recherchant la fidélité, plus attirées par les plans d'épargne et d'assurance vie que par la vie facile et exubérante. Et bientôt ce couple idéal pourra adopter. Quoi de mieux qu'un enfant pour sceller une union?

A. La monogamie et la prohibition de l'inceste

L'article 515-2 est clair : il ne peut y avoir de PACS à peine de nullité "entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage et entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité". Il ne peut pas non plus exister de pacs "entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés et entre collatéraux…"

Si le Pacs n'était qu'une simple opération patrimoniale, excluant toute idée de sexualité, le législateur n'aurait pas posé de tels interdits. Il a toujours été possible de créer des sociétés familiales, des communautés d'intérêts entre parents. L'article 515-2 ne s'explique qu'en raison du fondement sexuel du pacs. Les partenaires forment bel et bien un couple. Si un père ne peut pas se pacser avec sa fille... c'est tout simplement parce qu'il ne doit pas coucher avec elle. Il peut en revanche faire avec elle une société civile immobilière parce que l'objet d'un tel contrat ne touche pas à la sexualité.

B. Le devoir de fidélité existe-t-il dans le Pacs?

Nous l'avons soutenu... tous simplement pour avoir rencontré au hasard de la clientèle des personnes homosexuelles pacsées, souffrant intensément d'une rupture et d'une trahison. Pourquoi la souffrance consécutive à une trahison serait-elle l'apanage du mariage ? Sans compter que le mariage n'a pas l'exclusivité de la notion : un employeur peut réclamer des dommages et intérêts au salarié qui le trahit en allant chez un concurrent.

Le législateur n'a pas écrit que les pacsés se doivent fidélité. Mais il a écrit expressément que le pacs est un contrat, et qu'à ce titre il doit être exécuté loyalement. Comment exécuter loyalement le devoir de vie commune, sinon qu'en étant fidèle? On ne peut pas avoir une double vie quand on est pacsé. C'est dans cette veine que le Président du Tribunal de Lille a désigné un huissier aux fins d'aller dresser un constat d'adultère¹¹. Cette décision n'est pas passée inaperçue : certains auteurs l'ont trouvée logique. D'autres l'ont critiquée. Chacun réagissant en fait en fonction de ce qu'il ressent au plus profond de lui même face à cette nouvelle institution.

Que conclure de tout ceci?

L'exercice auquel nous nous sommes livrés n'est-il pas purement intellectuel ? Est-il déraisonnable ou irréaliste de parler de devoirs personnels dans le pacs évoquant ceux issus du mariage ? Avons nous raison ou tort de croire que les devoirs personnels passent avant les relations patrimoniales, qu'elles sont le fondement du droit du couple et l'avenir de la société ? Car une société qui ne se reproduit plus finit par mourir.

Une donnée inquiétante nous surprend : après cinq années de pratique... il n'y a pas de contentieux publié sur la question. Or il existe un nombre important de "couples pacsés". Tout le monde s'est accordé à dire que la loi était mal écrite et pourtant les tribunaux ne semblent pas saisis de litiges. Pourquoi ? Les partenaires pacsés réussiraient-ils à régler leurs problèmes eux-mêmes, en dehors des prétoires ? Pourquoi a-t-on alors légiféré ?

Une autre donnée - plus grave - doit être prise en considération : il est peut être irréaliste de parler de relations personnelles dans le Pacs... tout simplement parce que les devoirs personnels dans le couple disparaîtraient purement et simplement : le législateur contemporain n'a-t-il pas banalisé le divorce, instauré la répudiation, et remisé toute volonté de divorce-sanction aux oubliettes ? Le législateur contemporain n'a-t-il pas achevé la destruction du mariage ?

Pourquoi parler de fidélité dans le Pacs si cette notion n'a plus de sens dans le mariage? Peut on exiger des partenaires pacsés des devoirs qui n'existent plus dans le mariage? Et la volonté des homosexuels de contracter mariage ne ressortirait-elle pas prosaïquement d'une simple volonté de faire la fête, plus proche de la mascarade que de l'engagement, de la provocation que de la volonté réelle de fonder une union durable?

 $¹¹⁻TGI\,Lille, 5\,juin\,2002, D.\,2003, p.\,515, notre\,note\,;\,RJPF\,2003.\,3/38, obs.\,Valory\,;\,Dr.\,fam.\,2003,\,n^{\circ}57, note\,Beignier\,;\,RTDciv\,2003,\,p.\,270, obs.\,Hauser.$

La réponse dépend d'une réalité : le droit de la famille n'en finit pas de terminer sa crise. Le législateur contemporain n'arrive pas à sortir de la pensée de Jean Carbonnier. Lorsque l'on se rendra compte que cette pensée était le reflet d'une époque qui n'est plus la nôtre et que les événements de mai 1968 font maintenant partie de l'histoire, on pourra songer à construire quelque chose de neuf. Le regard que l'on jette sur les lois contemporaines est toujours le même. On a envie de dire au législateur: "Travail laborieux. C'est bien mais peut mieux faire". S'il est exact que le droit du couple peut se résumer à un droit contractuel, il est tout aussi exact que le droit des contrats n'est pas synonyme d'irresponsabilité ou d'égoïsme. Dans tous les contrats (consensuels ou solennels) existe un devoir de loyauté et de bonne foi, toujours sanctionné par le législateur. Plutôt que de penser à rénover (ou replâtrer) un droit de la famille moribond, il faut maintenant penser à le reconstruire. Ce qui suppose aussi une volonté éducative et un courage politique : ne faut-il pas rappeler aux gens que si l'amour est synonyme de liberté, il n'est pas synonyme d'égoïsme? Mais cela est une autre histoire.

LE NOTAIRE ET LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

Catherine Philippe Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté

« Monstre juridique »¹, « institution incohérente et ingérable », « produit de non-dits et de non choix »², « quasi mariage de nature contractuelle »³, « mariage bis »⁴... Quels que soient les qualificatifs dont il est paré, le PACS fait partie du droit positif et les professionnels du droit doivent, sur cette question, satisfaire aux sollicitations dont ils font l'objet. Le notaire dont l'activité mêle le droit des personnes et le droit des biens est à l'évidence concerné par l'application de la loi du 15 novembre 1999 et ce tant dans le cadre de sa mission d'information (section I) que dans sa tâche de rédacteur (section II).

Section I - L'information

Si parfois « l'ignorance et l'insécurité sont deux oreillers fort doux »⁵, le notaire ne saurait s'accommoder de cette situation ; sur lui pèsent l'obligation de s'informer du contexte juridique des opérations qu'il relate dans ses actes (A) et un devoir de conseil à l'égard de ses clients (B).

A. S'informer

Il incombe au notaire de vérifier l'identité, la capacité, les droits et les pouvoirs des parties⁶. Dans un certain nombre de cas il lui est donc indispensable de connaître de l'existence d'un PACS. Le décret n° 99.1090 du 21 décembre 1999 ne reconnaît pas à ce professionnel un droit général d'interrogation des fichiers du greffe du Tribunal d'instance ; l'article 5, 3° envisage la communication de renseignements uniquement pour « les besoins des règlements successoraux et de l'établissement des actes nécessitant une publicité au bureau des hypothèques ainsi que des donations »⁷.

Sur le plan pratique on peut se demander comment le greffier sera en mesure de contrôler la recevabilité de la demande qui lui est adressée. Il n'en demeure pas moins que l'interrogation est limitée tout

^{1 -} P. Malaurie et H. Fulchiron, La Famille, Defrénois 2004, p. 354.

^{2 -} H. Fulchiron, Les présomptions d'indivision dans la communauté et dans le PACS, Rép. Defrénois 2001, p. 968 et 962.

^{3 -} A. Bénabent, Droit Civil - La famille, Litec, 11° éd., n° 433.

^{4 -} J. Carbonnier, La famille, l'enfant, le couple, 21° éd. refondue, p. 734.

^{5 -} Diderot, Pensées philosophiques, XXVII.

^{6 -} Cass. civ. 3 mai 1983, D. 1983, nº 558 note J.L. Aubert.

^{7 -} F. Sauvage, Publicité du PACS et pratique notariale, JCP 2000 p. 1431 ; B. Beignier, Droit de la Famille mars 2001, p. 22.

d'abord aux règlements successoraux ; en effet lorsqu'un individu décède, il est nécessaire de savoir s'il a conclu un pacte civil de solidarité pour déterminer la masse active de sa succession et faire profiter son partenaire du jeu de l'indivision et du bénéfice des avantages fiscaux.

L'accès aux registres est possible ensuite dans le cadre de l'établissement des actes soumis à publicité foncière, c'est-à-dire d'opérations portant sur des immeubles telles que vente, licitation, constitution d'usufruit, apport en société, servitudes, hypothèques, inscriptions de privilèges, conventions d'indivision... La vérification des pouvoirs de l'auteur de l'acte s'impose, la détermination des droits nouveaux du partenaire est souhaitable.

Enfin en matière de donations le notaire est encore moins autorisé à négliger de se renseigner eu égard à la gravité de l'acte.

On remarquera que pour des opérations telles que la vente de fonds de commerce ou la cession de droits sociaux l'interrogation des fichiers n'est pas prévue alors qu'il s'agit d'actes aux incidences patrimoniales non négligeables.

On est ainsi conduit à penser aux hypothèses ou l'information du notaire ne pourra venir que des renseignements donnés par ses clients et à s'interroger sur la fiabilité des éléments communiqués. Sous peine d'engager sa responsabilité, le notaire doit s'adresser au greffe chaque fois qu'il en a la possibilité. En revanche, lorsque la communication lui est refusée, il est tenu de relater dans l'acte que la question a été posée aux parties et que celles-ci ont été averties des conséquences d'un éventuel PACS. La position des greffes refusant d'accorder des attestations de non PACS doit être condamnée⁸, même s'il faut bien avouer qu'il s'agit d'une lourde tâche pour cette administration; on ne saurait admettre que le silence du greffe (et pendant combien de temps?) puisse valoir attestation de non PACS. Certes, la délivrance de ce document n'est expressément prévue par les textes qu'à la demande des partenaires mais la sécurité juridique souffrirait d'une interprétation aussi étroite du décret. Certes la position de la CNIL paraît condamner la production d'attestations comme portant « une atteinte excessive » à la vie privée, à la liberté et à la tranquillité des individus. Mais que les partenaires ne soient pas tenus de divulguer les attestations qui leur sont délivrées est une chose, interdire au notaire de solliciter de tels renseignements alors qu'ils sont nécessaires à l'efficacité des opérations qu'il relate en est une autre9.

Le notaire est ainsi tenu de s'informer pour à son tour informer et conseiller.

^{8 -} F. Sauvage, JCP N 2000, p. 1434.

^{9 -} F. Sauvage, JCP N 2000, p. 1434.

B. Informer et conseiller

La loi du 15 novembre 1999 est pour la majorité des commentateurs « techniquement maladroite »¹¹, « médiocre »¹¹, voire « périlleuse pour les imprudents... »¹². Une « mise en garde contre les effets indésirables du PACS » est donc indispensable¹³. Par sa qualité d'officier public et sa mission d'authentification des actes le notaire est « dispensateur de sécurité juridique »¹⁴; il lui appartient de ce fait d'informer les candidats à la conclusion d'un PACS des incertitudes inhérentes à l'application des articles 515-1 à 515-7 du code civil.

Les futurs partenaires doivent être en mesure de fournir une convention en double original, documents dont il convient de leur dire qu'ils leur seront restitués et donc confiés à leurs soins à fin de conservation. Il serait prudent également que le notaire vérifie les motivations des parties et dissuade ceux qui tenteraient de recourir à des PACS « simulés » et se dispenseraient de vie commune¹⁵.

Plus nécessaire encore est l'information relative aux conséquences patrimoniales du PACS : la solidarité de l'article 515-4 alinéa 2 et les incertitudes relatives à la notion de dépenses de la vie courante ou afférentes au logement commun ; qu'en est-il des effets des dépenses excessives, des achats en capital ou à crédit¹⁶? Mais c'est surtout « les enfers » de l'indivision qui doivent être « visités »¹⁷. Les questions sont multiples : quels sont les « acquêts de PACS »¹⁸, et notamment, quel est le sort des revenus, des créations, des biens advenus par accession, subrogation, prescription, des biens autres que les meubles non meublants acquis au seul nom d'un partenaire sans exclusion expresse de l'indivision¹⁹? Le « cauchemar »²⁰ ne s'arrêterait pas là et aurait aussi pour objet une gestion pesante et des comptes malaisés à réaliser.

Mêmes incertitudes enfin à signaler en ce qui concerne les obligations personnelles puisque la vie commune de l'article 515-1 du code

^{10 -} M. Grimaldi, Réflexions sur le pacte civil de solidarité en droit français, Rép. Defrénois 2003, p. 815.

^{11 -} Y. Delecraz, Pacs et conjugalité, JCP N 2004, p. 1180.

^{12 -} B. Beignier, PACS: aspects civils - Droit de la famille numéro spécial déc. 1999, p. 35.

^{13 -} Mélanie Monteillet-Geoffroy, JCP.N. 2001, p. 744.

^{14 -} J. de Poulpiquet,, Encyclop. Dalloz Droit civil, v° notaire, n° 302.

^{15 -} B. Beignier, Aspects civils du PACS, Dr. de la famille, Hors série déc. 1999, p. 35 ; X. Labbée, AJF Juillet/Août 2004 p. 269.

¹⁶⁻A. Souleau-Travers, La solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un PACS, Rép. Defrenois 2002, p. 569.

¹⁷- Selon la formule de B. Beignier, Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers, Rép. Defrénois 2000 art. 37175, p. 620 ; également Y. Flour, Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité, Gaz. Pal 5/6 mars 1999, p. 2.

^{18 -} A. Delecraz, op. cit. p. 1182.

 $¹⁹⁻G.\ Champenois, Les\ pr\'esomptions\ d'indivision\ dans\ le\ PACS\ in\ Etudes\ offertes\ \`a\ J.\ Rubellin-Devichi,\ p.\ 84.$

^{20 -} P. Devedjian, Ass. Nat. 7 nov. 1998.

civil est devenue une résidence commune et une vie de couple après l'examen du Conseil constitutionnel²¹, et que le devoir de fidélité a fait son apparition sous couvert d'une obligation de loyauté²².

L'information réalisée, les conseils donnés en fonction de la situation spécifique des futurs partenaires, le notaire passe ensuite à la phase de rédaction de la convention.

Section II - La rédaction

Il convient de se demander comment le notariat « pacsera »²³.

A. La forme

L'article 515-3 al. 2 prévoit que les parties produisent au greffier la convention qu'ils ont passée « en double exemplaire ». Cette dernière précision paraît d'emblée exclure l'acte notarié dont l'original est unique et reste entre les mains du notaire chargé de sa conservation²⁴.

Il a paru tellement surprenant que le PACS soit « le premier contrat à ne pouvoir être établi sous la forme authentique »²⁵ alors que la supériorité de la convention notariée est indiscutable²⁶, que divers aménagements ont été très rapidement proposés, tels l'acte en brevet, la production d'expéditions d'acte authentique ou de copies certifiées conformes. La première solution serait « digne de figurer dans l'anthologie des bévues législatives »²⁷ car le brevet n'est possible que pour des opérations expressément visées par le législateur, celles-ci n'ayant aucune analogie avec le pacte civil de solidarité puisqu'il s'agit d'actes unilatéraux ou éphémères. La seconde solution se limite à proposer des copies qui, quelle que soit leur force exécutoire ou leur valeur probante, ne sauraient être assimilés aux originaux exigés par l'article 515- 3 alinéa 2 du code civil.

Malgré la décision du tribunal d'instance de Paris en date du 20 mai 2003²⁸, il paraît préférable que le notaire s'abstienne de rédiger

^{21 -} Cons. Const. 9 nov. 1999; G. Drago, Dr Famille hors série déc 1999, p. 46.

^{22 -} TGI Lille 5 juin 2002, D. 2003, p. 1515 ; Droit de la famille Mai 2003, p.21, note B. Beignier ; X. Labbée, Le pacte civil de solidarité : quel avenir, AJPF juillet/août 2004, p. 269.

^{23 -} P. Malaurie et H. Fulchiron, Droit civil, 2004, éd. Defrénois, nº 369.

^{24 -} Art. 1° de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ; sur la question du formalisme : J. Combret, Point de vue d'un notaire - Droit de la Famille, Hors série décembre 1999, p. 55 - J. F. Pillebout, Le pacte civil de solidarité par acte notarié, JCP N 2001, p. 900 - B. Beignier, Le notaire évincé, Droit de la famille février 2001, p. 16.

^{25 -} J. Combret, Petites Aff. 30 septembre 2002, n° 195, p. 3.

^{26 -} M. Dagot, note sous TI Paris 20 mai 2003, JCPN 2004, p. 64.

^{27 -} J. Vassaux et F. Vauville, RJPF mai 2000, p. 7.

^{28 -} JCP N 2004, p. 64 note M. Dagot.

un acte authentique mais qu'il participe à l'élaboration d'un acte sous seing privé en trois exemplaires avec dépôt au rang des minutes de l'un d'eux et reconnaissance d'écritures et de signatures²⁹. Sur le plan des principes, cette solution ne règle pas le mépris probablement inconscient du législateur pour l'acte authentique, en revanche, sur le plan pratique elle a le mérite de prévenir les difficultés relatives à l'altération ou à la conservation de la convention.

Puisque les partenaires sont privés des garanties formelles de l'acte authentique, il leur est d'autant plus conseillé de recourir pour la rédaction de la convention à l'aide avisée du notaire.

B. Le fond

Dans la majorité des cas les candidats au PACS se limitent à la rédaction d'une convention « minimale » ne relatant que l'engagement de conclure un tel contrat. Afin de remédier à ce genre d'imprévision, des formules ont été élaborées en commun par des universitaires et des notaires³⁰. Diverses clauses sont ainsi proposées à l'adhésion des futurs partenaires afin que leur convention soit « taillée au petit ciseau »³¹. L'aménagement de l'aide mutuelle et matérielle peut avoir pour critère les facultés respectives des contractants et se matérialiser dans un compte joint. En revanche elle ne saurait être supprimée puisqu'il s'agit d'une obligation d'ordre public³².

Les stipulations relatives à la composition de la masse indivise devraient tenir une large place dans la convention : inventaire des biens acquis avant la conclusion du pacte, adoption ou rejet du régime de l'indivision pour les meubles meublants (art. 515 – 5 al. 1°); détermination de la qualité des créations, des revenus, des biens acquis par subrogation, prescription... sous réserve de la position ultérieure de la jurisprudence sur cette question. En revanche il faut considérer, eu égard à la lettre de l'article 515-5, que de semblables stipulations ne peuvent avoir pour effet d'écarter l'indivision lorsqu'il s'agit, au cours du PACS, de l'acquisition à titre onéreux de biens autres que les meubles meublants.

Le contenu de la masse indivise ayant été réglé au mieux par la convention et afin que le « piège » ne se refermera pas totalement, les partenaires auront soin d'assouplir le régime légal prévu par les

^{29 -} J. Combret, Droit de la famille Hors série décembre 1999, p. 55.

^{30 -} B. Beignier ; J. Combret et A. Fouquet, Pacte de solidarité : formule des conventions, Rép. Defrénois 2000, p. 630 ; Droit de la famille avril 2000, p. 7.

^{31 -} B. Beignier, Point de vue, D. 2000, n° 5.

^{32 -} Cons. Const. 9 nov. 1999, op. cit.

articles 815 et suivants en se tournant vers les conventions d'indivision des articles 1873-1 et suivants.

Enfin, doit être abordée sous ses différents aspects la question d'une éventuelle rupture : on peut songer à une clause prévoyant l'application de l'article 1469 du code civil aux comptes entre partenaires. On peut penser aussi à des stipulations aménageant la responsabilité des contractants ; certes la possibilité d'agir sur le fondement de l'article 515-7 alinéa dernier est d'ordre public et ne saurait donc être écartée ; mais rien ne permet d'interdire la prévision d'une somme d'argent ou d'une rente sous réserve que le montant envisagé ne soit pas tel qu'il porte atteinte à la liberté de rompre³³.

En fonction de la situation spécifique de chaque couple envisageant la conclusion d'un pacte civil de solidarité, bien des mises en garde sont à effectuer, des conseils à prodiguer, des stipulations contractuelles à insérer : il en est ainsi pour le droit des sociétés³⁴, le droit des affaires³⁵, le droit immobilier³⁶, le droit pénal³⁷, les voies d'exécution³⁸, le surendettement³⁹, le droit international privé⁴⁰.

Face à toutes les interrogations que suscite encore la mise en œuvre de la loi du 15 novembre 1999, les notaires ont fait lors de leur $100^{\rm emc}$ Congrès (Paris 16 – 19 mai 2004) deux propositions intéressantes : la possibilité d'exclure l'indivision par une stipulation expresse de la convention initiale et ce pour tous les biens et l'affirmation de la propriété personnelle de chaque partenaire sur ses revenus et les créations réalisées par lui. Espérons qu'ils seront entendus par le groupe de travail constitué par le Garde des Sceaux en juin 2004.

^{33 -} P. Malaurie et H. Fulchiron, La Famille, éd. Defrénois 2004, n° 407 ; F. Dekeuwer-Defossez, Pacs et famille – Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTDciv. 2001, p. 538.

^{34 -} R. Besnard-Goudet, JCP E 2001, p. 1128; D. Velardolchi, Lamy sociétés commerciales, avril 2000, n° 123.

^{35 -} L. Burtin, Droit et patrimoine avril 2000, p. 81; Cl. Eutedjad, op. cit., p. 75.

^{36 -} F. Vauville, RJPF 2001, p. 15.

^{37 -} F. Alt-Maes, JCP 2000, p. 2171.

^{38 -} C. Laporte, Procédures août/septembre 2000, p. 3.

^{39 -} V. Laforest-Tacchini, Droit de la famille janv. 2003, p. 14.

^{40 -} M. Ravillard, Rép. Defrénois 2000, p. 337; G. Khairaliah, RIDC 3 - 2001.

LES ASPECTS PATRIMONIAUX DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

Alice Tisserand-Martin Professeur à la Faculté de droit de Nancy

Connaissez-vous un film intitulé "L'enfer des tropiques"? Peut-être pas... Pourtant ce devait être un grand film : un scénario prometteur, qui mêle aventure et drame passionnel, un réalisateur talentueux, Robert Parrish et des interprètes de génie, Jack Lemon, Robert Mitchum et Rita Hayworth. Seulement, les exigences de la production ont été telles que le film, bricolé, tronqué, rapiécé de toutes parts, est finalement linéaire, conventionnel et décevant. Reste la belle interprétation de trois grands acteurs qui sauve le film du naufrage.

Ce pourrait être là l'histoire de notre pacte civil de solidarité... D'ailleurs, n'a-t-on pas parlé à son sujet de visite aux enfers¹? Le climat passionnel qui a présidé à l'adoption de la loi du 15 novembre 1999 explique sans doute certaines imperfections de la production législative². Mais, aujourd'hui, l'heure est à l'interprétation. Pour sauver le pacte, celle-ci doit être positive et loyale, afin que le droit et lui seul sorte vainqueur de ce qui ressemble, avec le temps, à une querelle stérile.

Pour procéder à cette interprétation, il convient néanmoins de rappeler quels ont été les choix du législateur. Chacun de ces choix était sans doute, à l'origine, discutable. Mais, désormais, il faut prendre les choix du législateur comme des postulats de départ, qu'il est indispensable de connaître pour comprendre l'économie de notre pacte civil de solidarité et l'interpréter raisonnablement. De ce point de vue, la loi du 15 novembre 1999 repose sur trois options essentielles :

- Tout d'abord, le législateur a entendu apporter une réponse unique à une double revendication. Cette double revendication portait, d'une part, sur la reconnaissance officielle du couple homosexuel et, d'autre part, sur l'association d'un statut au concubinage.
- Ensuite, pour répondre à cette double revendication, le législateur a fait le choix d'un modèle contractuel, ce modèle contractuel pouvant être proposé à tous les couples non mariés, soit parce qu'ils ne peuvent pas l'être, ce qui est le cas des concubins homosexuels, soit parce qu'ils ne veulent pas l'être, ce qui le cas des concubins hétérosexuels. Par là même, en retenant un modèle contractuel, le législateur a écarté une autre possibilité qui aurait été d'associer au concubinage un statut légal,

^{1 -} V. B. Beignier, Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers, Defrénois 2000, art. 37175, p. 620. 2 - L. n° 99-944 du 15 novembre 1999.

dans le but de restaurer l'ordre public familial. Par conséquent, et en dépit de la définition qui figure à l'article 515-8 du code civil, les concubins non pacsés restent largement en dehors du droit, ou si l'on préfère, libres de droit.

- Enfin, la troisième option retenue par le législateur concerne le contenu de ce modèle contractuel. Le pacte civil de solidarité est, en effet, un contrat original qui engendre des effets patrimoniaux. Par souci d'éviter toute confusion avec le mariage, le législateur n'a pas souhaité associer au pacte des effets personnels, de sorte que le modèle finalement proposé aux partenaires n'est qu'un modèle d'organisation patrimoniale³. Et ce même souci d'éviter toute confusion avec le mariage a également conduit le législateur à repousser des modèles connus d'organisation patrimoniale, empruntés au droit des régimes matrimoniaux⁴. Le pacte civil de solidarité est donc un contrat original.

C'est ce contrat original, générateur d'effets patrimoniaux, qu'il nous appartient d'interpréter aujourd'hui. Pour ce faire, les effets patrimoniaux du pacte méritent d'être regroupés autour de deux thèmes principaux. D'une part, le pacte s'efforce d'instaurer entre les partenaires une solidarité qui se traduit par l'apparition d'obligations patrimoniales (section I). D'autre part, s'agissant des biens des partenaires, le pacte propose un modèle d'organisation patrimoniale à vocation communautaire, par le biais de présomptions d'indivision (section II).

Section I - La solidarité des partenaires

La solidarité entre les partenaires repose sur deux obligations complémentaires, prévues par l'article 515-4 du code civil : l'une correspond à une obligation réciproque d'entraide mutuelle (A), l'autre à une obligation à l'égard des tiers (B).

A. La solidarité entre partenaires

Le premier alinéa de l'article 515-4 précise que les partenaires, liés par un pacte civil de solidarité, s'apportent une aide mutuelle et matérielle, tout en laissant aux partenaires le soin de fixer les modalités de cette aide dans le pacte.

^{3 -} Cette absence d'effets personnels est cependant tempérée par certaines exceptions. Par exemple, le P.A.C.S. institue une priorité d'affectation au profit des fonctionnaires et constitue un élément d'appréciation pris en compte pour la délivrance des visas et des permis de séjour. V. M. Grimaldi, Réflexions sur le pacte civil de solidarité en droit français, Defrénois 2003, 813.

Enfin, de façon contestable, une juridiction a estimé que le P.A.C.S. créait, entre les partenaires, une obligation de vie commune qui devait être exécutée loyalement : v. TGI Lille, 5 juin 2002, D. 2003, 515, note Labbée ; RJPF 2003-3138, obs. Valory ; Dr. fam. 2003, n° 57, note Beignier ; RTDciv. 2003, 270, obs. Hauser.

^{4 -} En ce sens V. Ph. Simler, Le "régime matrimonial" des concubins, Etudes Rubellin-Devichi, Litec 2002, p. 75.

L'aide mutuelle et matérielle, ainsi visée, s'analyse en un devoir d'entraide entre les partenaires dont le principe ne souffre aucune clause contraire. Il est certes possible aux partenaires de définir, dans leur convention, les modalités selon lesquelles cette aide s'exécutera, mais il ne leur est pas loisible de la supprimer. C'est, du moins, ce qui résulte clairement de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 9 novembre 1999⁵.

Cette obligation réciproque évoque évidemment le devoir de secours entre époux⁶. Toutefois, contrairement à celui-ci, elle ne se double pas d'un devoir d'assistance morale. Et la loi a pris soin, s'agissant des partenaires d'un pacte civil de solidarité, d'éviter toute référence à une quelconque contribution aux charges du ménage.

Pourtant, si les modalités de cette aide matérielle ne sont pas fixées par la convention, c'est au juge qu'il appartiendra de décider de ces modalités. Il statuera nécessairement en fonction de la situation respective des partenaires, de sorte qu'en définitive, chacun contribuera à proportion de ses ressources⁷.

Pour fixer concrètement le montant de la contribution que l'un des partenaires pourra exiger de l'autre, le juge devra également se prononcer sur l'intensité de cette aide. Est-on en présence d'un simple devoir alimentaire limité à un minimum vital et associé à un état de besoin ? Ou bien s'agit-il d'associer chacun des partenaires à la prospérité de l'autre, de façon à égaliser les trains de vie respectifs comme est censé le faire, pour les époux, la contribution aux charges du mariage ?

L'obligation qu'impose le second alinéa de l'article 515-4 aux partenaires, vis à vis des tiers, incite à privilégier cette dernière interprétation, plus généreuse.

B. La solidarité vis-à-vis des tiers

Vis-à-vis des tiers, l'article 515-4 alinéa 2 du code civil précise que les partenaires sont tenus solidairement des dettes contractées, par l'un d'eux, pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun.

Le mécanisme, auquel se réfère ce texte, est bien connu. L'emprunt de la règle de la solidarité aux dispositions du régime primaire, et le parallèle avec les dettes ménagères des époux, est évident⁸. Il s'agit, en offrant au créancier la garantie d'une solidarité passive légale, de favoriser le crédit du ménage. Mais le souci du législateur d'éviter toute

⁵ - Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre ; D. 2000, somm. 424, obs. Garneri ; JCP 2000, I, 261, n° 15, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; Petites Aff. 1er décembre 1999, note Schoetti.

^{6 -} C. civ., art. 212.

^{7 -} V. en ce sens, pour les époux, C. civ., art 214.

^{8 -} C. civ., art. 220.

confusion avec le mariage a empêché un transfert pur et simple de l'article 220, applicable aux seuls époux. C'est sans doute regrettable car il en résulte des incertitudes et des lacunes. Mais ce n'est pas nécessairement incurable.

1. Les incertitudes

Faut-il considérer que les dettes contractées pour les besoins de la vie courante sont identiques aux dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants de l'article 220 ? La jurisprudence s'orientera vraisemblablement dans cette voie, sans grandes difficultés. Il sera sans doute plus délicat de définir les dépenses relatives au logement commun. Celles-ci recouvrent certainement le paiement du loyer et des charges. Mais que penser des dépenses d'investissement, c'est à dire des dépenses relatives à l'acquisition du logement commun, comme le paiement du prix ou le remboursement de l'emprunt contracté en vue de cette acquisition? Pour les époux, les dépenses d'investissement ne constituent pas des dettes ménagères au sens de l'article 220 du code civil⁹. Et, en dépit de la rédaction de l'article 515-4, il serait sage également de ne pas en faire des dettes solidaires entre les partenaires d'un pacte civil de solidarité. Il suffirait, pour cela, de considérer que les dépenses relatives au logement commun, visées par le second alinéa de ce texte, ne peuvent être que des charges se rattachant à la jouissance du logement, à l'exclusion des charges de la propriété. Ainsi, par exemple, s'agissant du remboursement de l'emprunt, on pourrait décider que les partenaires sont solidaires pour le paiement des intérêts, mais non pour le remboursement du capital, à défaut d'une stipulation conventionnelle.

2. Les lacunes

On observe qu'il n'existe, entre partenaires, aucun frein à la solidarité légale, alors qu'on le sait, celle-ci est exclue, entre les époux, pour les achats à tempérament et les dépenses manifestement excessives par rapport au train de vie du ménage¹⁰. Cette distorsion est assurément regrettable¹¹. Faut-il, pour autant, en déduire que le statut des créanciers des partenaires est plus favorable que celui des créanciers des époux ? Cette conclusion est sans doute un peu hâtive.

⁹ - V. Cass. 1^{ce} civ., 11 janvier 1984: Bull. civ. I, n° 13; Gaz. Pal. 1984, Panor. 206, obs. Grimaldi; Defrénois 1984, 933, obs. Champenois.

^{10 -} C. civ., art 220 al. 2 et al. 3.

^{11 -} Sur cette question, V. B. Beignier, La pratique : le P.A.C.S. en question, Dr. fam., décembre 1999, numéro hors série 12 ter., p. 31 s. ; Ch. Alleaume, Solidarité contre solidarité. Etude comparative des avantages respectifs du mariage et du P.A.C.S. eu égard au droit du crédit, D. 2000, p. 450 ; A. Souleau-Travers, Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un "P.A.C.S.", Defrénois 2002, p. 97 ; S. Pierre, La solidarité passive des partenaires du P.A.C.S., Dr. fam. 2000, n° 7-8.

Tout d'abord, elle néglige les difficultés pratiques auxquelles les créanciers des partenaires se heurteront pour mettre en œuvre la solidarité légale. Pour saisir les biens du partenaire qui n'a pas contracté la dette, il faut disposer à son encontre d'un titre exécutoire, ce qui relève d'un véritable chemin de croix en l'absence d'un système de publicité du pacte rationnel et performant¹².

Ensuite, il est envisageable d'interpréter l'article 515-4 par analogie avec l'article 220 et de considérer, par exemple, que les dépenses manifestement excessives par rapport au train de vie de partenaires ne sont pas des dépenses contractées pour les besoins de la vie courante¹³. En faveur d'une interprétation analogique, il est d'ailleurs déjà possible de citer un arrêt du Conseil d'état, en date du 9 juillet 2003, qui a considéré que les partenaires étaient solidairement tenus à la restitution d'A.P.L. versées à tort¹⁴. On peut subodorer, dans cette décision, une transposition de la jurisprudence, hélas contestable, qui s'est développée sur le terrain de l'article 220 et qui assimile à des dettes ménagères, certaines charges légales ou certaines cotisations obligatoires qui n'ont pas une origine conventionnelle¹⁵.

Mais pour conclure sur cet embryon de régime primaire associé au pacte civil de solidarité, une autre lacune importante mérite d'être dénoncée. Il s'agit de l'absence d'une protection du logement commun, comparable à celle que l'article 215 alinéa 3 du Code civil instaure en faveur du logement des époux. Ce texte interdit à l'un des conjoints de disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, sans le consentement de l'autre. Il n'existe rien de comparable entre partenaires d'un pacte civil de solidarité, ce que l'on peut déplorer.

Pour minimiser les inconvénients qui en résultent, il convient d'observer que lorsque la jouissance du logement commun dépend d'un droit au bail, la protection du partenaire est assurée par la législation relative au bail à usage d'habitation¹⁶.

Ensuite, dans l'hypothèse où le logement est la propriété exclusive d'un partenaire, on peut imaginer qu'une clause de la convention apporte une restriction au droit de disposer de ce partenaire propriétaire. Après tout, la validité d'une clause d'inaliénabilité est admise dès que cette clause est à la fois justifiée par un intérêt légitime et limitée dans le temps¹⁷.

^{12 -} V. A. Souleau-Travers, art. précité.

^{13 -} En ce sens, V. A. Souleau-Travers, art. précité.

^{14 -} CE 9 juillet 2003, RTDciv. 2004, 69, obs. Hauser.

^{15 -} V. notamment, Soc. 26 octobre 1972, Bull. civ. V, n° 589 ; Soc. 19 mars 1986 : JCP N 1988, II, 35, note Simler ; Defrénois 1987, 1195 ($1^{\rm inv}$ espèce), obs. Champenois.

^{16 -} Le partenaire est assimilé au conjoint au regard de la législation sur le bail d'habitation (art. 14, L. 6 juill. 1989). Ainsi, le partenaire du locataire décédé bénéficie du transfert de bail, le partenaire du locataire qui abandonne les lieux loués bénéficie de la continuation du bail.

^{17 -} V. pour les actes à titre gratuit, C. civ. , art. 900-1, conditions étendues, par la jurisprudence, aux clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux.

Une restriction au droit de disposer, d'une portée moindre, est sans doute concevable, aux mêmes conditions. Or, ici, l'intérêt légitime correspond à la volonté de protéger le logement commun, et les effets de la clause seront forcément limités dans le temps car le pacte prend fin, au maximum, au décès d'un partenaire. Cependant, une telle clause ne sera pleinement efficace que si l'on respecte les exigences de la publicité foncière. En l'absence de publicité, une clause apportant une restriction au droit de disposer ne présente qu'un intérêt limité, puisqu'elle ne peut être opposée aux tiers.

Enfin, assez fréquemment en pratique, le logement des partenaires sera un bien indivis. Dans ce dernier cas, le principe d'unanimité qui imprègne la gestion des biens indivis apparaît suffisamment protecteur¹⁸. S'il y a des chances, en effet, pour que le logement des partenaires soit indivis, cela tient aussi à l'existence de présomptions d'indivision, associées au pacte civil de solidarité, dans le but de lui conférer une vocation communautaire.

Section II - La vocation communautaire du pacte

La vocation communautaire du pacte civil de solidarité repose sur deux présomptions d'indivision dont dépend le sort des biens acquis par le partenaire. Ces deux présomptions sont édictées par l'article 515-5 du code civil¹9. La première, qui figure à l'alinéa 1et, concerne les meubles meublants, tandis que la seconde, prévue par l'alinéa second de ce texte, est relative aux autres biens des partenaires.

Pour les meubles meublants, acquis à titre onéreux, après la conclusion du pacte, la loi envisage deux éventualités, selon que les partenaires se seront ou non souciés du sort de ces biens au moment de la conclusion du pacte. Tout d'abord, les partenaires peuvent régler le sort de ces meubles, une fois pour toute, dans leur convention. La loi leur offre alors la possibilité d'exclure le régime de l'indivision, ou bien encore, celle d'opter pour une indivision conventionnelle. Mais ensuite, si les partenaires n'ont rien prévu dans leur convention, la loi présume ces meubles meublants indivis par moitié et c'est là notre première présomption d'indivision. Celle-ci a vocation à s'appliquer également lorsque la date d'acquisition du meuble est inconnue.

Pour les autres biens, acquis à titre onéreux après la conclusion du pacte, l'alinéa second de l'article 515-5 édicte une seconde présomption. Ces autres biens sont présumés indivis par moitié, si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement. Cette fois, l'éviction de la présomption d'indivision semble reposer sur une méthode

^{18 -} C. civ., art. 815-3.

^{19 -} V. H. Fulchiron, Les présomptions d'indivision et de solidarité dans le couple, Defrénois 2001, 949 ; G. Champenois, Etudes Rubellin-Devichi, Litec 2002, p. 83 ; B. Beignier, Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers, Defrénois 2000, p. 620.

au coup par coup. Pour échapper à l'indivision, le partenaire acquéreur doit exprimer sa volonté d'acquérir pour son compte personnel lors de chaque acquisition²⁰.

Une rapide analyse de ces présomptions suffit, dans un premier temps, pour prendre conscience de l'étendue de la vocation communautaire du pacte et mettre en évidence les imperfections de la loi (A). Mais pour se faire une opinion sur le caractère curable ou non de ces imperfections, il faudra, dans un deuxième temps, s'intéresser aux conséquences de cette vocation communautaire et s'efforcer d'en apprécier le caractère contraignant (B).

A. L'étendue de la vocation communautaire du pacte

La vocation communautaire du pacte civil de solidarité dépend à la fois du champ d'application et de la nature juridique des présomptions d'indivision édictées par l'article 515-5 du code civil.

1. Le domaine d'application des présomptions d'indivision

Le domaine d'application des présomptions d'indivision, découlant du pacte civil de solidarité, reste le siège de bien des controverses. Ces deux présomptions n'ont, a priori, vocation à s'appliquer qu'aux biens acquis à titre onéreux au cours du pacte. Ainsi, les biens dont les partenaires étaient déjà propriétaires au jour de la convention (les biens présents), de même que ceux qu'ils recueillent à titre gratuit au cours du pacte (les biens futurs), ne devraient pas être concernés. Mais il importe de déterminer sur qui pèse la charge de la preuve de l'origine du bien. La loi nous donne la réponse pour les meubles meublants ; lorsque la date d'acquisition d'un meuble meublant ne peut être établie, ce bien est présumé indivis par moitié, ce qui revient à présumer une acquisition à titre onéreux, au cours du pacte. Mais pour les biens autres que les meubles meublants, la loi n'apporte aucune précision semblable. Une présomption ne se présumant pas, il faut donc conclure, pour ces autres biens, qu'il appartient au partenaire, qui se prévaut de leur caractère indivis, d'établir leur acquisition à titre onéreux au cours du pacte. De plus, même s'ils ont été acquis à titre onéreux au cours du pacte, ces autres biens échappent à l'indivision s'il est produit un acte d'acquisition contraire, ce qui soulève d'autres problèmes. Ainsi, par exemple, est-il suffisant qu'un seul partenaire soit mentionné en qualité d'acquéreur pour faire tomber la présomption d'indivision ? Faut-il, au

^{20 -} C'est en tout cas l'interprétation que le Conseil constitutionnel a donné de la loi du 15 novembre 1999, et qui semble conditionner la déclaration de conformité à la Constitution de cette loi. V. Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre ; D. 2000 somm. 424, obs. Garneri ; JCP 2000, I, 261, n° 15, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; Petites Aff. 1er déc. 1999, note Schoetti.

contraire, une mention plus précise, qui témoigne de la volonté d'acquérir pour son compte personnel ? Cette seconde opinion l'emporte généralement en doctrine²¹.

Mais il reste le problème délicat des acquisitions qui ne donnent pas lieu à la rédaction d'un acte. Peut-on alors se contenter d'une mention portée sur un bon de commande, ou une facture ? Il serait souhaitable de l'accepter afin de favoriser une mise en œuvre souple du dispositif prévu par la loi. Enfin, il existe une incertitude considérable. Elle se rapporte au sort des revenus eux-mêmes, avant leur transformation en acquêts, ainsi qu'au sort des biens directement créés par l'industrie d'un partenaire. Le législateur n'a vraisemblablement pas songé à ces biens. Or, la lettre de l'article 515-5 permet d'appliquer la présomption d'indivision aux revenus car ce texte vise, d'une façon générale, les biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux. Pourtant, il semble préférable de rejeter cette interprétation littérale pour deux raisons. La première est d'ordre pratique. On ne saurait sérieusement envisager d'écarter la présomption à l'occasion de chaque perception de revenus. La seconde raison tient à l'économie générale du pacte. Il ne serait guère prudent d'accentuer la vocation communautaire de celui-ci en incluant les revenus dans l'indivision, alors qu'il n'existe aucun texte, comparable à l'article 223 du code civil, permettant de préserver l'indépendance de chaque partenaire sur ses revenus²².

Pour les biens créés par l'industrie d'un partenaire, une interprétation raisonnable du texte permet pareillement d'exclure la présomption d'indivision. Il suffit d'opposer biens acquis et biens créés, de sorte que ce qui vaut pour les premiers, ne vaut pas pour les seconds²³.

Finalement, en ce qui concerne les biens autres que les meubles meublants, l'application de la présomption d'indivision semble exclue pour les biens présents, les biens futurs, de même que pour les revenus et les biens créés²⁴. On est encore loin de la communauté universelle que redoutaient certains...

La différence entre le pacte civil de solidarité et ce régime communautaire s'accentue d'ailleurs lorsqu'on s'intéresse à la nature des présomptions d'indivision.

2. La nature des présomptions d'indivision

Envisager la nature des présomptions permet de prendre conscience du rôle joué par la volonté des partenaires sur la composition de

^{21 -} V. notamment G. Champenois, art. précité.

^{22 -} En ce sens, V. G. Champenois, art. précité.

^{23 -} En ce sens, V. G. Champenois, art. précité.

^{24 -} En ce sens, V. G. Champenois, art. précité.

l'indivision. Il existe, de ce point de vue, une différence essentielle entre la présomption d'acquêts prévue par l'article 1402 du code civil et les présomptions de l'article 515-5 de ce même code.

La présomption d'acquêts est une règle de preuve, mise au service d'une règle de fond. Dans un régime de communauté, les produits de l'industrie d'un époux, qu'ils restent au stade de revenus ou qu'ils se transforment en acquêts, ont vocation à alimenter la masse commune. C'est une règle de fond, sur laquelle la volonté des époux n'a aucune prise, en cours de régime. Et lorsque l'origine d'un bien est inconnue, l'article 1402 présume qu'il s'agit d'un acquêt, c'est à dire d'un bien acquis à titre onéreux au cours du mariage. La présomption de l'article 1402 demeure fondamentalement une règle de preuve. Le caractère commun du bien est voulu par l'économie du régime. D'ailleurs, la présomption d'acquêts peut être combattue en établissant l'origine propre du bien.

Les présomptions d'indivision de l'article 515-5 sont d'une autre nature. Elles laissent trop de place à la volonté des partenaires pour être considérées comme des règles de preuve. Ce sont des règles de fond, dont dépend la composition de l'indivision, dans son principe même. Simplement, il s'agit de règles supplétives de volonté, qui peuvent être écartées par une manifestation de volonté contraire²⁵.

Et leur portée doit être appréciée en tenant compte de cette nature particulière.

B. Les conséquences de la vocation communautaire du pacte

Les conséquences de la vocation communautaire du pacte civil de solidarité s'identifient, dans un premier temps, aux retombées de l'application des présomptions d'indivision. Mais, si celles-ci ne nous conviennent pas, il importe, dans un deuxième temps, de savoir s'il est possible d'écarter ces présomptions d'indivision et, par là même, de neutraliser la vocation communautaire du pacte.

1. Les retombées de l'application des présomptions

L'application des présomptions a tout d'abord des conséquences sur le régime juridique des biens acquis par les partenaires. Ces biens sont soumis au droit commun de l'indivision, ce qui peut être une source d'inconvénients. Ainsi, la gestion est alourdie par le principe d'unanimité qui prévaut, en matière d'indivision, pour les actes d'administration et de disposition²⁶. De ce point de vue, les mécanismes communautaires sont sans doute plus souples, même s'il existe également une sphère de cogestion²⁷.

^{25 -} En ce sens, V. G. Champenois, art. précité; comp. H. Fulchiron, art. précité.

^{26 -} C. civ., art. 815-3.

^{27 -} C. civ., art. 1422, 1424, 1425.

Dans le même ordre d'idée, le régime du passif est réglé avec davantage de subtilité dans un régime communautaire que dans une indivision. En effet, le plus souvent, les dettes des partenaires seront soumises à l'article 815-17 du code civil. Ce texte oblige le créancier personnel d'un indivisaire à provoquer le partage pour pouvoir se payer sur la part divise attribuée à son débiteur. En pratique, c'est peu commode et, par conséquent, cela peut nuire au crédit des partenaires car un créancier malheureux est un créancier peu généreux...

Ensuite, l'application des présomptions d'indivision amène également à s'interroger sur les rapports juridiques qui peuvent ainsi prendre naissance entre les partenaires. Comment expliquer, en effet, que l'acquisition effectuée par l'un, sans le consentement de l'autre, puisse rendre ce dernier propriétaire²⁸? Les mécanismes contractuels classiques ne s'adaptent guère à cette situation. Essayons, par exemple, la donation. On peut tout d'abord estimé que le partenaire qui est devenu propriétaire, sans avoir participé au financement du bien, a bénéficié d'une donation. On serait ainsi en présence d'une variété particulière d'achat pour autrui. Mais la qualification de donation ne peut rendre compte de la situation en l'absence d'intention libérale, ainsi qu'en l'absence d'une acceptation émanant du prétendu donataire. Or, en pratique, il est parfaitement envisageable que ce dernier ignore l'existence même de l'acte d'acquisition qui le rend propriétaire.

Pour une raison identique, la qualification de prêt n'est guère plus satisfaisante en l'absence de consentement du partenaire prétendument débiteur car nul ne devient débiteur à son insu.

La seule explication à peu près rationnelle consiste à rattacher la propriété indivise, dont le partenaire non acquéreur bénéficie, au pacte luimême. L'acquisition qui se produit en faveur de celui-ci a sa cause dans le pacte, auquel il a bien consenti. C'est ici qu'apparaît la vocation communautaire du pacte. En prenant une dimension communautaire, le pacte civil de solidarité s'apparente à un régime matrimonial propre aux concubins. Mais un régime bien imparfait, qui ne connaît aucun mécanisme régulateur comparable à la théorie des récompenses, de sorte que tout accroissement de la masse indivise se fait au détriment du patrimoine personnel de l'un des partenaire et parfois même à son insu.

Alors, en définitive, ne serait-il pas préférable de pouvoir s'affranchir des présomptions d'indivision, une fois pour toute, dès la signature de la convention ?

^{28 -}S ur cette question, V. notamment, H. Lécuyer, Les biens acquis par un partenaire à l'insu de l'autre, Dr. fam.2001, n° 27 ; G. Champenois, art. précité.

2. L'éviction des présomptions

La possibilité d'évincer les présomptions d'indivision, dès la conclusion du pacte, dépend de la force que l'on reconnaît à ces présomptions. Pour les meubles meublants, l'alinéa premier de l'article 515-5 du code civil autorise les partenaires à écarter la présomption d'indivision dès la convention. En cours de vie commune, les partenaires qui n'auraient pas songé à cette éviction, peuvent toujours refaire leur convention librement, par exemple, avant un achat important.

Mais pour les autres biens, la solution est beaucoup plus incertaine du fait de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999²⁹. Il semble bien ressortir de cette décision que la présomption édictée par le second alinéa de l'article 515-5 ne peut céder que devant une manifestation de volonté contraire, exprimée dans l'acte d'acquisition. Certains auteurs estiment cependant que l'interprétation du Conseil constitutionnel ne devrait pas être un obstacle à une exclusion de la présomption, une fois pour toute, dès la convention³⁰. Cela permettrait d'instaurer, entre les partenaires, une sorte de séparation de biens³¹. Mais corrélativement, cela obligerait à renoncer à tout esprit communautaire, ce qui n'est pas nécessairement le souhait de tous les partenaires.

En définitive, le pacte civil de solidarité, modèle concurrent du mariage, n'apparaît guère concurrentiel...

Peut-on l'améliorer ? Lors du centième congrès des notaires de France, qui s'est déroulé en mai dernier, des propositions ont été faites en ce sens³². Celles-ci se résument ainsi :

- Il faudrait, tout d'abord, définir un régime unique pour tous les biens et abandonner la distinction inopportune entre meubles meublants et autres biens.
- Ensuite, on pourrait autoriser, sans ambiguïté, l'éviction de la présomption d'indivision dès la convention, une bonne fois pour toute. Cela permettrait aux partenaires, qui souhaitent conserver leur indépendance patrimoniale, d'opter pour un pacte à vocation séparatiste.
- Enfin, les partenaires qui le désirent, devraient pouvoir bénéficier d'un régime patrimonial stable, à vocation communautaire, qui intégrerait des mécanismes correcteurs, de façon à limiter rationnellement la masse indivise.

²⁹ - Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre ; D. 2000, somm. 424, obs. Garneri ; JCP 2000, I, 261, n° 15, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; Petites Aff. 1er déc. 1999, note Schoetti.

^{30 -} Pour une critique de la pratique des réserves d'interprétation formulées par le Cons. const., V. N. Molfessis, Pacte civil de solidarité: la réécriture de la loi relative au P.A.C.S. par le Conseil constitutionnel, JCP 1999, I, 210; G. Drago, La Constitution en réserve, Dr. fam., décembre 1999, numéro hors série 12 ter, p. 46.

^{31 -} V., en faveur d'une autre interprétation des textes, H. Fulchiron, art. précité.

^{32 -} V. Rapport du 100 me congrès des notaires de France, Code civil, les défis d'un nouveau siècle, Paris 16-19 mai 2004, Travaux de la quatrième commission, Liberté, Egalité, Famille, spéc. n° 4170 s.

Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?

Et pourquoi pas une séparation de biens avec société d'acquêts, ou bien encore une communauté réduite aux acquêts, a-t-on envie d'ajouter... Car, après tout, une nouvelle forme de conjugalité pourrait fort bien s'accommoder de modèles d'organisation patrimoniale plus anciens. Le tout est de savoir exactement ce que l'on veut, mais il s'agit là de la question la plus délicate en la matière...

LES PARADOXES DU REGIME FISCAL DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE : DE LA DEFISCALISATION ANNONCEE A LA RE-FISCALISATION AMBITIONNEE

Jean Delattre

Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne Membre du CEPRISCA

Débattre du régime fiscal des partenaires d'un pacte civil de solidarité, c'est renvoyer aux bases mêmes du droit fiscal de la famille¹. En la matière, la pierre angulaire du système français est l'imposition selon le foyer fiscal² assortie d'un mécanisme de quotient familial pour charges de famille³. L'application du principe ne souffrait guère de difficultés tant que le mariage demeurait le seul fondement de la conjugalité⁴. En ce sens, la famille hors mariage était considérée comme situation d'exception. Elle ne pouvait donc constituer une unité d'imposition et chaque partenaire devait être imposé séparément. Plus précisément, chaque partenaire constituait un foyer fiscal distinct⁵. En matière d'impôt sur le revenu, le législateur a donc considéré comme étant de justice fiscale l'attribution d'une demi-part supplémentaire pour le calcul du quotient familial du parent isolé, état subi plus que voulu⁶. Mais le développement du concubinage comme nouveau mode de conjugalité a bouleversé les prévisions du législateur : les concubins toujours imposés séparément ont utilisé la demi-part supplémentaire accordée au parent isolé, s'attribuant ainsi un avantage non négligeable par rapport aux couples mariés⁷. L'article 3 de la loi de finances pour 1996⁸ voulut y mettre bon ordre en leur supprimant cette faculté, sans modifier la situation des véritables familles monoparentales toujours bénéficiaires

¹- Pour un exposé technique de la fiscalité de la famille : F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille 2003-2004, Litec, 3° et d. 2003 ; pour une approche critique : J.-B. Geffroy, Grands problèmes fiscaux contemporains, PUF, 1993, n° 194 s., p. 343 s. ; Conseil des impôts, 7° rapport, 1984, p. 129 ; P. Lau et M.-L. Herschtel, Quotient familial et situation fiscale des familles, RF fin. Publ. 1986, n° 14 sur « La famille et l'impôt », p. 79 ; E. Sullerot, Evolution sociologique de la famille et inadaptation du système fiscal, RF fin. Publ. 1986, n° 14, p. 7-14 .

^{2 - «}Règle traditionnelle dans le droit français» comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 81-133 du 30 décembre 1981, JO 31 déc. 1981, Dr. fisc. n° 2-3, 1982, comm. 90.

^{3 -} Ce mécanisme du quotient familial fut mis en place en 1945 en remplacement d'abattements forfaitaires prenant en considération, de manière imparfaite, la situation et les charges de famille, J. Duhem, J.Cl. Impôt sur le revenu, fasc. 1020-10, Calcul de l'impôt, situation et charges de famille, quotient familial et abattements, n° 1 et s.

^{4 -} Y. Lequette, Rapport de synthèse du 100e congrès des notaires de France, JCP N 2004, I, 1337.

⁵ - E. Sullerot, préc., p. 9: «Si deux salariés vivant en concubinage forment économiquement un ménage..., au regard de la loi fiscale, ils sont deux étrangers et forment deux foyers distincts sous deux noms distincts», cité par J.-B. Geoffroy, préc., n° 198, p. 350.

^{6 -} J.-B. Geoffroy, préc. : cette demi-part supplémentaire a été accordée par «le législateur de 1945, dans un souci certes louable de prendre en compte la situation difficile des parents isolés - c'est-à-dire bien souvent celui des mères célibataires - contraints d'assurer seuls l'éducation de leur(s) enfant(s)».

^{7 -} J.-B. Geoffroy, ibid.

^{8 -} Loi n° 95-1346 du 30 déc. 1995, Dr. fisc. 1996, n° 1-2, comm. 1.

de la majoration du quotient. Ainsi, la nécessité de faire disparaître une distorsion entre couples mariés et couples de concubins aboutissait à un résultat non dénué de paradoxe : la conjugalité hors mariage n'était plus ignorée9 mais le refus de la qualité de foyer fiscal aux couples de concubins était maintenu. Quelques années plus tard, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, instituant ce nouveau mode de conjugalité qu'est le pacs, admettra avec beaucoup de réticences l'existence d'un foyer fiscal entre les partenaires. Mais l'innovation ne s'arrêtait pas au seul impôt sur le revenu. Comme chacun le sait, en matière de droits de mutation à titre gratuit perçus lors d'une succession ou d'une donation, existe une sorte de postulat selon lequel l'imposition est fonction du lien de parenté : plus celui est lointain, plus le prélèvement fiscal s'alourdit pour devenir pratiquement confiscatoire entre personnes non parentes¹⁰. Ici également, de principe, le droit fiscal ne retenait qu'un seul et unique mode de conjugalité : le couple marié. En conséquence, les avantages consentis entre concubins devaient - et doivent toujours - relever du régime de taxation applicable entre personnes sans lien de parenté. La loi du 15 novembre 1999 bouleverse également ces données. Les partenaires pacsés obtiennent le bénéfice d'un régime spécifique qui est immédiatement perçu comme un régime de faveur : fiscalement, ils sont désormais mieux traités que de simples concubins même si leur situation demeure moins avantageuse que celle des époux¹¹. Toutefois, le dispositif fiscal de la loi du 15 novembre 1999 demeure empreint de la suspicion qui a entouré l'adoption du pacs. A l'époque, les parlementaires suivis par la doctrine ont abondamment évoqué le risque d'évasion fiscale généré par la nouvelle institution¹². Depuis cinq années se sont écoulées, les passions se sont estompées, et avec le recul une question peut-être posée : les premiers interprètes du pacs ne se sont-ils pas trompés sur les conséquences du volet fiscal de la nouvelle institution? Ou plutôt, aveuglés par la menace des pactes de complaisance, n'ont-ils pas négligé les incidences ainsi portées aux fondements du droit fiscal de la famille ? La loi de finances pour 2005, opérant

^{9 -} Jusque-là, comme le remarque très pertinemment J.-B. Geoffroy, préc., n° 198, p. 351, ignorant la situation concubinaire du contribuable, le législateur ignorait du même coup le gain fiscal qui résultait de l'attribution d'une demi-part supplémentaire. Le couple formé par des concubins avait néanmoins fait l'objet d'une double reconnaissance fiscale : légale par la loi de finances pour 1989 qui considère le couple de concubins comme un foyer fiscal au regard de l'impôt sur les grandes fortunes, sur ce point J. Grosclaude, J.Cl. Impôt sur la fortune, fasc. 15, Genèse et problématique, n° 43 ; jurisprudentielle par le Conseil d'Etat qui, dans un avis rendu le 10 décembre 1993 (n° 146-623, Mme Dany-Delamarre, JO 24 déc. 1993, p. 18016, Dr. fisc. 1994, n° 27, comm. 1307), transpose aux couples de concubins la solution appliquée aux couples mariés en matière de frais de transport exposés par un salarié pour se rendre sur son lieu de travail, sur ce point F. Douet, Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité, Droit de la famille, hors série décembre 1999 consacré au pacte civil de solidarité, chr. 10, p. 37. Adde sur les conséquences de la définition du concubinage adoptée par la loi du 15 novembre 1999 et inscrite à l'article 515-8 du code civil : F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille, préc. n°1537.

^{10 -} M. Marteau-Petit, Le pacs et le fisc, Droit de la famille, avril 2001, chr. 8, n° 9.

^{11 -} Ph. Delmas Saint-Hilaire, Pacte civil de solidarité (Pacs) - aspects fiscaux, JCP N 2000, I, 459.

¹²⁻ M. Marteau-Petit, préc., nº 15.

un alignement certes relatif de la situation fiscale des couples de partenaires sur celui des couples mariés, montre que la méfiance envers la nouvelle institution s'est dissipée. Il n'en demeure pas moins que le statut fiscal du pacte civil de solidarité suscite des interrogations qui vont audelà de la seule réforme intervenue.

Section I - La loi du 15 novembre 1999 : la hantise d'une défiscalisation par le pacte

Convaincu que le statut fiscal accordé aux partenaires entraînerait la conclusion de pactes de complaisance dans le seul dessein de profiter d'une imposition plus avantageuse, le législateur de 1999 a instauré, en guise de protection, une période probatoire suffisamment longue où, fiscalement, les conséquences du pacte demeuraient ignorées. Toutefois, cette mesure de précaution est apparue assez rapidement disproportionnée avec les réelles possibilités d'évasion fiscale offertes par le seul pacte civil de solidarité.

A. Les obstacles adressés aux pactes de complaisance

Le législateur de 1999 offre au couple de pascés un statut fiscal. Le couple de partenaires constitue désormais un foyer fiscal impliquant une imposition commune pour l'impôt sur le revenu et pour l'impôt de solidarité sur la fortune¹³. Ce régime est obligatoire ; aucune faculté d'option n'est offerte aux partenaires quant au maintien d'une imposition séparée. En outre, un régime de faveur s'applique désormais aux libéralités consenties entre partenaires pour l'application des droits de mutation à titre gratuit : alors qu'entre concubins s'applique le taux de 60% sans abattement spécifique, le partenaire du pacte bénéficie d'un abattement de 57 000 euros et pour le surplus d'un barème à deux tranches : 40% jusqu'à 15 000 euros et 50% ensuite. La prolifération de pactes de complaisance, de pactes blancs devait être aux yeux de certains la conséquence de ce statut fiscal¹⁴. C'est pourquoi le législateur de 1999 institua un mécanisme de différé. Pour l'impôt sur le revenu, les partenaires ne devaient produire une déclaration commune qu'à compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire de

^{13 -} Relevant d'une imposition commune en matière d'impôt sur le revenu, les partenaires font aussi obligatoirement l'objet d'une imposition commune à la taxe d'habitation afférente à leur résidence principale, F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille, préc. n°1538.

¹⁴ Par ailleurs, une rupture d'égalité devant les charges publiques fut invoquée devant le Conseil du constitutionnel, décision n° 99-419 du 9 novembre 1999, J.O. du 16 nov. 1999, p. 16966 : La rupture d'égalité s'observait pour les auteurs du recours selon deux approches : d'une part, par rapport aux couples mariés jusqu'alors seuls bénéficiaires d'une imposition commune alors que les avantages fiscaux de ces derniers résultent «de la reconnaissance du mariage à la fois comme élément fondateur de la famille et comme générateur de devoirs pour les époux», d'autre part, par rapport aux personnes vivant seules ou en concubinage, «ces avantages n'étant pas justifiés, comme ceux liés au mariage, par l'intérêt social que constitue la protection de la famille».

l'enregistrement de leur pacte. Pour les mêmes raisons, la rupture comportait un mécanisme de rétroactivité fiscale par rapport à la situation des couples mariés : chacun des membres antérieurement pacsés redevenait personnellement imposable sur l'ensemble des revenus dont il avait disposé au cours de l'année où s'était produite la rupture et devait donc souscrire une déclaration séparée pour l'année considérée. En revanche, l'imposition commune à l'impôt de solidarité sur la fortune est immédiate car elle n'est jamais une faveur puisqu'elle ne peut qu'accroître la charge fiscale des partenaires¹⁵. Pour les droits de mutation à titre gratuit, le régime spécifique ne s'appliquait aux donations que si, à la date de celles-ci, les partenaires étaient liés depuis au moins deux ans par un pacte civil de solidarité. Mais, pour la transmission à cause de décès, aucune restriction n'était requise quant à la durée du pacte ; selon l'heureuse formule du professeur Delmas Saint-Hilaire, «la mort purgeait fiscalement le pacte de complaisance» ¹⁶.

B - La crainte excessive de l'évasion fiscale

En présence de ces avantages substantiels, le contribuable ne pourrait-il pas utiliser le pacs pour éluder ou minorer l'impôt ? Lors même du débat parlementaire, certains ne doutèrent pas de la réponse affirmative qu'il convenait d'apporter à cette interrogation. Pourtant, un examen attentif permet de nuancer très vigoureusement cette assertion. Pour l'impôt sur le revenu, les économies escomptées ne sont pas toujours au rendez-vous et doivent être mises en balance avec les contraintes résultant des obligations mises à la charge des partenaires par le législateur. Pour les transmissions à titre gratuit, les possibilités d'évasion fiscale s'avèrent finalement limitées par rapport à celles offertes par le mariage.

En matière d'impôt sur le revenu, l'imposition commune n'est pas toujours bénéfique au contribuable¹⁸. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 9 novembre 1999 : pour procurer un avantage substantiel, encore faut-il que les revenus des partenaires soient

^{15 -} Ph. Delmas Saint-Hilaire, préc., citant Conseil const. du 9 novembre 1999, déc. n° 99-419, J.O. du 16 nov. 1999, p. 16966.

^{16 -} Chronique préc..

^{17 -} Rapport au nom de la commission des lois, P. Gelard, nº 258 : «La facilité de conclusion et de rupture d'un pacs et le fait que, d'après les débats à l'Assemblée nationale, la cohabitation ne semblerait pas exigée, fait craindre la conclusion de pacs blancs conclus dans le seul but de profiter des avantages procurés». Cette suspicion d'évasion fiscale n'est certainement pas étrangère à l'interprétation très restrictive effectuée par l'Administration des textes fiscaux à l'égard des partenaires. Ainsi, jusqu'à une très récente réponse ministérielle, celle-ci refusait d'appliquer l'abattement spécifique de 57 000 euros applicable aux personnes liées par un pacte civil de solidarité aux capitaux transmis en vertu d'un contrat d'assurance vie et correspondant à la fraction des primes excédant 30 500 euros versées après le soixante-dixième anniversaire de l'assuré, Rép. Min. Economie n° 42679 à Mme Pascale Gruny, JO AN Quest, 11 janv. 2005, p. 318.

^{18 -} M. Marteau-Petit, Le pacs et le fisc, Droit de la famille, avril 2001, n° 18, p. 16.

déséquilibrés¹⁹. Un contribuable aux ressources confortables serait-il vraiment avisé de se lier fictivement à un comparse démuni ? La solidarité passive résultant de l'article 515-4 du code civil et la présomption d'indivision pour tous les biens acquis à titre onéreux après conclusion du pacte édictée par la disposition suivante du même code peuvent en définitive faire préférer une liberté même onéreuse fiscalement²⁰. Qui plus est, dans certaines situations, l'imposition commune génère des inconvénients²¹. Ceux-ci peuvent être rappelés rapidement. Le cumul des revenus peut entraîner la perte de nombreuses faveurs fiscales liées au plafonnement de celles-ci : quotient familial en présence de charges de famille, décote, réduction pour emploi de salarié à domicile, seuil en matière de plus-values sur cession de droits sociaux, déduction des déficits fonciers²². Ensuite, le partenaire aux ressources nulles ou faibles peut être privé de divers avantages fiscaux et sociaux : exonération de taxe d'habitation, de redevance audiovisuelle, perte d'allocations et de prestations....Enfin, l'imposition commune entraîne solidarité fiscale des deux partenaires pour le paiement de l'impôt sur le revenu, de la taxe d'habitation et de l'impôt de solidarité sur la fortune. Toutefois, le risque d'évasion fiscale n'est pas totalement absent : le pacte peut constituer le moyen d'utilisation d'un déficit ou d'un avantage fiscal (une réduction d'impôt, par exemple) qui, en l'absence de «compensation» sur les revenus d'un comparse, serait perdu. Cette possibilité existe d'autant plus que le législateur fiscal n'a pas fait preuve du même réalisme en matière de pacs qu'en matière de mariage. Selon le 4 de l'article 6 du code général des impôts, les époux font obligatoirement l'objet d'une

^{19 -} Décision n° 99-419, J.O. du 16 nov. 1999, p. 16966; M. Marteau-Petit, préc.; F. Douet, Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité, préc.; adde F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille 2003-2004, n° 1524, Litec, 3 cme éd., 2003.

^{20 -} P. Catala, Critique de la raison médiatique, Droit de la famille, hors série décembre 1999 consacré au pacte civil de solidarité, chr. 17, p. 63.

^{21 -} M. Marteau-Petit, préc., nº 18, p. 16.

^{22 -} Ph. Delmas Saint-Hilaire, préc.; M. Marteau-Petit, préc.. Le cas particulier de l'entrepreneur individuel constitue un autre exemple où la conclusion d'un pacte n'est pas sans présenter un inconvénient. En effet, si le chef d'entreprise peut déduire intégralement le salaire versé à un(e) concubin(e), il n'en est plus ainsi s'agissant d'un(e) partenaire dans le cadre d'un pacte civil de solidarité. Lorsque l'imposition à l'impôt sur le revenu est commune, en vertu du pacte civil de solidarité comme en conséquence du mariage, la déduction est alors limitée à 2600 euros ou à 36 fois le montant mensuel du SMIC si l'entrepreneur adhère à un centre ou à une association de gestion agréé - art. 154 - I du CGI, M. Cozian, Sexe, mariage et fiscalité : le fisc n'aime pas les femmes mariées qui sont salariées de leur mari, Petites affiches, 5 nov. 2004, n° 222, p. 5; F. Douet, Précis de droit fiscal de la famille 2003-2004, préc., n°1536. Sans doute, selon la doctrine administrative - sur le caractère totalement illégal de cette discrimination fondée sur le régime matrimonial, M. Cozian, préc. - la limitation prévue à l'article 154 - I du CGI n'est pas applicable aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens. Toutefois, puisque la loi du 15 novembre 1999 n'organise pas un régime séparatiste entre partenaires mais une présomption d'indivision, la solution ne peut être étendue aux personnes pacsées. Certes, parmi les propositions faites par le groupe de travail réuni par le Premier ministre en 2004, figure celle de «mettre en place un régime de principe fondé sur une séparation des patrimoines», infra note 32. Le salaire versé au partenaire pacsé devrait alors être déductible sans limite mais la loi de finances pour 2005 rend dorénavant, sur le problème ici évoqué, l'innovation de moindre intérêt. En effet, à compter de l'imposition des revenus 2005, l'article 12 de la loi n° 2004-1484 du 30 déc. 2004 relève la limite générale de déduction de 2600 euros à 13 800 euros et autorise la déduction intégrale pour les adhérents des centres et associations de gestion agréés.

imposition séparée dans trois cas, à savoir : - lorsqu'ils sont séparés de biens et ne vivent pas sous le même toit²³ ; - lorsque, étant en instance de séparation de corps ou de divorce, ils ont été autorisés à avoir des résidences séparées ; - lorsqu'en cas d'abandon de domicile conjugal par l'un ou l'autre des époux, chacun dispose de revenus distincts²⁴. La loi du 15 novembre 1999 n'a rien prévu de semblable²⁵. Au surplus, ses commentateurs ont relevé son absence de clarté sur la nécessité d'une communauté de vie entre les partenaires²⁶. Aussi, l'Administration fiscale prend-elle appui sur la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999²⁷ pour poser, dans l'instruction du 19 mars 2003, les deux exigences d' «une vie commune» et d' «une résidence commune» en matière de pacs²⁸. En leur absence, l'Administration pourrait donc remettre en cause l'imposition commune²⁹. Si la jurisprudence

^{23 -} Mais selon CE 25 avril 2003, épx Krupa, n° 181 719, Dr. fisc. 2003, n° 42, comm. 736, concl. G. Bachelier : la disparition de toute vie commune n'est pas exigée. Il est alors indifférent que la vie séparée des époux provienne de dissentiments entre les intéressés ou d'une cause indépendante de leur volonté (peu importe ainsi qu'elle résulte de choix professionnels et que le mari retourne au domicile de sa femme pendant ses périodes de congé : CE, 2 juin 1989, n° 63600, M. Avril, Dr. fisc. 1990, n° 20-21, comm. 987) ; C. David, J.Cl. Impôt sur le revenu, fasc. 64, Généralités, imposition par foyer, n° 50 et s. *Adde, infra* note 44, pour l'utilisation à des fins d'allègement de la pression fiscale de ce cas d'imposition distincte : CAA Paris, 2ème ch. A, 1er déc. 2004, Dr. fisc. 2005, n° 12, comm. 30 ; CAA Marseille, plén., 8 avr. 2004, JCP N 2005, II, 1252, note F. Douet.

²⁴⁻Dans ce cas, la jurisprudence impose la disparition de toute vie commune : CE 19 janvier 1998, n° 126809, Mme Lamonica, Dr. fisc. 1998, n° 12, comm. 214, concl. J. Arrighi de Casanova.

^{25 -} F. Douet, Modalités d'imposition en matière d'impôt sur le revenu des contribuables liés par un pacs, Droit de la famille, juin 2003, chr. 18, p. 10.

^{26 -} M. Marteau-Petit, préc., n° 20, p. 17 ; adde F. Granet et H. Lécuyer, J.Cl. Code civil, art. 515-1 à 515-7, fasc. 10, Pacte civil de solidarité, n° 54 «Le pacs engendre-t-il une obligation de communauté de vie ? La loi ne répond pas clairement sur ce point. Tout juste indique-t-elle que la cause du pacs est l'organisation de la vie commune, que les partenaires déclarent leur pacs au greffe du tribunal dans le ressort duquel ils fixent leur résidence commune. La communauté de vie semble devoir exister (ou préexister ? Cela pourrait prêter à discussion) lors de la conclusion du pacs. Mais doit-elle perdurer ? Cela revient à se demander si la cause du contrat doit persister en cours d'exécution. Cela pourrait s'avérer nécessaire pour désamorcer réellement les pacs blancs».

^{27 -} N. Molfessis, le pacte civil de solidarité, la réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel, JCP N 2000, I, 270; P. Catala, Critique de la raison médiatique, préc.; Y. Delecraz, Pacs et conjugalité, JCP N 2004, I, 1180: «Pour le Conseil constitutionnel, le pacs n'est donc pas un simple contrat permettant à deux individus de s'associer opportunément pour bénéficier d'avantages fiscaux, sociaux ou patrimoniaux car il faut entre les deux partenaires une relation personnelle, intime et charnelle»; B. Monassier, Le mariage sur mesure, Droit et patrimoine, avril 2000, n° 81, p. 54.

^{28 -} Instruction du 19 mars 2003 de la DGI, BOI 5 B-9-03, Dr. fisc. 2003, IV, 12986 : «Ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-419 DC du 19 novembre 1999, la décision de vivre en commun implique l'obligation de résidence commune. En effet, cette obligation, comme l'obligation d'aide mutuelle et matérielle, découle de la volonté du législateur qui a entendu ne pas conférer à la notion de vie commune la seule dimension de communauté d'intérêt se limitant à la seule cohabitation de deux personnes». Toutefois, l'instruction en cause, dans la suite de ses développements, ne retient que les seuls cas de rupture établis expressément par la loi : la déclaration de rupture commune mentionnée en marge du registre spécial au greffe du tribunal d'instance et la déclaration de rupture unilatérale signifiée au greffe du même tribunal

^{29 -} En ce sens, M. Marteau-Petit, préc., n° 22, p. 17, qui, en dehors du cas d'un concubinage notoire entretenu par un des partenaires avec un tiers, s'interroge sur la difficulté, voire l'impossibilité pour l'Administration fiscale, tout en ne portant pas atteinte à la vie privée, de procéder à des enquêtes destinées à vérifier la réalité, la nature et la continuité de la vie commune.

devait suivre cette position³⁰, les critères dégagés pour retenir l'imposition séparée des époux seraient vraisemblablement utilisés. Mais c'est parfois cette imposition séparée qui est avantageuse pour le contribuable³¹. Et justement, les partenaires qui ne vivent pas sous le même toit peuvent-ils y prétendre³² ? En cas de refus de l'Administration fiscale, il est piquant de constater qu'ils auront le choix entre deux solutions diamétralement opposées : rompre le pacte et retourner à une situation de concubinage ou contracter mariage sous le régime de la séparation de biens³³.

Pour les transmissions à titre gratuit, le pacte de complaisance présente l'intérêt d'échapper au tarif de 60% sans abattement spécifique (un abattement général de 1500 euros s'appliquant aux seules successions). Mais pour ceux qui peuvent se marier, c'est-à-dire pour les couples hétérosexuels, il y a beaucoup mieux qu'un pacte de complaisance pour organiser au moindre coût fiscal une transmission de biens à titre gratuit : c'est le mariage fictif. Non seulement l'abattement à la base est plus élevé (76000 euros), le barème progressif comportant sept tranches de 5 à 40 % se traduit par un prélèvement moins important, mais en outre les avantages matrimoniaux qui peuvent être stipulés échappent aux droits de mutation. Ainsi la part de communauté correspondant aux droits de l'époux survivant n'est pas soumise à imposition. De même, en principe, les biens de communauté recueillis par le conjoint survivant en vertu d'une convention de mariage (préciput conventionnel, stipulations de parts inégales dans la communauté ou attribution intégrale de celle-ci au conjoint survivant) ne figurent pas dans l'assiette de la taxation. Un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation³⁴ révèle que l'hypothèse n'est pas d'école.

^{30 -} Une interprétation, peut-être audacieuse, des articles 6 et 7 du CGI pourrait l'y conduire. L'article 7 dispose désormais que «Les règles d'imposition, d'assiette et de liquidation de l'impôt ainsi que celles concernant la souscription des déclarations prévues par le présent code en matière d'impôt sur le revenu pour les contribuables mariés, sont applicables dans les mêmes conditions aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, sous réserve des dispositions du 8 de l'article 6». La nouvelle rédaction de cet article 7 du CGI, pas plus que celle introduite par la loi du 15 novembre 1999, ne réserve à côté du 8 de l'article 6 le 4 qui prévoit l'imposition séparée des époux...Par deux fois, le législateur aurait donc commis la même inadvertance ? 31- CE 25 avril 2003, Krupa, préc..

^{32 -} La réponse est négative si l'on considère que le pacs n'organise pas un régime des biens séparatiste puisque l'alinéa 2 de l'art. 515-5 c. civ. pose la règle de la présomption d'indivision pour les acquisitions à titre onéreux réalisées postérieurement à la conclusion du pacte : P. Catala, chr. préc. ; Y. Delecraz, chr. préc. Mais, parmi les propositions faites par le groupe de travail réuni par le Premier ministre en 2004, figure celle de «mettre en place un régime de principe fondé sur une séparation des patrimoines, tout en laissant aux partenaires la possibilité d'opter pour un régime d'indivision légalement organisé», propositions n° 14 et 15 du rapport «Le pacte civil de solidarité. Réflexions et propositions de réforme», 30 novembre 2004. Rien ne s'opposerait, si cette réforme était adoptée, à l'imposition séparée des partenaires ne cohabitant pas.

^{33 -} F. Douet, Principales nouveautés de la loi de finances pour 2005 intéressant le droit fiscal de la famille, Droit de la famille, février 2005, chr. n° 27, p. 13, indique cette solution incontestable : les partenaires qui se marient continuent à faire l'objet d'une imposition commune sauf s'ils se marient sous le régime de séparation de biens sans vivre sous le même toit.

^{34 -} Cass. 1^{cre} civ., 28 octobre 2003, M. Gérard C/ Mme Nicole Blanc, D. 2004, jurisp., p. 21, note J.-P. Gridel; Droit de la famille, févr. 2004, p. 17, note V. Larribau-Terneyre; Petites affiches, 28 avril 2004, n° 85, p. 12, note J. Massip; Petites affiches, 10 mars 2004, n° 50, p. 19, note R. Desgorce.

Selon cette décision, «le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale», c'est-à-dire en l'espèce «dans le seul but d'échapper aux règles successorales et plus particulièrement aux lourds droits de mutation frappant la transmission de biens entre tiers». Les circonstances factuelles³⁵ montrent que le mariage ne comportait aucune intention de mener une vie commune ou d'assumer un passé commun (concubinage antérieur) ; il n'avait été conclu qu'en considération du décès imminent de l'époux³⁶. D'évidence, dans un tel cas de figure, c'est bien le mariage qu'utiliseront les partenaires hétérosexuels - en quête d'optimisation fiscale de préférence au pacs.

En définitive, le risque du pacte de complaisance utilisé comme moyen d'évasion fiscale, s'il demeure vraisemblable, a certainement été très exagéré³⁷. Le mariage peut également faire l'objet des mêmes suspicions³⁸. Le législateur de 2004 pouvait donc revoir le dispositif fiscal du pacte civil de solidarité en supprimant, ou du moins en allégeant considérablement, le dispositif du différé qui pouvait apparaître pour les intéressés inutilement frustratoire.

Section II - La loi de finances pour 2005 : le pacte, instrument de re-fiscalisation ?

En permettant aux partenaires de bénéficier du statut fiscal du pacte dès la conclusion de celui-ci, la loi de finances pour 2005 semble

^{35 -} Les faits relatés par le Conseiller J. Massip, note préc., sont particulièrement significatifs : homosexuel et atteint du sida, le futur marié dans un état de santé désespéré se rapproche d'une de ses amies d'enfance, vivant en concubinage avec un tiers, pour lui léguer tous ses biens par testament. En contrepartie, la bénéficiaire devait prendre en charge les derniers jours du testateur ainsi que ses obsèques et s'occuper de sa mère très âgée. Mais notre mourrant n'allait pas s'arrêter là, preuve qu'il était un fiscaliste averti. Il décida de convoler en justes noces avec celle qu'il venait de gratifier. Aux termes du contrat de mariage, il apportait tous ses biens à la communauté des époux. Est-il besoin de préciser que l'acte comportait une clause d'attribution exclusive de cette communauté au survivant? Ainsi, l'avantage matrimonial entre époux, exonéré de tout droit de succession, se substituait au legs testamentaire au profit d'une amie dénuée de lien de parenté et en conséquence taxée à 60% par le fisc. Qu'advient-il ensuite ? L'Administration fiscale aurait découvert ce stratagème ? Non, et c'est justement ce qui peut laisser perplexe. Quelle aurait été son attitude si les calculs du mari n'avaient pas été déjoués par la providence ? Aurait-elle pu déceler et démontrer que l'unique dessein de l'union matrimoniale était le détournement des règles fiscales ? En effet, c'est le mari qui assigne son épouse en nullité du mariage, exposant le montage frauduleux dont il est l'initiateur. Car, contre toute attente et les progrès de la médecine aidant, il recouvre la santé et le désir de reprendre sa liberté et ses biens... Comp. Avec M. Marteau-Petit, préc., nº 22, p. 17, qui souligne qu' «il sera extrêmement difficile à l'Administration fiscale de prouver que la signature du pacs n'a été inspirée par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales».

³⁶⁻J.-P. Gridel, préc.. La solution est fondée sur l'article 146 du code civil, c'est-à-dire sur le défaut de consentement. Mais la décision relève davantage du contrôle de la cause ou de celui de la fraude (V. Larribeau-Terneyre, préc.), notions qui, remarquons-le, peuvent être transposées sans difficulté au pacte de complaisance. Tout comme pour le mariage, la preuve devrait être rapportée que le pacte a été conclu exclusivement pour bénéficier, à bref délai, de conditions fiscales plus avantageuses... C'est du moins en ce sens que conclut J.-P. Gridel pour le mariage. Sur le débat et les controverses en matière de mariage de complaisance, voir les annotateurs cités de la décision rendue par Cass. civ. 1re, 28 oct. 2003 et leurs références.

³⁷ - M. Marteau-Petit, préc., n° 18, p. 16 : «la méfiance du législateur à l'égard des pacs blancs apparaît peutêtre excessive».

^{38 -} Et cette méfiance devrait s'accentuer si l'on considère que le «mariage se libéralise», que «le législateur gomme de plus en plus les différences juridiques» entre mariage, pacte civil de solidarité et concubinage, Y. Lequette, rapport de synthèse du 100° congrès des notaires de France, préc.

aligner la situation des couples pacsés sur celle des couples mariés. Il s'ensuit nécessairement une attractivité renouvelée pour la conclusion d'un pacs par des couples installés jusqu'alors dans le concubinage³⁹. En conséquence, le législateur fiscal orienterait les couples vers des statuts - mariage ou pacte civil de solidarité - impliquant obligatoirement soumission à imposition commune des intéressés. En cela, il accomplirait une œuvre de re-fiscalisation des couples hors mariage parce qu'il y trouve un nécessaire intérêt dans sa traque de la fausse famille monoparentale, véritable source d'évasion fiscale. Pour s'en convaincre, on remarquera que le sacrifice consenti par les finances publiques est strictement quantifié au résultat escompté, c'est-à-dire l'incitation à la conclusion du pacs. Le complet alignement du régime fiscal des partenaires sur celui des couples mariés n'est pas réalisé, ni même envisagé à brève échéance.

A. Le relatif alignement des couples de partenaires sur les couples mariés

L'article 8 de la loi de finances pour 2005⁴⁰ ajuste les conditions d'imposition à l'impôt sur le revenu des personnes liées par un pacs sur celles des personnes mariées sous réserve de quelques spécificités. Le différé de trois ans est remplacé par un dispositif à retardement d'une durée plus courte. Cependant, la raison d'être de cette restriction inconnue en matière de mariage semble ne plus être celle de la législation d'origine. Essentiellement, il ne s'agit plus d'écarter d'éventuels pactes de complaisance mais d'annihiler une source d'évasion fiscale liée à la possibilité de déclarations infra annuelles par des partenaires qui, au demeurant, ne s'installent pas dans une union factice⁴¹. Dès la date d'enregistrement du pacte, les partenaires sont soumis à une imposition commune tout comme les nouveaux mariés. Ils rédigent donc l'année de conclusion du pacte trois déclarations : ils sont personnellement imposables jusqu'à la date de signature du pacte puis imposés de façon commune à compter de cette date. En outre, en cas de rupture du pacte au-delà de l'année suivant celle de sa conclusion, l'imposition séparée des anciens partenaires est désormais appliquée à partir de la date de la fin du pacte et non plus au titre de l'année de la rupture, et ce quelle que soit la cause de la rupture. Ici également la situation des

³⁹⁻La rédaction du Lamy fiscal et des Nouvelles fiscales sous la présentation de D. Gutmann, La loi de finances pour 2005, Droit et patrimoine février 2005, p. 60, où le chroniqueur s'interroge sur le coût réel de la réforme pour les finances publiques : «Le pacs devenant fiscalement plus intéressant, il peut en être logiquement attendu un regain de succès : le coût du dispositif, quoique difficilement chiffrable, risque donc de s'établir, à moyen terme, à un niveau plus élevé que l'estimation gouvernementale pour 2005 peut le laisser supposer, en raison d'une élévation substantielle du nombre de couples bénéficiant d'une imposition commune».

^{40 -} Loi nº 2004-1484 du 30 déc. 2004. art. 8.

^{41 -} Le pacte connaît des règles de rupture autrement plus souples et plus rapides que le divorce dans le mariage. La différence de régime peut donc ainsi se justifier.

couples pacsés est harmonisée avec celle des couples mariés. Pour les droits de mutation à titre gratuit, l'abattement spécifique de 57 000 euros et les taux de 40% et 50% s'appliquent dès la conclusion du pacte. Toutefois, l'application de ces dispositions est remise en cause si le pacte prend fin au cours de l'année civile de sa conclusion ou de l'année suivante pour un motif autre que le mariage entre les partenaires ou le décès de l'un d'entre eux. Le maintien d'un dispositif de différé à rebours est légitimé, selon le rapporteur général devant l'Assemblée nationale⁴², parce que l'existence d'un délai d'attente de trois ans avait justifié aux yeux du Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 1999, d'une part, la différence de traitement entre concubins et personnes pacsées, et, d'autre part, l'absence de rupture d'égalité devant les charges publiques au détriment des personnes mariées⁴³. Conserver l'imposition séparée dans le cas de rupture à bref délai s'inscrit donc dans cette interprétation. Surtout ce trait spécifique de l'imposition sur le revenu des partenaires permet d'écarter un risque d'évasion fiscale; le différé à rebours permet «de limiter les cas de déclarations multiples qui érodent la progressivité de l'impôt sur le revenu» 44. Mais la «stratégie fiscale» inverse⁴⁵ peut aboutir au même résultat. Le législateur a donc également voulu déjouer cette catégorie de «trajectoires nuptiales»⁴⁶ ; lorsque leur mariage intervient au cours de l'année civile de la rupture du pacte ou de l'année suivante, les contribuables font l'objet d'une imposition commune au titre de l'année de la rupture et de celle du mariage. Si cohérente qu'elle puisse paraître avec l'alignement concomitant de la rupture du pacte sur le mariage au regard de l'impôt sur le revenu⁴⁷, cette disposition n'en est pas

^{42 -} Rapport général Gilles Carrez à l'Assemblée nationale n° 1863.

^{43 -} Décision préc.

^{44 -} Rapport Gilles Carrez, préc. En l'absence d'une telle précaution du législateur, ce sont six déclarations que les partenaires pourraient déposer sur deux années consécutives (celle de la conclusion et celle de la rupture): un revenu de caractère exceptionnel par sa survenance et d'un montant substantiel mais dont l'acquisition s'échelonnerait en tout ou partie sur cette période pourrait, en effectuant un choix judicieux des dates respectives de conclusion et de rupture du pacte, échapper de manière significative aux conséquences du barème progressif. Les partenaires pourraient aussi, pour chaque déclaration infra annuelle, utiliser intégralement les abattements pour retrait sur contrat d'assurance vie de plus de huit ans et les seuils d'imposition pour cession de valeurs mobilières. L'hypothèse d'utilisation de déclarations infra-annuelles aux fins de minorer le montant de l'impôt sur le revenu n'est pas d'école. La jurisprudence a déjà dû refuser cette faculté à des époux séparés reprenant la vie commune en cours d'année et souhaitant en conséquence bénéficier successivement au cours de ce même année d'une période d'imposition séparée et d'une période d'imposition commune: CAA Paris, 2ème ch. A, 1er déc. 2004, préc. supra note 23. De même, les juges ont écarté la prétention d'une contribuable qui, ayant contracté mariage sans pour autant vivre sous le même toit que son époux, soutenait qu'au titre de l'année de son mariage elle devait être assujettie à l'impôt sur le revenu sur la base de deux déclarations infra-annuelles successives distinctes de celle de son conjoint, CAA Marseille, plén., 8 avril 2004, préc. supra note 23.

^{45 -} Au lieu de se placer sur une période d'imposition commune de courte durée, les contribuables imposés en commun pourraient tout aussi efficacement revenir, pour quelques mois, à l'imposition séparée; ce sont encore six déclarations qui pourraient être déposées sur deux années consécutives, c'est-à-dire chronologiquement l'année de la rupture et l'année de la reconstitution légale du couple. Dans cette hypothèse, la progressivité de l'impôt sur le revenu pourrait encore être écartée.

^{46 -} La rédaction du Lamy fiscal et des Nouvelles fiscales sous la présentation de D. Gutmann, La loi de finances pour 2005, préc., p. 60.

⁴⁷⁻ Ibid.

moins surprenante sur le plan des principes. Sauf à imaginer des relations particulièrement tumultueuses, l'on doit penser, qu'entre rupture du pacte et mariage, la vie commune a continué entre les contribuables. Bref, pendant ce laps de temps, leur situation juridique est celle d'un couple de concubins mais aussi, et c'est là où réside l'innovation, celle d'un foyer fiscal pour l'impôt sur le revenu⁴⁸ comme pour l'impôt de solidarité sur la fortune. Sans doute, cette reconnaissance fiscale du couple de concubins est-elle liée à la crainte d'un détournement à des fins d'optimisation fiscale des règles gouvernant la rupture du pacte⁴⁹. Il n'en reste pas moins que la solution s'applique quand bien même l'attitude des contribuables se justifie par des considérations autres que fiscales⁵⁰.

Enfin, la loi de finances pour 2005, s'agissant des sociétés à responsabilité limitée dites de famille pouvant opter pour l'impôt sur le revenu⁵¹, admet l'existence du lien de parenté unissant les associés unis par un pacte civil de solidarité, mesure reprenant une tolérance administrative non publiée⁵². En revanche, le législateur n'a pas retenu les amendements déposés par l'opposition parlementaire pour aligner le régime des droits de mutation applicable entre partenaires sur celui des époux ou sur celui applicable entre frères et sœurs (plus avantageux puisque inférieur de 5 points : 35% jusqu'à 23 000 euros et 45% ensuite)⁵³. En matière de droits de mutation à titre gratuit, le législateur n'a en définitive recueilli, hormis l'allègement significatif du dispositif du différé précédemment mentionné, que la seule autre mesure figurant dans le projet de loi : un abattement de 20% sur la valeur vénale réelle de « l'immeuble ayant servi de résidence principale au défunt lorsque cet immeuble est également occupé à titre de résidence principale par le partenaire survivant ou par un ou plusieurs enfants mineurs ou protégés du défunt ou de son partenaire »54. Semblable disposition existe pour le conjoint survivant depuis la loi de finances pour 1999 qui avait voulu briser une jurisprudence de la Cour de cassation décidant que la valeur vénale d'un immeuble transmis à titre gratuit s'apprécie

^{48 -} Le cas échéant, les nouveaux mariés devront procéder à la régularisation des déclarations effectuées au titre de l'année de la rupture.

^{49 -} La rédaction du Lamy fiscal et des Nouvelles fiscales sous la présentation de D. Gutmann, préc.

^{50 -} En ce sens, une utile comparaison peut être effectuée avec la solution antérieurement posée par l'instruction du 19 mars 2003, préc., qui écartait l'imposition séparée «s'il apparaissait que la rupture du pacs était abusive et n'avait d'autre objet que de contourner l'application des règles maintenant une imposition commune lorsque la rupture intervenait en raison du mariage des partenaires».

^{51 -} En principe, les sociétés à responsabilité limitée sont soumises à l'impôt sur les sociétés mais, à condition d'être constituées uniquement entre personnes parentes d'une même famille, elles peuvent opter pour l'impôt sur le revenu : art. 239 bis AA du C.G.I.

^{52 -} Dr. fisc. 2005, n° 1-2, comm. 34, p. 65 : la réforme a au moins l'intérêt de mettre fin à une incertitude sur la légalité de la doctrine administrative jusque là appliquée ; *adde* la rédaction du Lamy fiscal et des Nouvelles fiscales sous la présentation de D. Gutmann, préc., p. 60.

^{53 -} Assemblée nationale, troisième séance du jeudi 21 octobre 2004.

^{54 -} Dr. fisc. 2005, nº 1-2, comm. 62, p. 121.

compte tenu notamment de son état d'occupation au moment de la transmission. Avec l'intervention législative de 1999, par exception, seule l'occupation par le conjoint survivant ou des enfants mineurs ou protégés peut être prise en considération, du moins selon la doctrine fiscale⁵⁵. La Cour de cassation pouvant avoir une lecture différente de la refonte des textes effectuée en 1999, l'extension de la mesure en faveur des couples de partenaires peut être relativisée⁵⁶.

En conséquence, les seules dispositions réellement innovatrices de la loi de finances pour 2005 sont celles relatives au délai de différé. Et, c'est seulement en matière d'imposition sur le revenu que les partenaires obtiennent l'alignement de leur situation sur celle des couples mariés.

B - La re-fiscalisation de la famille hors mariage?

Pour beaucoup de couples hors mariage, cette nouvelle fiscalité constitue certainement une incitation à inscrire leurs relations dans le moule légal du pacs⁵⁷. Et, en cela, rien à redire puisqu'il n'y a pas évidemment de fraude, de détournement ou encore d'évasion fiscale à profiter d'un statut qui correspond à leur vécu⁵⁸. Le législateur aurait donc simplement cédé aux exigences de groupes militants⁵⁹ ? Ou, sous le paravent de la satisfaction accordée aux revendications de ceux-ci, ne cache-t-il pas d'autres objectifs ? La loi de finances confirmerait ici également sa nature d' «acte de communication institutionnelle»⁶⁰ pour affirmer que le pacte est le «décalque» du mariage ⁶¹face au concubinage. Après tout, le système fiscal actuel est l'héritage de celui qui véhiculait dans les années 1970 un modèle de couple fondé sur le mariage où seul le mari travaillait, l'épouse restant au foyer⁶². Le législateur fiscal ne

^{55 -} Instruction du 9 septembre 2004 de la DGI, BOI 7G-6-04 ; adde C.E. 11 févr. 2003, Dr. fisc. 2003, nº 16, comm. 320, p. 617.

^{56 -} La jurisprudence aurait pu considérer que l'état d'occupation par la famille du partenaire défunt devait pris en compte mais sans être limitée par les restrictions posées par le texte applicable à la famille du conjoint défunt (limitation à un abattement de 20% pour la seule résidence principale).

^{57 -} Encore leur conseillera-t-on de «mettre en balance les bénéfices d'ordre fiscal et social escomptés avec les risques de la solidarité passive et de l'indivision», P. Catala, chr. préc..., et, éventuellement, de surseoir à leur décision jusqu'à la réforme annoncée du pacs puisque les conditions d'aide mutuelle des partenaires devraient être précisées, de même que les règles de solidarité face aux dettes de la vie courante, et un régime de séparation des biens devrait se substituer à l'actuelle présomption d'indivision - Rapport «Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme», 30 novembre 2004.

^{58 -} M. Marteau-Petit, préc., n° 18, p. 16 : «on ne saurait reprocher à un contribuable de prendre en compte le paramètre fiscal» dans le choix qu'il effectue d'un statut.

^{59 -} L'intervention du législateur s'inscrit dans la volonté d'étouffer au plus vite la revendication du mariage homosexuel apparue au printemps 2004. Avant même de connaître les conclusions du groupe de travail réuni par le Premier ministre chargé de préparer une réforme du pacs, le Gouvernement a inséré dans son projet de loi de finances le dispositif qui devait aboutir à la rénovation du statut fiscal des partenaires. L'annonce fortement médiatisée des nouvelles dispositions présentait la réforme comme une mise à égalité fiscale des pacsés et des conjoints tant en matière d'impôt sur le revenu que de transmission à titre gratuit (sur ce dernier point, Ass. nat., débats 3ème séance du jeudi 21 oct. 2004).

^{60 -} D. Gutmann, La loi de finances pour 2005, Droit et patrimoine, février 2005, p. 60.

^{61 -} Ibid

^{62 -} J.-B. Geoffroy, préc., p. 350.

pourrait pas se convaincre de l'abandon d'une conception du contribuable devenue obsolète par la force de l'évolution sociologique parce qu'il lui attribuerait une autre utilité. L'idée de foyer fiscal serait conservée - même au prix de quelques contorsions juridiques - à condition de se mouler dans l'une des institutions légales : mariage ou pacte. En revanche, le couple de concubins ne serait toujours pas reconnu fiscalement, sauf l'application de solutions essentiellement défavorables au contribuable⁶³. Tel serait le message de la loi de finances pour 2005.

Encore faut-il essayer de comprendre cet ostracisme fiscal à l'égard du concubinage qui ne semble pas être partagé par d'autres branches du droit. Et ici, le rapprochement certes relatif entre couple marié et couple de partenaires doit prendre une autre dimension qui a pu parfois être négligée par les commentateurs : celle liée à la présence d'enfants à charge⁶⁴. Au surplus, du fait de l'évolution contemporaine des comportements sociaux, l'Administration fiscale s'est trouvée confrontée au casse-tête de la famille recomposée⁶⁵. Un couple institutionnalisé, mariage ou pacte, simplifie tout⁶⁶ et apporte même quelques aubaines en sus⁶⁷. Avec une telle re-fiscalisation du couple, ne se posent plus les questions du type : le parent isolé qui prétend au bénéfice de la demi-part supplémentaire est-il vraiment installé dans une existence

^{63 -} La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 en donnant la définition du concubinage et en l'élargissant à la vie commune de personnes de «sexe différent ou de même sexe» (article 515-18 C. civ.) permet à l'Administration fiscale de faire désormais application de ces solutions défavorables aux contribuables vivant en concubinage homosexuel. L'instruction du 28 août 2001, BOI 78-3-01, Dr. fisc. 2001, n° 38, affirme en conséquence que le couple de concubins homosexuels constitue un foyer fiscal pour l'impôt de solidarité sur la fortune. En matière d'impôt sur le revenu, la réaction de l'Administration sera plus tardive : l'instruction du 1er février 2005, B0 5 B-7-05, prive désormais tous les concubins, de même sexe ou de sexes différents, du bénéfice de la demi-part supplémentaire accordée au parent isolé (en ce sens déjà, la réponse ministérielle n° 26809, M. Gaillard, JO AN Quest. du 8 nov. 1999, p. 6422).

^{64 -} Position parfaitement justifiée au demeurant si l'on considère que le pacs a été voulu par le législateur comme un contrat par opposition au mariage, seule institution fondatrice de la famille, B. Monassier, Le mariage sur mesure?, Droit et patrimoine, avril 2000, p. 54, selon lequel « en refusant aux pacsés la possibilité de fonder une famille, le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de l'évolution»; comp. Y. Lequette, rapport de synthèse du 100ème congrès des notaires de France, JCP N 2004, I, 1337 sur le mariage, «modèle le plus bénéfique pour l'avenir de la société, en ce qu'il favorise le renouvellement des générations et l'éducation des enfants». Sans entrer dans ce débat, force est de constater que la famille hors mariage existe néanmoins et que la législation fiscale y est confrontée.

^{65 -} B. Jadaud, Enfant à charge et fiscalité, JCP N, 2000, 1, 1476 ; article 30 de la loi de finances rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002 (n° 2002-1576) et instruction du 20 juin 2004 de la D.G.I. (BO 5 B-3-04) sur les modalités de prise en compte au regard de l'impôt sur le revenu des enfants à charge en cas de garde alternée, Dr. fisc. 2004, IV, 13085, désormais le quotient et les réductions d'impôt pour charges de famille se partagent aussi ; adde CAA Bordeaux 27 nov. 2003, Dr. fisc. 2004, n° 38, comm. 688, p. 1311.

⁶⁶⁻En matière d'impôt sur le revenu, pour la notion d'enfant recueilli, le commissaire du Gouvernement G. Bachelier développa les conclusions suivantes sur l'arrêt du 7 janvier 2000, Dr. fisc. 2000, n° 10, comm. 179, concl. G. Bachelier ; B. Jadaud, chr. préc., n° 28 et s. : «La décision que vous allez prendre aura une grande portée pratique. Certes l'article 4 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relatif au pacte civil de solidarité prévoit que les partenaires liés par un tel pacte font l'objet, pour le calcul de l'impôt sur le revenu, d'une imposition commune...La question est donc réglée pour l'avenir pour tous les couples de concubins qui concluraient un tel pacte. Mais elle reste entière et d'actualité pour tous les autres couples qui ne souhaiteraient pas s'engager dans cette voie».

^{67 -} Puisque la rupture de vie commune n'emporte pas caducité du pacs (voir *supra* note n° 26), le partenaire qui a des enfants à charge ne peut se prévaloir de la situation de parent isolé et se trouve donc défavorisé par rapport au concubin ou l'époux faisant l'objet d'une imposition séparée qui peut invoquer une telle situation : M. Marteau-Petit, préc., note 63.

monoparentale? Assume-t-il la charge effective du ou des enfants? Car la véritable source d'évasion fiscale, c'est le couple qui se dissimule aux yeux du fisc⁶⁸. Et l'Administration fiscale semble ne pouvoir que constater son impuissance : les interprétations les plus restrictives de sa doctrine sont censurées par la jurisprudence⁶⁹. Quelle peut-être en outre l'efficacité de son contrôle au regard des impératifs du respect de la vie privée⁷⁰? La croisade de l'Administration fiscale contre la fausse famille monoparentale⁷¹ n'est d'ailleurs pas la seule source de difficultés. Lorsque la situation de couple est établie, une autre interrogation s'annonce : l'enfant de la concubine peut-il être considéré comme à charge du contribuable au titre d'enfant recueilli⁷²? Somme toute, le législateur fiscal manifesterait une fois de plus son hypocrisie⁷³. Un peu moins depuis la loi de finances pour 2005 mais toujours aussi discrets, les charmes fiscaux du pacte civil de solidarité⁷⁴ sont là pour encourager sa formation⁷⁵.

^{68 -} Voir F. Douet : Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité, Droit de la famille, hors série décembre 1999 consacré au pacte civil de solidarité, chr. 10, p. 38 : «Un contribuable vivant en concubinage peut donc être tenté de se prévaloir abusivement de la qualité de parent isolé», - Voir aussi J. Grosclaude, J.-Cl. Impôt sur la fortune, fasc. 15, Genèse et problèmatique, n° 43 : «Le nombre restreint de contribuables passibles de l'ISF s'explique, entre autres, par la difficulté rencontrée par l'Administration pour contrôler et prouver le caractère notoire du concubinage. Le pacs est ici un moyen juridique pour débusquer les concubins et les contraindre à déposer une déclaration commune de leur patrimoine».

^{69 -} C.E. 11 février 1998, Mme Martin, Dr. fisc. 1998, comm. 378, concl. G. Bachelier, censurant l'instruction fiscale du 22 avril 1996, 5 B - 10-96, en ce qu'elle exclut du droit à une demi-part supplémentaire les parents isolés ayant charge d'enfants mais percevant une pension alimentaire versée spontanément par l'exconjoint ou l'ex-concubin ; C.E. 17 nov. 2000, Mme Danthony, Dr. fisc. 2001, comm. 366, concl. G. Bachelier, adde B. Jadaud, chron. préc., n° 42, censurant l'instruction fiscale du 22 avril 1996, préc., en ce qu'elle exige la situation de parent isolé sans interruption du ler janvier au 31 décembre de l'année d'imposition ; la situation de parent isolé d'une personne doit donc être appréciée au 1er janvier de l'année d'imposition, le fait pour elle de vivre en couple par la suite est sans incidence sur sa situation fiscale. Corrélativement, la cessation d'un concubinage pour un parent qui vivait en couple le 1er janvier de l'année d'imposition ne lui fait pas recouvrir le statut de parent isolé, solution qui diffère de celle applicable à la rupture du mariage ou du pacte civil de solidarité, B. Jadaud, chron. préc., n° 46.

^{70 -} Instruction du 1er février 2005, B0 5 B-7-05 : «Le point de savoir si des contribuable cohabitent ou vivent en concubinage relève des circonstances de fait qui, dans le cadre du pouvoir de contrôle de l'Administration, peut faire l'objet d'une demande de renseignements. Dans ce cas, une déclaration sur l'honneur des contribuables concernés attestant qu'ils vivent seuls au sens des dispositions en cause fait foi jusqu'à la preuve du contraire apportée par l'Administration».

^{71 -} Dans le même esprit, l'article 2 de la loi de finances pour 2004 (loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003) réserve la majoration d'une demi-part supplémentaire accordée aux contribuables célibataires, veufs ou divorcés au titre d'enfants majeurs imposés distinctement à la condition désormais qu'ils «vivent seuls» - art. 195 du C.G.I.

^{72 -} En effet, les concubins hétérosexuels ayant un ou plusieurs enfants communs peuvent jouer avec les règles relatives à la détermination du quotient familial en les déclarant à charge du parent qui a les revenus les plus élevés, et ce en toute légalité, F. Douet : Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité, Droit de la famille, hors série décembre 1999 consacré au pacte civil de solidarité, p. 38. De même, le concubin (ou la concubine) ayant les revenus les plus élevés peut prétendre recueillir l'enfant de sa compagne (ou de son compagnon) pour le déclarer fiscalement à sa charge (CE 7 janvier 2000, Navarro, préc.) dès lors que les ressources de celle-ci (ou de celui-ci) sont insuffisantes pour assurer les besoins matériels de l'enfant, CAA Paris 24 sept. 2004, Dr. fisc. 2005, n° 9, comm. 245 ; Rép. Min. n° 62543, M. Rebillard, J.O. AN Quest., 15 octobre 2001, p. 5931.

^{73 -} J.-B. Geffroy, préc., n° 198, 352.

^{74 -} F. Douet : Les apports du pacte civil de solidarité sur la situation fiscale des concubins ou les charmes fiscaux discrets du pacte civil de solidarité, préc.

^{75 -} Ph. Delmas Saint-Hilaire, préc. : «Le droit fiscal va bien au-delà de l'intégration du nouveau couple. Non seulement, il le reconnaît, mais il encourage sa formation en conférant à ses membres des avantages substantiels».

Car la parité annoncée entre mariage et pacte dans la loi de finances de 2005 s'effectue finalement au moindre coût budgétaire. Le pacte n'est pas aligné sur le mariage, loin s'en faut. En matière de transmission à titre gratuit, la loi de finances pour 2005 accroît même les distorsions en instituant en matière de succession un nouvel abattement global de 50 000 euros réservé aux seuls héritiers en ligne directe et au conjoint survivant⁷⁶. Par ailleurs, la fiscalité du pacte ne connaît aucune amélioration sur les questions évoquées au lendemain de la loi de 19997. Le sort des avantages indirects que peuvent se consentir les partenaires n'est pas réglé : sont-ils taxés au titre des libéralités indirectes alors que les avantages matrimoniaux sont exonérés⁷⁸? Dans le cadre du partage des biens - présumés indivis - la soulte éventuellement versée par l'un des partenaires à l'autre est imposable comme une vente aux droits de mutation à titre onéreux alors qu'un tarif de faveur de 1% s'applique au partage des communautés conjugales⁷⁹. Enfin, s'agissant des libéralités consenties en cas d'adoption simple des enfants du partenaire, la solution diffère totalement : les enfants du partenaire demeurent des étrangers et les libéralités sont imposées au taux de 60% alors que l'enfant du conjoint adopté simple bénéfice des droits de mutation en ligne directe, c'est-à-dire selon le barème progressif après application d'un abattement de 50 000 euros^{80 81}.

En conclusion, d'aucuns pourraient prétendre ou espérer que cette distorsion fiscale qui perdure, malgré les apparences, entre couples mariés et couples de partenaires n'est que transitoire. Dans cette perspective, la loi de finances pour 2005 intervenue dans l'urgence n'a pu tout régler. Et les propositions d'amélioration du régime juridique du pacs faites par le groupe de travail réuni par le Premier ministre en 2004 devraient déboucher à brève échéance sur une harmonisation complète du régime fiscal de cette union sur le mariage⁸². Cependant rien n'est moins sûr : le groupe de travail observe sans doute que « le différentiel existant entre le système d'allègement des droits de succes-

^{76 -} Art. 14, I, 1°, b et II de la loi de finances pour 2005 ; voir le commentaire n° 64 de la revue de droit fiscal, 2005, n° 1-2, p. 123. *Adde* décret n° 2005-464 du 6 mai 2005 réservant au seul conjoint survivant le paiement fractionné ou différé des droits de succession.

^{77 -} Sur le «non-dit» fiscal de la loi du 15 novembre 1999 : Ph. Delmas Saint-Hilaire, préc.

^{78 -} *Ibid*.: quelles sont les conséquences fiscales de l'acquisition indivise par moitié d'un bien, notamment d'un immeuble, mais avec le financement par un seul partenaire ? Rép. min. n°23816, JO Sénat Quest., 23 novembre 2000, p. 4019; H. Lécuyer, Dr. de la famille, mars 2001, n°27, p. 22.

^{79 -} Rép. min. n° 39459, JO AN Quest., 5 juin 2000, p. 3418; F. Douet, Droit de la famille, janvier 2001, n° 12, p. 30. 80 - D. Grillet-Ponton: Le détournement fiscal de l'adoption simple: entre le cœur et la raison..., Droit de la famille, janv. 1999, chr. 2, p. 6.

^{81 -} Autre discrimination d'avec le mariage, le partenaire du chef d'entreprise ne peut pas revendiquer le statut de «partenaire collaborateur» : en conséquence, ses cotisations volontaires au régime retraite ne sont pas admises en déduction du résultat imposable de l'entreprise, Rép. min. n° 23-920 à M. Doublet, JO Sénat Quest., 15 juin 2000, p. 2148; Rép. min. Agriculture n° 9552 à M. Chassaigne, JO Sénat Quest., 9 juin 2003, p. 4500, Droit de la famille, déc. 2003, p. 15, obs. B. Beignier.

^{82 -} Rapport «Le pacte civil de solidarité. Réflexions et propositions de réforme», 30 novembre 2004, www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-pacs.pdf.

sion au profit du conjoint survivant et ceux du partenaire survivant est trop important » et sollicite l'extension du nouvel abattement global de 50 000 euros applicable en matière de successions aux couples pacsés, mais il ne propose pas une absolue égalité de traitement entre conjoints et partenaires⁸³. Car, outre le coût que pourrait présenter un tel alignement pour les finances publiques, le législateur ne souhaite pas instaurer la neutralité fiscale entre mariage et pacte civil de solidarité. Faisant sienne la conception déjà évoquée d'une hiérarchisation des différents modes de conjugalité84, il refuse toute évolution fiscale qui irait à l'encontre. Ainsi, la discrimination fiscale entre mariage et pacte civil de solidarité précédemment rappelée en matière d'adoption simple est parfaitement cohérente avec la position gouvernementale affirmée dans le cadre du droit de la famille : «Le Gouvernement n'envisage pas de réformer les règles du code civil régissant l'autorité parentale et l'adoption...Le pacte civil de solidarité n'a pas vocation à faire naître des droits parentaux»85. En outre, le législateur peut légitimement s'interroger sur les répercussions d'une telle harmonisation au regard d'autres situations fiscales. Faut-il se souvenir que, dans le cadre des travaux parlementaires qui devaient aboutir à la création du pacs, la tentative des parlementaires pour étendre le statut fiscal des partenaires aux fratries n'échoua qu'au terme d'un escamotage réalisé entre les différentes lectures du texte⁸⁶? La loi de finances pour 2005 montre que cette velléité

^{83 -} *Ibid.* p. 17 - Prudemment, le récapitulatif des propositions indique : «16. Améliorer le régime fiscal des partenaires et alléger les droits de succession du partenaire survivant», p. 32.

^{84 -} Supra, note 64.

^{85 -} Rép. min. Justice n° 14187 à M. Ivan Renar, JO Sénat Quest., 3 mars 2005, p. 615.

^{86 -} En première lecture, les députés avaient souhaité étendre une partie du statut fiscal des partenaires aux fratries. Les sénateurs élaborèrent et adoptèrent un volet fiscal entièrement consacré aux fratries (rapport au nom de la commission des lois P. Gelard, n° 258) et supprimèrent l'article leur ouvrant certaines dispositions du pacs puisque celui-ci devenait inutile (Sénat, séance du 18 mars 1999), avant de rejeter l'ensemble du texte sur le pacs. Appelée à se prononcer en nouvelle lecture, l'Assemblée nationale prit prétexte du vote sénatorial pour supprimer la disposition relative aux fratries dans la nouvelle mouture de la proposition de loi instituant le pacs (Lors de la séance du 7 avril 1999, le rapporteur de la commission des lois, J.-P. Michel, s'exprima ainsi : «Le Sénat a supprimé l'article que l'Assemblée avait voté en première lecture et qui étendait certaines dispositions du pacs aux fratries. Sur ce point, nous avons également suivi la sagesse du Sénat et nous n'avons pas rétabli cet article en deuxième lecture. Notre texte ne contient donc plus de dispositions relatives aux fratries. Au Sénat, Mme le ministre s'est engagée, au nom du Gouvernement, à ce que les problèmes que posent les fratries soient réglés dans des textes ultérieurs»). Ainsi, le Garde des sceaux, E. Guigou, qui avait souhaité écarter les fratries des nouvelles dispositions dès la première lecture du texte devant l'Assemblée nationale obtenait gain de cause (Assemblée nationale, séance du 9 décembre 1998 : «Justifier la résidence commune de frères et sœurs pourrait entraîner des difficultés pratiques et comporter ainsi des risques de fraude. Une autre difficulté tient au fait que le pacs comporte des droits et des devoirs. En l'occurrence, les intéressés bénéficieraient des droits sans les devoirs qui les accompagnent»). Lors du vote de la loi de finances pour 2000, le Sénat adopta une disposition visant à faire bénéficier deux frères ou sœurs vivant ensemble d'une imposition commune. Pour justifier un amendement de suppression de cet article, la Commission des finances de l'Assemblée nationale s'appuya sur la décision du Conseil constitutionnel nº 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité justifiant la différence de traitement entre concubins et partenaires «uniquement sur la base de l'existence d'obligations réciproques » entre deux personnes liées par un pacte aux termes de l'article L. 515-4 du code civil : «or, aucune disposition du code civil, ni aucune jurisprudence de la Cour de cassation ne prévoit d'obligations réciproques d'assistance matérielle et mutuelle entre frères et sœurs de la nature de celles résultant du mariage ou introduites par la loi récente entre les cocontractants d'un pacs» (Rapport n° 2029, D. Mignaud, au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale).

parlementaire s'est maintenue⁸⁷ : en matière de succession, un discret amendement a relevé l'abattement applicable aux frères et sœurs ayant plus de cinquante ans et partageant le même domicile depuis plus de cinq ans pour l'aligner sur celui accordé aux partenaires liés par un pacte qui en bénéficient d'ailleurs dès la première année de vie commune88. Cette autre distorsion selon laquelle des parents qui ont partagé une longue période de cohabitation se voient appliquer, lors du décès de l'un d'entre eux, des prélèvements confiscatoires alors qu'un pacte de courte durée génère de substantiels abattements semble en définitive indisposer les parlementaires89. La réticence du législateur à s'engager plus en avant dans l'harmonisation des statuts fiscaux entre couples mariés et couples de partenaires peut donc se comprendre. A terme, c'est une refonte globale de la fiscalité familiale qui pourrait lui être dictée⁹⁰ avec l'abandon du système d'imposition par foyer⁹¹. Certes, la revendication des mouvements homosexuels a contraint le législateur à sortir de sa léthargie mais force est de constater que ceuxci n'ont pas obtenu totale satisfaction. En matière de transmission à titre gratuit, le statut des partenaires demeure en deçà de celui des couples mariés. Mais ici encore, le système fiscal français ne s'est pas affranchi

⁸⁷ - Pour la seule année 2004, cinq questions écrites ont été déposées par les parlementaires sur le thème des droits de succession applicables au sein des fratries ; trois à l'Assemblée nationale : n° 40526, JO Quest. du 1er juin 2004 ; n° 46270, JO Quest. du 7 septembre 2004 ; n° 46938, JO Quest. du 21 septembre 2004 et deux au Sénat : n° 12536, JO Quest. du 17 juin 2004 ; n° 13424, JO Quest. du 5 août 2004. Dans ses réponses le Ministre de l'économie a pris pour seul argument «les contraintes budgétaires actuelles» pour refuser toute modification du régime fiscal applicable aux successions entre frères et sœurs : JO AN Quest. des 10, 17 août et 21 septembre 2004 ; JO Sénat Quest. des 12 août et 2 septembre 2004.

^{88 -} Art. 14, I, 3°, c et II de la loi de finances pour 2005. Cette disposition résulte d'un amendement adopté par le Sénat (Rapp. Sénat n° 74, t. II). Voir Dr. fisc., 2005, comm. 64, n° 1-2, p. 125.

^{89 -} Comp. B. Monassier, Le mariage sur mesure?, préc.

^{90 -} Comp. le plaidoyer de M. Marteau-Petit, chr. préc., n° 63, pour un remaniement de la législation dans le sens d'une stricte neutralité fiscale par rapport au choix des couples. Les contributions de ce colloque portant sur les pays étrangers sont particulièrement révélatrices. Le législateur allemand n'a eu guère de réti $cences \,\grave{a}\, admettre \,le \,volet \,civil \,du \,contrat \,entre \,partenaires \,mais \,sursoit \,toujours \,\grave{a}\, l'adoption \,du \,volet \,fiscal$ qui devait l'accompagner (intervention de Mme Eva Werner). Pour la Belgique, les régions flamandes, qui ont pouvoir législatif dans le domaine fiscal, ont adopté une stricte neutralité au regard du statut fiscal régissant les personnes liées par contrat de cohabitation légale sans se préoccuper des liens de parenté qui pourraient les unir : fratries, oncle et neveu, etc...(intervention du professeur J.-L. Renchon ; adde F. Granet, L'enregistrement des couples non mariés en Europe, Droit de la famille, hors série décembre 1999 consacré au pacte civil de solidarité, chr. 16, p. 58). Est-ce cette neutralité que redoute le législateur fiscal français dont on peut se demander si, en définitive, il est de son rôle de s'appuyer, dans le cadre de l'existence d'une communauté de vie, sur la recherche d'une communauté de lit réelle ou supposée pour distribuer faveurs et surtout défaveurs ? Car, à lire les instructions fiscales, c'est de cela dont il s'agit : «la simple cohabitation de deux personnes de même sexe ou de sexes différents ne suffit pas à caractériser le concubinage. En tout état de cause, sont réputées vivre seules les personnes qui cohabitent et qui en raison de leurs liens familiaux, ne sont pas susceptibles de contracter mariage ou autorisées à souscrire un pacte civil de solidarité», Instruction du 1er février 2005, BO 5 B-7-05.

^{91 -} M. Marteau-Petit, préc., n° 9, p. 14; sur les mérites respectifs de l'imposition par foyer fiscal assortie du quotient familial et de l'imposition séparée avec abattements supplémentaires accordés aux couples dont l'un des membres ne dispose pas de revenus, -J.-B. Geffroy, préc., n° 195, p. 344. L'abandon de l'imposition par foyer fiscal ne résoudrait sans doute pas toures les difficultés, notamment celles liées à l'attribution d'un avantage compensatoire aux familles monoparentales, mais présenterait, peut-être, l'intérêt d'affirmer un principe de neutralité fiscale par rapport aux divers modes de vie qui peuvent être ceux des contribuables (comp. M. Marteau-Petit, préc., n° 23, p. 18). Le partage du quotient et des réductions d'impôt pour charge de famille en cas de garde alternée initié par l'article 30 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 pourrait être la première étape de ce renouvellement du droit fiscal de la famille (cf. supra note 65).

Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?

de toutes difficultés : comment ne pas accorder le statut fiscal des époux français aux homosexuels de nationalité étrangère mariés selon la loi de leur pays d'origine pour leurs biens immeubles situés en France⁹²?

92 - M. Schmitt, L'incidence en France des lois belge et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel, JCP N 2004, I, 1006 ; E. Fongaro, Mariage homosexuel : incidences juridiques et fiscales ? JCP N, 2004, I, 1461. Les deux auteurs aboutissent à une solution identique : la compétence de la loi de situation des immeubles ne faisant aucun doute, et le droit fiscal reposant, en matière de droits de mutation à titre gratuit, sur les principes et définitions du droit civil, «le survivant des époux devrait en toute logique, pouvoir prétendre au tarif des droits de mutation entre époux prévu par le code général des impôts ainsi qu'à l'abattement de 76 000 euros». De tout ce qui précède, on ne peut que souscrire à leur conclusion : «il restera bien entendu à vérifier si l'Administration entre effectivement dans cette logique».

TITRE 2 : LA SITUATION DANS QUELQUES PAYS EUROPÉENS

LE PARTENARIAT ENREGISTRE EN ALLEMAGNE : VERS UN MARIAGE HOMOSEXUEL

Eva Wenner

Docteur en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Sarrebruck Avocat à Metz

Dans les années quatre-vingt-dix, influencés par les acquis du droit français, les revendications des couples homosexuels en Allemagne pour obtenir une reconnaissance juridique et un statut social se firent de plus en plus pressantes. En particulier, les couples homosexuels se plaignaient de la discrimination qui consistait à leur refuser les avantages accordés par le mariage aux couples hétérosexuels.

L'évidence d'un besoin de légiférer, tant pour mettre la législation allemande en conformité avec l'interdiction de discrimination énoncée dans la Loi Fondamentale allemande, que pour éviter une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, s'imposa rapidement. Un débat analogue à celui que connut le législateur français eut alors lieu en Allemagne. Dès 1995 diverses propositions furent soumises au parlement allemand, certaines visant plus généralement les couples non mariés, d'autres s'adressant spécifiquement aux couples homosexuels. A la différence du législateur français, le législateur allemand n'opta pas pour un pacte civil et neutre, ouvert à tous les couples homosexuels et hétérosexuels. Il choisit tout au contraire d'accorder un statut propre aux couples homosexuels, en leur donnant la possibilité de conclure un « partenariat de vie » (*Lebenspartnerschaft*), ressemblant au mariage hétérosexuel. Un certain nombre de projets virent le jour en 1995, en 1997 et en 1998, mais demeurèrent sans suites¹.

Lors de l'élaboration de ce qui allait devenir la loi de 2001, il apparut rapidement que le projet de loi contenait des dispositions auxquelles le *Bundesrat* s'opposerait. En effet, cette chambre du parlement jugeait que les propositions sur le partenariat enregistré s'aventuraient trop dans l'assimilation du statut des partenaires homosexuels aux couples mariés.

Cependant, après s'être engagé dans la voie d'une réforme, le législateur ne pouvait plus reculer. Le *Bundestag* se résolut alors à amputer son projet d'une partie des propositions, pour éviter de devoir soumettre la réforme au *Bundesrat*. La commission de médiation du *Bundestag* divisa le projet de loi en deux volets distincts, le premier ne nécessitant pas l'approbation du Bundesrat, le second devant être ratifié par ce dernier. Puisque le premier volet de réforme ne nécessita pas l'accord du

¹⁻Entwurf eines Gesetzes zur einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts du 25 octobre 1995; Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften du 14 mars 1997; Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Gleichbehandlunsgebotes des Artikels 3 GG du 9 mars 1998.

Bundesrat, ce texte fut voté le 16 février 2001 et entra en vigueur le 1^{er}août de la même année. Son titre est assez long : « Loi mettant fin à la discrimination des concubinages homosexuels et instituant le partenariat enregistré » (Gesetz zur Beendigung des Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften²), plus couramment désigné sous le nom de « loi sur le partenariat de vie enregistré » (eingetragene Lebenspartnerschaft) ou de « loi sur le partenariat de vie » (Lebenspartnerschaft).

Le second texte contient surtout des règles procédurales, ainsi que la réglementation des conséquences fiscales et sociales des partenariats enregistrés. Le *Bundesrat* ayant refusé de voter ce second projet de loi, il n'a jamais été promulgué et reste à ce jour en suspens.

Ainsi, la loi du 16 février 2001 est aujourd'hui une loi inachevée, ce qui se ressent dans de très nombreux domaines. Elle se présente comme une loi de lutte contre la discrimination³, créant à cette fin une nouvelle institution du droit de la famille. Cependant, les avatars qu'elle a connus, et plus encore l'assimilation du partenariat enregistrée au mariage, ont suscité un grand nombre de critiques et de réserves.

De nombreux auteurs critiquent la division du projet de loi en deux lois distinctes, dont l'une ne nécessitant pas l'assentiment du *Bundesrat*, pour contourner son veto ; ils estiment qu'il s'agissait d'un tour de passe-passe peu orthodoxe, d'un procédé dont la légalité reste douteuse. D'autres craignent que l'assimilation du partenariat enregistré au mariage, auquel il se réfère d'ailleurs très souvent, porte une atteinte grave à l'institution du mariage⁴.

Ainsi, un certain nombre de *Länder*, et notamment la Bavière, ont dès juin 2001 attaqué la loi devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande, estimant que le partenariat enregistré portait une atteinte grave au mariage et à la famille au sens traditionnel.

Néanmoins, dans sa décision en date du 18 juillet 2001, le *Bundesverfassungsgericht* a déclaré que la loi était conforme à la Loi Fondamentale et l'a même expressément qualifiée de nouvelle institution du droit de la famille⁵.

Il convient par conséquent d'examiner l'enregistrement du partenariat et sa dissolution (section I), pour ensuite exposer les droits et obligations qu'il confère aux partenaires (section II).

^{2 -}Cette loi est désignée en Allemagne sous l'abréviation de « LPartG ».

^{3 -} Selon l'article 3 de la Loi Fondamentale allemande, selon lequel tous les humains sont égaux devant la loi.

^{4 -} V. notamment la discussion entre les auteurs : J. Braun, Ein neues familienrechtliches Institut, JZ 2002, p. 23; M. Bruns, Erwiederung auf Johannes Braun"ein neues familienrechtliches Institut", JZ 2002, p. 291; J. Braun : Schlusswort, JZ p. 294.

^{5 -} Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 18.07.2001, RamRZ 2001, p. 1057.

Section I - Conclusion et dissolution du partenariat

A. L'enregistrement du partenariat

Selon la loi du 16 février 2004, un partenariat est conclu « dès lors que deux personnes de même sexe expriment, en même temps et en présence de l'une et de l'autre, leur volonté d'être liées à vie dans un partenariat⁶ ».

Comme pour le mariage, la loi exige un certain nombre de conditions en l'absence desquelles un partenariat ne peut être conclu. Ainsi, les deux partenaires doivent être de même sexe, ce qui exclut formellement les unions hétérosexuelles. Comme en France, les partenaires doivent également être majeurs. De même, les partenaires ne doivent pas être parents en ligne directe, ceci pour exclure le risque d'inceste, qui repose dans le cas présent uniquement sur un interdit social et non pas sur des considérations biologiques. Enfin, les partenaires ne doivent pas être liés par un mariage ou par un partenariat non dissous.

Quant au formalisme entourant l'enregistrement de ce partenariat à vie, la loi du 16 février 2001 a simplement exigé qu'il doive être conclu devant les « autorités compétentes », laissant aux *Länder* le soin de décider de ces derniers. De nombreux *Länder* ont en conséquence confié cette tâche à l'officier de l'état civil , qui célèbre l'union souvent dans les mêmes lieux que les mariages civils.

Devant l'officier de l'état civil, les partenaires doivent faire une déclaration conjointe de volonté, stipulant qu'ils veulent établir un partenariat de vie. Ils doivent avoir choisi un régime matrimonial. S'ils ne peuvent présenter de contrat notarié à l'officier de l'état civil⁷, on considère qu'ils ont choisi la communauté réduite aux acquêts, ressemblant étroitement au régime légal du mariage⁸. L'officier de l'état civil prononce alors le partenariat et autorise même les partenaires à échanger des alliances s'ils en font la demande.

Le partenariat est ensuite inscrit dans un registre spécifique, dont la création et l'organisation ont été laissées à la compétence des *Länder*°. De par sa célébration, le partenariat devient alors opposable aux tiers. C'est en raison de cette assimilation formelle au mariage, que les journaux ont pris l'habitude de parler de « mariages homosexuels » célébrés en Allemagne.

^{6-§ 1} alinéa 1 du LPartG.

^{7 -} Sauf la Bavière, qui, pour marquer la différence du partenariat avec le mariage, a confié aux notaires la possibilité d'enregistrer les partenariats de vie.

^{8 -} *Die Ausgleichsgemeinschaft*; v. G. Rieger, Das Vermögensrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, FamRZ 2001, p. 1497.

^{9 -} Le registre des partenariats de vie (*Lebenspartnerschaftsbuch*). En revanche, il n'existe pas de livret de famille pour les partenaires homosexuels.

B. La dissolution du partenariat

Il convient de rappeler que la loi de 2001 prévoit que le partenariat est conclu à vie, comme le mariage. Le législateur a donc voulu donner une force certaine à l'institution, et a rappelé ainsi que la dissolution du partenariat mérite réflexion et doit rester l'exception.

Le partenariat prend évidemment fin lors du décès d'un partenaire.

En revanche, le législateur allemand n'a pas prévu le cas où l'un des partenaires se marie sans dissolution préalable du partenariat, éventualité qui pourrait pourtant se présenter. Il existe donc en l'occurrence un vide juridique, et l'on est en droit de s'interroger si le partenariat est un empêchement à mariage. La plupart des auteurs considèrent qu'il ne peut empêcher la conclusion du mariage, puisque cela porterait atteinte à l'institution du mariage. Rien n'étant prévu dans ce cas, il semblerait alors possible que mariage et partenariat coexistent dans une sorte de bi-bigamie. Les officiers de l'état civil, quant à eux, refusent la célébration du mariage lorsqu'ils ont connaissance de l'existence d'un partenariat non dissous et renvoient la question au Tribunal de la Famille. En cas de rupture du partenariat, celle-ci peut être aussi bien à l'initiative d'un partenaire que des deux, mais le prononcé de la rupture nécessite l'intervention du juge.

Elle peut être prononcée dans trois hypothèses:

- si les deux partenaires font ensemble une déclaration de dissolution, ils doivent attendre l'écoulement de douze mois avant de pouvoir demander au Tribunal de la Famille que la dissolution soit prononcée ;
- si seul un des partenaires fait une déclaration de dissolution et la fait parvenir à son partenaire, la dissolution peut être prononcée par le Tribunal de Famille trente-six mois (3 ans) après que l'autre partenaire en a été informé :
- -enfin, si la continuation du partenariat s'avère d'une gravité ou « dureté insoutenable » (*unzumutbare Härte*) pour l'un des partenaires, le Tribunal peut immédiatement prononcer la rupture.

Contrairement au droit du divorce, la dissolution du partenariat n'est pas soumise à la constatation de l'échec du lien (*Scheitern der Ehe*), mais les conséquences de cette rupture sont largement assimilées aux conséquences du divorce.

Ainsi, l'obligation alimentaire ne s'éteint pas automatiquement avec la rupture du partenariat¹⁰. Comme en matière de mariage, un partenaire peut demander à l'autre de lui verser une pension alimentaire s'il ne peut subvenir lui-même à ses besoins, notamment en raison de son état de santé ou de son âge. Cette obligation alimentaire s'éteint si le créancier se marie ou conclut un nouveau partenariat.

^{10 -} H. Büttner, Unterhalsrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, FamRZ 2001, p. 1195.

Concernant la liquidation des droits et obligations entre les partenaires, le législateur allemand a précisément organisé la rupture du régime matrimonial et applique la dissolution du régime de la participation aux acquêts. De même, l'un des partenaires peut solliciter devant le Tribunal de la Famille l'attribution du logement qui constituait le domicile conjugal ou partenarial, en prouvant que le départ du domicile serait pour lui d'une « particulière dureté » (schwere Härte).

En revanche, le législateur n'a pas transposé l'institution du « *Versorgungsausgleich* » du mariage, qui consiste à accorder un certain nombre de points de retraite au conjoint qui n'a pas exercé une activité professionnelle durant la vie commune.

On constate donc que concernant la conclusion et la dissolution du partenariat enregistré, le législateur allemand s'est largement inspirée des règles relatives au mariage.

Section II - Le fonctionnement du partenariat

Une distinction s'impose entre les rapports entre partenaires (A) et les rapports que les partenaires peuvent entretenir avec des tiers, extérieurs au couple (B).

A. Les rapports entre les partenaires

Entre les partenaires, le législateur allemand a créé des obligations extrapatrimoniales et des obligations patrimoniales qui assimilent largement le partenariat au mariage.

1. Les rapports extra-patrimoniaux

Le partenariat de vie institue, tout comme le mariage, une série d'obligations extrapatrimoniales entre les partenaires.

- L'obligation de vie commune : le législateur allemand n'exprime pas expressément l'obligation pour les partenaires d'avoir un logement commun, mais selon le § 2 de la loi du 16 février 2001, les partenaires s'obligent mutuellement à « organiser et envisager leur vie ensemble¹¹». En outre, le législateur allemand a expressément prévu la séparation de fait des partenaires. Par conséquent, la vie commune reste le principe et elle implique évidemment un logement commun, que le législateur n'évoque que pour le cas de séparation ou de rupture.
- Le devoir de secours et d'assistance : le législateur allemand met à la charge des partenaires une obligation de soins et d'assistance, à l'image

¹¹⁻ L'expression « gemeinsame Lebensgestaltung » est difficile à traduire et implique une communauté de vie, mais dans un sens moral et intellectuel, plus que matériel.

de celle qui existe pour les époux¹². Il précise que ces obligations sont mutuelles. Le législateur allemand a donc fait du devoir de secours et d'assistance le premier devoir des partenaires. Ces dispositions sont obligatoires, si les partenaires les refusent, le partenariat n'est pas valable et encourt la nullité.

- L'obligation de fidélité : elle n'est pas expressément prévue par le législateur allemand ; mais les auteurs s'accordent pour la déduire des dispositions du mariage, auxquelles la loi fait expressément référence.
- La création d'un lien de famille : selon le § 1^{er} de la loi du 16 février 2001, l'enregistrement du partenariat crée un lien de famille entre les deux partenaires et chacun d'eux est considéré comme un membre de la famille de l'autre (*Familienangehöriger*), toutes les dispositions visant les membres de la famille s'appliquant alors. La loi instaure un lien de parenté par alliance entre chaque partenaire et les ascendants de son « conjoint ».
- Le nom commun : les partenaires peuvent choisir de porter un nom commun (*Lebenspartnerschaftsname*) lors de la célébration du partenariat ou ultérieurement. Le partenaire dont le nom n'a pas été choisi comme nom commun pourra joindre à ce nom son propre nom en tant que nom d'accompagnement (*Begleitname*).

Les partenaires peuvent même après la rupture du partenariat conserver le nom commun. Cela, car chacun des partenaires acquiert un véritable droit de propriété sur le nom commun¹³.

2. Les rapports patrimoniaux

La réforme de 2001 institue également des obligations patrimoniales entre les partenaires.

Ainsi, ils sont tenus d'une obligation réciproque d'entretien (*Lebenspartnerschaftsunterhalt*). Le champ d'application de l'obligation alimentaire est plus large que pour le PACS en France, dans la mesure où elle inclut l'entretien de la famille et elle est maintenue en cas de séparation de fait des partenaires.

La séparation de fait (*Getrenntleben*) est une possibilité qui a expressément été prévue par le législateur allemand, sur le modèle de la séparation de fait entre les époux. Au cours de la séparation de fait, l'obligation alimentaire est maintenue et un partenaire peut demander à l'autre une pension alimentaire convenable (*angemessener Unterhalt*), eu égard notamment à la durée du partenariat et de la situation de fortune des partenaires¹⁴.

^{12 - § 2} alinéa 1er du LPartG.

^{13 -} F. Fürkel, L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 18 février 2004 relatif au nom conjugal, RIDComp., 2004, p. 476.

^{14 -} H. Büttner, Unterhaltsrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, FamRZ 2001, p. 1195.

De même, le droit allemand permet aux partenaires de choisir parmi l'un des régimes matrimoniaux prévus pour les époux. Si les partenaires optent pour l'un des régimes conventionnels, ils doivent présenter à l'officier de l'état civil une convention notariale. A défaut d'un tel document, on estime qu'ils ont choisi le régime légal de la participation aux acquêts.

Concernant le régime successoral, la loi déclare que le partenaire survivant est héritier légal et reçoit la même proportion que le conjoint survivant¹⁵. Il existe en outre la possibilité de rédiger un testament en faveur du survivant, le législateur allemand ayant en effet donné aux partenaires homosexuels les mêmes droits successoraux qu'aux époux. En revanche, concernant les droits successoraux à verser à l'administration fiscale (*Erbschaftssteuer*), force est de constater qu'aucune disposition n'a été prise pour aligner le régime des partenaires enregistrés sur celui des époux : un tel alignement ayant été prévu par le second volet du projet de loi, qui n'est jamais entrée en application, ce qui laisse un vide juridique¹⁶.

B. Les rapports avec les tiers

Le partenariat enregistré a également des effets entre les partenaires et des tiers, notamment les enfants de l'un d'eux.

Même si elle assimile assez largement le partenariat homosexuel au mariage, la loi allemande n'est pas allée jusqu'à donner aux partenaires la possibilité d'adopter ensemble des enfants, de même que les techniques de procréation médicalement assistée ne sont pas ouvertes aux couples homosexuels¹⁷. Il reste que l'un des partenaires peut adopter un enfant seul, même si ce dernier ne sera juridiquement rattaché qu'a lui. Les enfants que l'un des partenaires a pu concevoir ou adopter ne sont pas à proprement parler des tiers au couple, puisqu'ils ont un lien de famille avec l'un des partenaires.

Si un partenaire est parent exerçant seul l'autorité parentale, le législateur allemand a prévu en faveur de son « conjoint » une sorte de « petite autorité parentale » (*kleines Sorgerecht*) qui lui confère un certain nombre de droits. Ainsi, ce partenaire peut prendre des décisions dans les situations de la vie courante et en cas de péril éminent. Toutefois, cette petite autorité parentale peut être limitée ou même exclue par le Tribunal de la Famille, dès lors que l'intérêt de l'enfant l'exige.

En cas de rupture du partenariat, le législateur allemand offre au

^{15 -} Le \$1" aliéna 10 du LPartG renvoi aux \$\$1360 a et 1360 b du BGB, qui prévoit l'obligation alimentaire entre les époux ; v. également J. Eue, Erbrechtliche Zweifelsfragen des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften, FamRZ 2001, p. 119.

^{16 -} Ainsi, les partenaires homosexuels se trouvent dans la situation illogique de pouvoir hériter l'un de l'autre, mais ils ont qu'un abattement fiscal sur 10 000 euros, et doivent ensuite verser les droits de 40 %.

^{17 -} G.Roellecke, Kommen Kinder aus der Klinik?, NJW 2002, p. 2539.

partenaire le droit de maintenir des relations avec l'enfant (*Umgangsrecht*), à condition que l'enfant ait vécu pendant un temps suffisamment long au sein du ménage.

De manière exceptionnelle, le Tribunal de Famille peut même décider le maintien de l'enfant avec le partenaire lors du décès du parent. Le Tribunal doit alors vérifier que le maintien de l'enfant chez le partenaire est dans son intérêt, ce qui est notamment le cas si l'enfant a vécu longtemps au sein du couple et que son bien-être moral ou physique est mis en péril par son transfert chez l'autre parent.

Concernant les rapports avec les autres tiers, on constate que dans un très nombreux domaine, le partenariat à vie est assimilé au mariage.

Ainsi, concernant le domaine locatif, lors du décès du partenaire titulaire du bail, ce dernier est transféré à son conjoint¹⁸.

De même, en matière de droit de travail, le droit allemand prévoit des avantages analogues au droit français concernant les priorités d'affectation notamment.

En matière sociale, la conclusion d'un partenariat entraîne l'intégration du partenaire sans revenus et de son enfant dans l'assurance familiale de son partenaire.

De même, en cas de besoin d'un des partenaires, l'administration sociale tient compte des revenus de son partenaire pour le calcul de ses droits sociaux.

Enfin, le partenaire étranger est soumis aux mêmes conditions que l'époux étranger pour le titre de séjour et pour la naturalisation.

En revanche, les partenaires ne peuvent faire une déclaration d'impôt sur le revenu commune, et se voient imposés comme deux célibataires. Une fois de plus, cette assimilation du partenaire au mariage avait été prévue dans le second volet de loi, et donc jamais appliqué.

Si originellement le législateur allemand a voulu aller plus loin que le législateur français dans la reconnaissance des couples homosexuels, le veto du *Bundesrat* limite celle-ci à une assimilation superficielle, qui présente malheureusement encore de nombreuses lacunes et incohérences. En effet, puisque la loi visant à étendre les conséquences du partenariat homosexuel sur le plan social, fiscal et successoral n'a jamais été votée, les partenaires sont toujours considérés dans ces domaines comme deux personnes étrangères. Les intéressés constatent amèrement qu'ils ont de nombreuses obligations, mais l'enregistrement de leur partenariat ne leur procure que très peu de droits à ce stade.

Finalement, si le législateur allemand est allé plus loin que le droit français dans l'égalité théorique des couples homosexuels, il est singulièrement en retrait concernant la reconnaissance des avantages et droits

^{18 -} Martin Löhnig, Veränderungen im Recht der Wohnraummiete durch das Lebenspartnerschaftsgesetz, FamRZ 2001, p. 891.

concrets. Il n'est dès lors pas surprenant que de nombreuses associations homosexuelles revendiquent toujours une assimilation plus étroite de leur statut au mariage, et que régulièrement des projets de loi visant à améliorer leur statut voient le jour¹⁹. A l'heure d'aujourd'hui aucun texte n'a réussi à dépasser le stade du projet et à vaincre le veto du *Bundesrat*.

Bibliographie:

- R. BATTES, Probleme bei der Anwendung des Gesetzes über die eingetragene Lebenspartnerschaften, FuR 2002, p. 49 et p. 113.
- -H. BÜTTNER, Unterhaltsrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, FamRZ 2001, p. 1195.
- J. BRAUN, Eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe, Positionen und Argumente, Roderer Verlag 2002.
- J. BRAUN, Ein neues familienrechtliches Institut, JZ 2002, p. 23.
- M. BRUNS, Erwiederung auf Johannes Braun "ein neues familienrechtliches Institut", JZ 2002, p. 291.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Urteil vom 18.07.2001, Ram
RZ 2001, p. 1057 et MDR 2002 p. 1193 ; NJW 2002, p.2543.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Urteil vom 09.08.2001, RamRZ 2001, p. 1441.
- C. DORSEL, Grundzüge des neuen Lebenspartnerschaftsgesetz, RnotZ 2001, p. 4.
- J. EUE, Erbrechtliche Zweifelsfragen des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften, FamRZ 2001, p. 1196.
- EUROPÄISCHER GERICHSHOF, Urteil vom 31.05.2001, FamRZ 2001, p. 1053.
- D. KAISER, Das Lebenspartnerschaftsgesetz, JZ 2001, p. 617.
- M. LÖHNIG, Veränderungen im Recht der Wohnraummiete durch das Lebenspartnerschaftsgesetz, FamRZ 2001, p. 891.
- R. SCHOLTZ et A. UHLE, Eingetragene Lebenspartnerschaft und Grundgsetz, NJW 2001, p. 393.
- D. SCHWAB, Eingetragene Lebenspartnerschaft Ein Überblick, FamRZ 2001, p. 385.
- P. TETTINGER, Kein Ruhmesblatt für Hüter der Verfassung, JZ 2002, p. 1146.
- G. RIEGER, Das Vermögensrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, FamRZ 2001, p. 1497.
- G. ROELLECKE, Kommen Kinder aus der Klinik?, NJW 2002, p. 2539.
- S. ROSATI, Comparaison franco-allemande des droits et obligations des partenaires d'un partenariat enregistré, Mémoire DEA sous la responsabilité Madame Françoise FURKEL, Université Nancy, 2001.

^{19 -} Ainsi, la SPD et les Verts ont récemment proposé d'assimiler d'avantage le partenariat homosexuel au mariage dans une proposition de loi du 11 février 2004 (BT-Drucksache 15 / 2477) discuté au Bundestagle 2 juillet 2004 (Plenarprotokoll 15 / 119).

LE CIVIL PARTNERSHIP EN DROIT ANGLAIS

Jacqueline Flauss-Diem

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne Directrice adjointe du CEPRISCA

Ce travail se présente comme une valse à deux temps : dans le premier mouvement, il aurait dû correspondre à la présentation faite des orientations retenues par le projet de loi en discussion devant la chambre des Lords lors de la journée organisée par le CEPRISCA le 28 octobre 2004 ; dans le second mouvement, il devait reprendre les options levées par le législateur le 18 novembre 2004, date à laquelle le texte définitif reçu l'assentiment royal¹, options qui limitent sensiblement la portée du projet et bouleversent la présentation faite des perspectives du droit anglais telles qu'elles se présentaient en octobre. Dans le cadre de cette publication, l'honnêteté scientifique oblige à la seule analyse du texte de loi voté, tout en renvoyant à certains aspects du projet pour un meilleur éclairage.

L'origine du texte adopté se trouve dans deux propositions de loi en faveur de l'introduction d'un partenariat enregistré pour les couples de même sexe, déposées à la Chambre des communes le 24 octobre 2001 par Jane Griffiths, MP, et le 9 janvier 2002 à la Chambre des Lords par Lord Lester of Herne Hill. La proposition fit l'objet d'un vote devant le seconde chambre législative, mais fut retirée des débats suite à l'assurance donnée par le gouvernement britannique de mener une étude transversale de la situation et ensuite d'initier un projet de loi². Le 30 juin 2003, le gouvernement publia ses propositions en la matière et les soumit à consultation pendant trois mois³, puis la Reine, dans le discours du Trône le 26 novembre 2003, fit état de la volonté de déposer un projet de loi sur le partenariat civil. Toutefois, dans le même temps, l'Exécutif écossais et le gouvernement d'Irlande du Nord avaient fait savoir qu'ils souhaitaient que le partenariat civil soit également introduit dans leur législation respective s'il devait être adopté en Angleterre et Pays de Galles, afin que les droits et obligations des couples de même sexe soient identiques au Royaume-Uni, nonobstant l'existence de compétences transférées ou réservées sur le plan constitutionnel. La procédure de consultation organisée dans les deux pays retarda bien sûr le processus au Parlement à Londres, mais l'uniformité du droit était à ce prix puisque, le Parlement écossais y ayant expressément

^{1 -} Civil Partnership Act 2004 (c.33), The Stationery Office Limited, ISBN 015633046.

^{2 -} Voir Brenda Hale, Unmarried Couples in Family Law, Fam. Law Review, 2004, p. 419, p.423/424.

^{3 -} Le document du gouvernement, intitulé « *Civil Partnership : a framework for the legal recognition of same-sex couples »* suscita plus de 3000 observations qui furent analysées et reprises dans le rapport publié en novembre 2003.

agréé⁴, le texte voté par le Parlement siégeant à Westminster régirait le droit applicable en Irlande du Nord et en Ecosse pour ce qui est de l'enregistrement de partenariats civils⁵.

Le projet de loi initial du gouvernement fut déposé le 30 mars 2004 devant la Chambre des Lords qui l'adopta et le transmis, le 5 juillet 2004, aux Communes. Le projet était extrêmement volumineux : deux tomes de plus de 350 pages chacun en raison des multiples modifications législatives subséquentes ! Après avoir passé le cap de la deuxième lecture -ce qui correspondait à l'état du projet le 28 octobre-, il subit de nombreuses retouches en commission au point que toutes les dispositions autres que celles aboutissant à reconnaître un «mariage» homosexuel passèrent à la trappe ! Si bien que de l'enregistrement d'un projet de vie commune ouvert à deux personnes dont l'identité de sexe importait peu si certaines conditions de durée et de parenté étaient respectées⁶, on est arrivé à un simple partenariat civil réservé aux homosexuels.

Quoiqu'il en soit, outre-Manche, la possibilité pour un couple de même sexe d'avoir une reconnaissance légale s'imposait d'autant plus que le législateur anglais a mis la charrue avant les bœufs puisque, sur la question si controversée de l'adoption d'enfant par un couple de même sexe, une réponse favorable a déjà été donnée. En effet la nouvelle loi sur l'adoption de 2002 rompt complètement avec la situation antérieure très restrictive quant aux postulants à l'adoption. Désormais, peut demander l'adoption un couple, qui s'entend d'un «couple marié ou de deux personnes (de sexes différents ou de même sexe) qui partagent une vie familiale durable en tant que partenaires »7. Dès lors comment résister à la demande de reconnaissance sociale et légale des couples de même sexe par un acte d'état civil ? D'autant plus que l'extrême libéralisme du régime juridique des biens en droit anglais –songeons aux montages juridiques que permet le trust- tout comme le fait qu'il n'existe pas de régime matrimonial –même «primaire»- entre

^{4 -} Le rapport faisant suite à la procédure de consultation engagée par l'Exécutif écossais fut publié le 5 février 2004 et le Parlement écossais donna son accord pour que les dispositions relatives à l'Ecosse soient incluses dans le texte de Westminster le 3 juin 2004, alors que la période de consultation prit fin le 5 mars 2004 en Irlande du Nord.

^{5 -} Toutefois nous consacrerons la suite de nos propos exclusivement au droit applicable en Angleterre et au Pays de Galles. Pour des précisions sur les systèmes de partenariat civil en Ecosse et en Irlande du Nord, on se reportera respectivement aux troisième et quatrième parties de la loi de 2004.

^{6 -} En fait le projet ressemblait fortement au PIC (pacte d'intérêt commun) issu du groupe de travail présidé par le Professeur Jean Hauser (cf. «Un modèle fondé sur la communauté de vie et la mise en commun d'un certain nombre de biens», remis à la direction des affaires civiles et du sceau du Ministère de la Justice, avril 1998), dans la mesure où il y avait communauté de vie, mais pas d'union conjugale - les relations sexuelles conduisant sinon à admettre légalement l'inceste- et surtout, mise en commun de certains biens ou «intérêts» pour reprendre une expression plus anglaise.

^{7 -} Art. 144 al. 4 de l'*Adoption and Children Act* 2002 complétant l'art. 49 al. 1 du même texte. Ces articles n'étaient pas encore en vigueur au 1^{er} janvier 2005, même si des décrets d'application ont été pris pour d'autres dispositions de la loi, le gouvernement ayant choisi une mise en œuvre par « tranches » ; sur l'ensemble de la loi, voir Katherine 0'Donovan, L'adoption dans le droit du Royaume-Uni, RIDcomp, 2003, p. 845. Il faut ajouter que l'article 144 al. 4 de la loi de 2002 est modifié par l'article 79 al. 12 du *Partnership Act* de 2004 qui complète la définition du couple par l'insertion du couple formé par deux partenaires civils, donnant toute son efficacité à la reconnaissance légale du partenariat.

conjoints ne sauraient constituer un frein tenant aux aspects patrimoniaux pour le fonctionnement d'un partenariat.

Pour autant la reconnaissance officielle du partenariat civil permet-elle d'assimiler celui-ci au mariage en droit anglais ? De façon assez paradoxale, il semble que pour ce qui concerne la phase de conclusion du partenariat on puisse dire que l'on est en face d'un faux mariage avec notamment l'instauration d'un registre d'état civil ayant des « destinataires privilégiés » (section I). En revanche, s'agissant du déroulement et de la fin du partenariat, on constate la concrétisation de la volonté du législateur d'assimiler partenariat homosexuel et mariage hétérosexuel ne serait-ce que parce que les causes et effets du dénouement de l'union sont quasiment identiques (section II).

Section I - La formation du partenariat civil ou le faux mariage

Au stade de la conception d'une formalisation de leur vie commune par un couple de même sexe, toute nature contractuelle est exclue. L'article 73 de la loi dispose en effet, en premier lieu, que l'engagement de conclure un partenariat civil n'est pas un contrat source de droits que les juridictions sanctionneront (al. 1) et, en second lieu, qu'aucune action en justice n'est ouverte pour quelle que violation que ce soit d'un tel accord (al. 2). Autrement dit pas plus que la promesse de se marier, la promesse de conclure en partenariat n'amènera un tribunal à ordonner son exécution forcée ou le versement de dommages-intérêts s'il n'y a pas lieu à invoquer un autre délit civil spécifique et distinct. S'il y a liberté matrimoniale, il y aussi liberté partenariale! Dépassé le stade préparatoire à l'union, le parallèle entre mariage et partenariat s'infléchit. En effet, essentiellement les faux-fuyants entourant la célébration même de l'union, d'une part, et les trompe-l'œil des empêchements tenant aux partenaires, d'autre part, rendent illusoire l'assimilation du partenariat civil au mariage.

A. Les faux-fuyants de la célébration

Un moyen détourné de limiter l'admission officielle des unions de personnes de même sexe par rapport au mariage est d'obliger ces couples à s'engager sur une voie unique quant à la forme de la célébration. Le recours obligatoire à la forme civile n'empêche pas, en outre, qu'un registre spécifique d'état civil soit consacré aux partenariats.

1. La prohibition des formes religieuses pour le partenariat civil

L'Angleterre ne connaît pas l'exclusivité du mariage en la forme civile. Bien au contraire, historiquement seule la forme religieuse était admise et ce n'est que tardivement que la célébration civile fut reconnue comme valable pour contracter mariage. Les célébrations effectuées par le pasteur au temple de la paroisse de l'un des futurs époux produisent de plein droit tous les effets du mariage civil. Or, parce qu'en Angleterre la religion anglicane est la religion établie et que le souverain en est à la tête, les positions dogmatiques de cette institution sont source de difficultés à l'égard de la reconnaissance officielle des couples de même sexe. Sans doute devant le multiculturalisme de la société britannique actuelle y a t-il également la volonté de ne heurter ni catholiques ni juifs ni musulmans ni Quakers. C'est pourquoi l'article 6 al. 1 interdit d'utiliser un édifice religieux8 comme lieu de conclusion d'un partenariat, contrairement à ce qui se passe pour le mariage, tout comme l'article 2 al. 5 prohibe la tenue d'un office religieux quelconque pendant le déroulement ou à la fin de la célébration du partenariat par l'officier d'état civil. Il fut même débattu du point de savoir si les partenaires pouvaient échanger les vœux rituels (vows) tout comme les futurs mariés. Cette possibilité a été écartée ; l'enregistrement d'un partenariat consiste simplement en la signature de documents administratifs, même s'il est concevable qu'intervienne par la suite une bénédiction du nouveau couple ou quelque autre manifestation religieuse selon ce que tolèrent les différents cultes à cet égard.

Ce qui revient à dire que les partenaires ne peuvent officialiser leur union qu'en recourant à une autorité laïque territorialement compétente, celle qu'ils ont l'obligation de désigner dans leur notification de volonté de contracter un partenariat selon l'article 6 al. 1 (c).

2. La création d'un registre spécifique au partenariat

Plutôt que de traiter «administrativement» les couples de même sexe qui souhaitent légaliser leur union et les couples hétérosexuels qui souhaitent s'engager l'un à l'autre de manière identique, le législateur anglais a décidé de créer un nouveau type de registre d'état civil, empêchant de la sorte que les unions homosexuelles figurent dans les registres consacrés au mariage.

Ce choix étant fait, la loi enjoint le *Registrar General*⁹ de veiller à ce qu' il y ait un nombre suffisant de personnes en charge de l'enregistrement des partenariats (*civil partnership registrars*) dans différentes localités

⁸ - L'alinéa second de l'article 7 définit celui-ci comme « des locaux exclusivement ou principalement utilisés pour des objets religieux » ou qui eurent cette affectation sans en avoir reçu de nouvelle autre.

⁹⁻ C'est-à-dire l'Officier Général des services de l'état civil pour l'Angleterre et le Pays de Galles. Ce haut fonctionnaire peut adopter des règlements ayant force de loi avec l'approbation du Ministre compétent. Il lui appartient de donner instructions et directives aux officiers de l'état civil, les *Registrars*, compétents pour certains actes d'état civil et dans un certain ressort territorial. Pour l'application du *Partnership Act* de 2004, voir les définitions données aux articles 28 et 29 de la loi ; sur le fonctionnement de l'état civil au Royaume-Uni, voir J. Pousson-Petit, L'identité de la personne humaine au Royaume-Uni, p.343, *in* L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé, J. Pousson-Petit (dir), éd. Bruylant, 2002 ; ad. Guide Pratique de la Commission internationale de l'état civil (C.I.E.C.), Secrétariat Général, éd. Berger-Levrault, Strasbourg.

(registration authorities) et d'en dresser une liste facilement consultable (art. 29 al. 4). De nombreuses dispositions du texte sont consacrées au déroulement et aux formalités accompagnant l'enregistrement d'un partenariat, tout en délégant au pouvoir exécutif le soin de compléter les exigences quant au contenu des documents requis.

En règle générale¹⁰, l'enregistrement d'un partenariat se déroule en deux temps. Tout d'abord un pré-enregistrement qui résulte de la notification individuelle de chacun des futurs partenaires de sa volonté de former un partenariat, à quoi s'ajoute une résidence préalable en Angleterre d'au moins sept jours. Cette notification doit contenir une déclaration écrite solennelle confirmant la résidence et l'absence d'empêchement à ce partenariat. Les documents doivent être signés par les futurs partenaires et, le cas échéant, attestés par la personne dont le consentement est requis (art. 8). Le lieu de l'enregistrement doit être choisi et l'autorité compétente doit avoir donné son accord, sinon la notification est nulle et non avenue (void) (art. 6 al. 3 et 4). Débute alors une «période d'attente» 11 pendant laquelle les services de l'état civil peuvent procéder à des investigations pour vérifier certaines informations ou exiger des renseignements complémentaires (art. 9), sachant que toute déclaration inexacte, aussi bien lors de la phase initiale que lors de l'enregistrement, est pénalement sanctionnée (art. 31 et 33). Cela permet également d'organiser une certaine publicité du projet en indiquant nécessairement les noms des futurs partenaires afin que des personnes puissent faire opposition à l'union projetée si besoin (art. 10). A l'échéance de cette période, une attestation (schedule) est délivrée par les services compétents12; sa validité est de douze mois. Si les personnes n'enregistrent pas effectivement leur partenariat pendant ce délai, l'attestation devient caduque et une nouvelle procédure doit être entamée (art. 17). Ensuite intervient l'enregistrement lui-même du partenariat. Il se fait dans le lieu indiqué, qui doit être un local ouvert à toute personne souhaitant y entrer (art. 6 al. 3). En présence des deux partenaires et de deux témoins, l'officier d'état civil invite les deux premiers à signer le document de partenariat civil (art. 2 al. 1). C'est la signature de ce document « au nom si peu imaginatif » 13 qui instaure la

^{10 -} Il existe en effet des procédures dérogatoires que nous ne traiterons pas concernant les personnes ne pouvant se déplacer pour des raisons médicales (*house-bond persons*) et régies par l'article 18, les personnes «détenues» soit en tant que patients dans un établissement de soins mentaux, soit parce qu'elles purgent une peine d'emprisonnement (*detained persons*), régies par l'article 19, mais également les personnes gravement malades sans espoir de rémission pour lesquelles le *Registrar General* peut délivrer une autorisation spéciale (articles 22 à 25) dont la validité est limitée à un mois à partir du jour de la notification de la volonté d'enregistrer un partenariat (art. 27).

^{11 -} Définie à l'article 11 comme étant la période de quinze jours courant à partir du lendemain de la demande de notification de la volonté de former un partenariat

^{12 -} Le refus de délivrer une attestation est susceptible d'appel devant le Registrar General (art. 15).

^{13 -} Selon J. Washington et S. Alexander, Civil Partnership Made Easy, Fam. Law Review, march 2005, p. 243.

nouvelle relation légale existant entre les deux partenaires14.

Ainsi on réalise que le processus d'enregistrement du partenariat est assez proche de celui du mariage avec la publication des bans puis la célébration elle-même, mais qu'une différence importante surgit quant à la célébration, toute religion étant écartée...ce qui explique la dénomination de partenariat **civil** et marque symboliquement la différence avec le mariage traditionnel. Cette différence se retrouve quand on prend connaissance des trompe-l'œil naissant des conditions relatives aux partenaires.

B. Les trompe-l'œil des conditions de fond du partenariat

Au terme de l'article 3 du *Partnership Act* de 2004, deux personnes ne peuvent être enregistrées comme partenaire l'une de l'autre si les deux ne sont pas de même sexe, si l'une d'entre elles est déjà tenue par les liens du mariage ou d'un partenariat, si les deux ont moins de seize ans ou si elles sont dans un degré de parenté ou d'alliance prohibé. La lecture de ces conditions de fond formulées sous une forme négative fait apparaître que, tout comme pour un mariage, existent des exigences tenant à l'âge et au célibat. La condition physiologique de la différence de sexe est carrément inversée, ce qui suscite tout de même une discussion par rapport notamment au projet de loi qui l'entremêlait avec un empêchement à mariage lié à la morale, l'affinité entre proches parents et alliés. En revanche rien n'est dit du consentement des partenaires eux-mêmes au stade de la formation du partenariat, la question n'apparaît qu'ultérieurement, lors de l'énoncé des motifs d'annulation de cet acte.

1. Des conditions d'âge et de célibat identiques à celles du mariage

S'agissant de l'âge minimum requis pour s'engager dans un partenariat, tout comme pour conclure un mariage, le législateur anglais a eu pour objectif de protéger les mineurs et, incidemment, d'éviter les partenariats forcés particulièrement pour les jeunes femmes britanniques issues de l'immigration. Aussi en principe, n'est-il possible de demander l'enregistrement d'un partenariat qu'à dix-huit ans, âge de la majorité. Exceptionnellement, cet enregistrement est admis pour un mineur de seize ans si la personne ayant qualité pour y consentir donne son accord¹⁵,

^{14 -} Des effets légaux identiques à celle du partenariat peuvent être reconnus à des relations nouées à l'étranger (*overseas relationships*) si elles répondent aux conditions posées au chapitre 2 de la cinquième partie de la loi dont le premier chapitre concerne les enregistrements de partenariats dans les consulats britanniques ou par le personnel des forces armées. Les aspects de droit international privé qui occupent une place importante de la loi ne seront pas développés dans le cadre de cette étude centrée sur le droit interne anglais.

^{15 -} Voir article 4. La partie 1 de l'annexe 2 de la loi dresse le tableau des personnes habilitées à donner leur consentement en fonction de la situation spécifique dans laquelle se trouve le mineur.

mais un seul des partenaires peut avoir entre seize et dix-huit ans. D'ailleurs, comme la conclusion du mariage, l'enregistrement d'un partenariat émancipe le mineur.

Quant à la condition de célibat, elle reflète le rejet social de la polygamie au sens large, dans la mesure où un individu ne peut être conjugalement lié en même temps à deux personnes, quand bien même elles seraient l'une de sexe opposé pour le mariage et de même sexe pour un partenariat antérieur. Pour cette condition, il y a bien les mêmes exigences que pour la formation du mariage et assimilation, quant à leurs effets prohibitifs, de ces deux formes de liens conjugaux.

2. Des conditions de parenté et d'alliance apparemment semblables

Les empêchements à signer un partenariat civil sont décrits dans l'annexe 2 de la loi. Certains sont absolus et d'autres relatifs. Les empêchements absolus tiennent à l'existence entre deux individus de liens de consanguinité proche¹⁶, mais également de liens issus de l'adoption¹⁷. Quant aux empêchements relatifs, ils reposent sur les liens d'alliance qui ont pu exister et intègrent ceux qui naissent d'un partenariat aussi bien en ce qui concerne un ex-partenaire du parent que du grandparent!

Or précisément, cette condition tenant à l'affinité était gommée tout comme celle tenant à l'identité de sexe, dans certaines circonstances, par le projet de loi. En effet, celui-ci prévoyait que pouvaient demander l'enregistrement de leur partenariat deux personnes de quelque sexe qu'elles soient, quand bien même elles avaient des liens de parenté directe par le sang, l'alliance ou l'affinité (par exemple adoptant/adopté) après y avoir été autorisées. Cette condition était à géométrie variable selon que les futurs partenaires étaient confrontés à un empêchement relatif ou absolu. S'il s'agissait d'un empêchement relatif (alliance par mariage ou partenariat), une majorité qualifiée de vingt-et-un ans était exigée pour les deux, cumulée avec le fait que le plus jeune d'entre eux ne devait pas avoir été «un enfant de la famille» de l'autre avant d'avoir atteint dix-huit ans¹⁸. S'il s'agissait d'un empêchement absolu (consanguinité ou adoption), l'article 2 al. 1 du projet exigeait toujours une majorité qualifiée, mais de trente ans cette fois, pour les candidats au partenariat, jointe à une condition probatoire, à savoir la nécessité d'avoir eu une vie commune ininterrompue de douze années avant la demande d'enregistrement! Il est évident que cette

 $^{16 -} Ceux \ existant \ entre \ enfant/parent, frères \ et sœurs \ ou \ demi-frères \ et \ demi-sœurs, grands-parents, oncles \ et \ tantes \ et \ cousins \ au \ second \ degré.$

^{17 -} A savoir entre enfant adopté et adoptant et entre ancien enfant adopté et ancien parent adoptif.

^{18 -} Selon le paragraphe 2 de la partie 1 de l'annexe 2 du projet de loi dont l'alinéa second précisait qu'il fallait entendre par «enfant de la famille» une personne qui a vécu au foyer de cette autre personne ou qui fut traitée par cette dernière comme un enfant de sa propre famille.

possibilité offerte à deux membres d'une famille d'enregistrer un partenariat et l'interdiction de toute célébration religieuse dévoilaient totalement la nature chimérique du nouveau statut introduit en droit anglais. Il ne pouvait être un lien conjugal car le partenariat entre membres d'une famille, afin d'en tirer uniquement quelques avantages matériels, rendait impossible une quelconque obligation de fidélité entre partenaires car cela aurait conduit soit à légaliser l'inceste, soit à imposer l'abstinence sexuelle à un individu. Aussi pour faire avancer le texte et répondre aux attentes des lobbies homosexuels fut-il décidé d'abandonner cet aspect du projet et de réduire la loi au champ de la reconnaissance légale des unions entre personnes du même sexe. Il n'en demeure pas moins que si l'article 2 du projet visant les empêchements absolus est tombé aux oubliettes, les conditions supplémentaires d'âge et d'absence de possession d'état d'enfant de la famille -si l'on peut ainsi qualifier cet élément- sont maintenues par la loi¹⁹. Le législateur maintient donc son barrage à l'égard de tout partenariat qui frôlerait une situation d'inceste ou d'influence indue sur un très jeune adulte et qui naîtrait de la proximité physique et affective qui s'était installée pendant l'enfance ou l'adolescence.

Quoiqu'il en soit, désormais avec la nouvelle loi, l'appartenance sexuelle de deux personnes s'engageant dans une union légale cesse d'être une condition de fond implicite; pour le partenariat enregistré, ces personnes doivent être de même sexe, mais par contrecoup, dans le mariage, la différence de sexe entre conjoints n'en devient que plus contraignante comme cela apparaît avec la situation des transsexuels. En effet, si au cours du mariage, l'un des époux procède à un changement de sexe officiellement établi, le mariage sera dissous, mais le couple qui désirerait poursuivre la vie commune doit recourir à un partenariat, seule voie légale restant alors ouverte comme en dispose la loi de 2004²⁰. Néanmoins, l'exclusivité du nouveau lien conjugal au profit des couples de même sexe est source d'une nouvelle discrimination car elle rejette du bénéfice de ce statut les couples hétérosexuels, contrairement au PACS français par exemple. A ces couples, il ne reste que la voie du mariage ou celle du concubinage «sauvage»! Le partenariat civil est bien une union destinée aux homosexuels, que le législateur a voulu la plus proche possible du mariage quant à ses effets.

Section II - La vie et la mort du partenariat ou l'assimilation au mariage

Ainsi qu'il l'a déjà été dit, le volume important du projet de loi et du texte adopté -429 pages- s'explique en grande partie par les adaptations

 $¹⁹⁻En\ effet\ les\ articles\ 3\ al.\ 2\ et\ 5\ al.\ 3(a)\ renvoient\ \grave{a}\ l'annexe\ 1\ dont\ la\ seconde\ partie\ fixent\ ces\ conditions\ complémentaires.$

^{20 -} Voir article 5 al. 2 (b) renvoyant à l'annexe 3 de la loi. Les ex-époux peuvent d'ailleurs enregistrer immédiatement leur partenariat sans avoir à respecter la période d'attente, voir annexe 3 \$1 (b).

de textes extrêmement nombreuses auxquelles il a fallu procéder, même si la modification consiste généralement à ajouter la catégorie du partenariat civil à celles visées par les dispositions des textes antérieurs²¹. Si l'enregistrement du partenariat confère au couple un statut ayant des attributs quasi identiques à ceux du mariage, l'assimilation à la situation maritale paraît la plus éclatante lors de la dissolution de l'union. En effet, les causes, la procédure et les effets de la disparition du partenariat sont les mêmes que pour le mariage; l'on est alors face à un vrai démariage.

A. Les conséquences légales de l'enregistrement d'un partenariat civil

Mis à part l'absence d'assimilation sur le plan fiscal-mais le gouvernement s'est engagé à remédier à ceci dès la prochaine loi de finances afin que les partenaires soient imposés de la même façon que les couples mariés-, la loi de novembre 2004 fait produire à l'enregistrement d'un partenariat les mêmes effets que le mariage tant sur le plan des règles de droit social qu'au plan des rapports personnels ou patrimoniaux de cette nouvelle cellule familiale.

1. Un parfait parallèle avec le mariage en droit social

En premier lieu, le législateur prohibe toute discrimination à l'encontre des partenaires en matière d'emploi²². Ensuite, alors que jusqu'à présent les membres d'un couple de même sexe font l'objet d'un bilan individualisé en ce qui concerne leurs revenus ou leurs besoins de prestations sociales, la vie commune entre partenaires impliquée par l'enregistrement de leur statut va entraîner une budgétisation d'ensemble et placer les partenaires, au regard de la législation des avantages ou des prélèvements sociaux, exactement dans la même situation qu'un couple marié²³. Qui plus est, tout comme le mariage a une ombre portée avec l'attribution de prestations sociales à un homme et une femme qui, sans être mariés, vivent ensemble comme mari et épouse, pour la première fois un texte dispose que deux personnes du même sexe qui ne sont pas des partenaires civils, mais qui vivent ensemble comme s'ils en étaient, seront traités de la même façon que ceux qui ont un statut officialisé. Ainsi, concomitamment à son instauration, le partenariat civil entend régir ceux qui ne s'engagent pas dans cette nouvelle

^{21 -} Ces modifications se trouvent dans les annexes de la loi. La formule la plus largement répandue consiste à insérer après «l'époux» l'expression «le partenaire civil».

^{22 -} Article 251 de la loi qui amende le Sex Discrimination Act de 1975 de façon à ce que les dispositions de ce dernier texte protégeant les couples mariés contre des discriminations en matière d'emploi couvrent également les partenaires.

^{23 -} Les changements entraînés par l'assimilation des deux types de couple en matière de prestations et contributions sociales en général sont répertoriés à l'annexe 24 de la loi intitulée «Social security, child support and tax credits».

relation légale et leur conférer au minimum des droits sociaux identiques. L'effet de contagion est assuré puisque l'article 1^{er} al. 3 du *Domestic Violence, Crime and Victims Act* de 2004 a modifié la définition des concubins en y englobant les couples de même sexe dans le but de les placer sous la protection de la loi sur les violences conjugales²⁴, mais nous sommes déjà là à la limite des effets patrimoniaux et personnels engendrés par cette nouvelle relation.

2. Des effets identiques à ceux du mariage sur les plans personnels et patrimoniaux ?

Sur le plan des effets personnels, la loi ne fait bien souvent qu'entériner des avancées jurisprudentielles, mais sur le plan des effets patrimoniaux une apparente identité entre mariage et partenariat mérite peutêtre d'être nuancée.

En pratique pour ce qui est des effets personnels du partenariat, ce ne sont pas tant les relations entre partenaires qui sont concernées²⁵ -dans la mesure notamment où il n'y a pas de problème de port du nom de l'autre, ni surtout d'obligation de fidélité puisqu'il n'y a aucun engagement solennel rituel souscrit lors de l'enregistrement-, que les relations à l'égard des enfants éventuellement présents auprès du couple. Il va sans dire que si le partenaire est le parent biologique de l'enfant, les règles usuelles en matière de parenté s'appliquent. La difficulté se présente principalement si le couple n'a aucun enfant et souhaite en adopter un ou si l'un des partenaires par une voie quelconque -naturelle par une liaison hétérosexuelle ou le recours à la PMA pour une lesbienne ou juridique comme l'adoption²⁶- est le parent aux yeux de la loi et que son partenaire veut également établir des liens juridiques avec cet enfant. Au regard de l'adoption, ainsi que cela l'a déjà été dit, la jurisprudence pour l'adoption d'une personne seule²⁷, puis le législateur pour les couples de même sexe en 2002, avaient déjà ouvert la voie qui est élargie par les dispositions de 2004.

Le *Civil Partnership Act* permet surtout à un partenaire d'être placé dans la même situation que le conjoint du parent de l'enfant en ce qui concerne la responsabilité parentale. Actuellement la loi permet déjà à

^{24 -} Selon l'article 62 al. 1 (a) du Family Law Act de 1996, modifié par l'article $1^{\rm er}$ de la loi de 2004 sur les violences conjugales, les concubins sont «deux personnes qui, bien que n'étant pas mariés l'un à l'autre, vivent ensemble comme mari et femme ou (s'ils sont de même sexe) dans une relation semblable».

^{25 -} Même si l'enregistrement d'un partenariat entre un ressortissant britannique et un étranger produit des effets en matière de nationalité et d'immigration qui seront ceux d'un mariage. En conséquence, la loi de 2004 modifie le *British Nationality Act* de 1981 et l'*Immigration and Asylum Act* de 1999. Voir notamment l'article 249 et l'annexe 23 (parties 1 et 2) de la loi de 2004 relative à l'immigration.

^{26 -} Pour les moyens déjà existants de constituer une parenté pour une femme spécialement, voir J. Flauss-Diem, Couples de même sexe et famille. Version anglaise, Rev. Dr. Fam., 2000, chr. 24, p. 10.

^{27 -} En effet, après la possibilité introduite par le *Children Act* de 1989 d'adoption par un seul individu, la jurisprudence avait, par exemple, levé l'opposition du parent naturel à l'adoption de son enfant par une femme lesbienne. Voir *In re W. (A Minor) (Adoption : Homosexual Adopter)* [1977] 3 W.L.R. 768, Fam. D.

toute personne sans lien biologique avec un enfant, après y avoir été autorisée par la juridiction, de requérir un droit de visite ou des contacts avec un enfant et, sans solliciter d'autorisation28, lorsqu'elle a vécu au minimum trois années avec celui-ci. La loi nouvelle supprime toute autorisation pour le partenaire qui acquiert la qualité de beauparent de l'enfant de son partenaire²⁹. La responsabilité parentale conjointe lui est attribuée s'il en fait la demande³⁰, tout comme il peut de plein droit solliciter un droit de visite ou des contacts avec l'enfant, que le partenariat ait pris fin ou non³¹ ou devenir le tuteur (guardian) de l'enfant en cas de décès du parent partenaire³². Ainsi il semble que l'on puisse affirmer que la situation juridique du partenaire s'aligne effectivement sur celle du beau-parent marié avec l'auteur de l'enfant, résultat logique de l'assimilation recherchée entre mariage et partenariat. En revanche l'on peut être plus dubitatif sur cette assimilation en ce qui concerne les effets patrimoniaux en raison de l'insertion d'une règle spécifique au partenariat en matière de biens. Certes celle-ci est noyée dans un océan de règles faisant du partenariat l'équivalent du mariage, comme la révocation automatique de tout testament rédigé avant la conclusion de l'union³³ ou encore l'investiture des droits s'exerçant sur le logement familial³⁴, alors que de nombreuses autres dispositions ne deviennent pertinentes qu'en cas de décès de l'un des partenaires. C'est ainsi notamment qu'en vertu de l'article 253, les partenaires sont présumés avoir chacun un intérêt illimité à l'égard de la vie de l'autre au sens du Life Assurance Act de 1774, ce qui fonde le bénéfice d'une police d'assurance vie souscrite par l'un des partenaires³⁵ ou le droit de réclamer des dommages-intérêts à celui qui en aurait provoqué accidentellement le décès³⁶.

Dans ce bel ensemble, la note discordante vient du principe de répartition des biens entre partenaires. Selon l'article 65 de la loi, lorsqu'un partenaire aura fourni une contribution substantielle, évaluable en

^{28 -} Voir article 10 al. 1 (a)(ii) et al. 5 (b) du *Children Act* de 1989 pour la mise en œuvre de certaines mesures de l'article 8 dudit texte.

^{29 -} Voir l'article 246 al. 1 de la loi relatif à l'interprétation des expressions «step» et «in-laws», c'est-à-dire beauparent ou beaux-enfants et alliés, comme englobant les relations qui naissent de l'enregistrement d'un partenariat.

^{30 -} Voir article 75 al. 2 de la loi de 2004 qui modifie l'article 4A al. 1 du Children Act de 1989.

³¹⁻ Voir article 77 de la loi de 2004 qui modifie l'article 10 al. 5 de Children Act de 1989.

^{32 -} Toutefois la désignation du partenaire comme tuteur est révoquée si le partenariat prend fin sauf stipulation contraire, art. 76 de la loi.

^{33 -} Voir l'annexe 4 de la loi dont le paragraphe 2 insère à cet effet deux nouveaux articles dans le *Wills Act* de 1837.

^{34 -} Article 81 et annexe 8 pour les logements relevant du secteur public (*Housing*) et article 82 et annexe 9 modifiant le *Family Law Act* de 1996 afin de conférer au partenaire droit d'occupation du logement familial et droit d'en demander l'expulsion du partenaire violent.

^{35 -} Article 70 de la loi modifiant l'article 11 du *Married Women's Property Act* de 1882 avec pour effet de sortir de la masse successorale le capital versé.

^{36 -} Article 83 de la loi modifiant le Fatal Accidents Act de 1976.

argent, à l'accroissement de biens sur lesquels les deux ou l'autre partenaire ont un intérêt, ledit partenaire acquérra une part ou une part plus importante sur ce bien. Autrement dit, le législateur met en place pour les partenaires une forme de mini régime matrimonial totalement inexistant pour les époux! Certes cette participation aux bénéfices doit résulter d'une «contribution substantielle» qui puisse faire l'objet d'une évaluation monétaire, mais les magistrats sont déjà habitués à jongler avec cette exigence dans le cadre des litiges entre époux qui divorcent. Par ailleurs, cette règle n'est que supplétive, appelée à jouer à défaut de dispositions particulières prises en la matière par les intéressés. Dans le cadre du mariage, très souvent des « family settlements », qui ont une portée plus vaste que nos contrats de mariage, accompagnent la conclusion de l'alliance, mais ils sont plutôt réservés à une élite qui a suffisamment d'argent pour se préoccuper de la dévolution et de la jouissance de biens à l'occasion du mariage. En revanche, les partenaires pourront conclure un accord dans lequel ils fixeront la part respective des accroissements de patrimoine revenant à chacun d'eux ou spécifieront le rejet d'une telle participation ou la limiteront à un seul bien déterminé. Il est remarquable que les dispositions prises par les partenaires s'imposent au juge, et ce n'est qu'à défaut de prévoyance des partenaires que la juridiction retrouve un pouvoir d'appréciation de ce qui revient au demandeur, selon «ce qui paraît juste compte tenu de toutes les circonstances» édicte l'article 65, quelque soit le litige au cours duquel cette question est évoquée. Ce qui revient à dire que le partenariat joue le poisson-pilote pour l'introduction d'un embryon de régime matrimonial entre conjoints et, si l'expérimentation devait se révéler positive dans le cadre du partenariat, par analogie, le législateur pourrait instaurer par la suite, soit une obligation pour les conjoints de régler le sort de leurs biens, soit un régime matrimonial communautaire minimal, le tout mettant fin au principe institué par le Married Women's Property Act de 1882 selon lequel le mariage ne produit aucun effet à l'égard des biens respectifs de chacun des époux. Néanmoins, l'analogie doit, nous semble-t-il, connaître une limite qui rejoint la question essentielle des caractéristiques du mariage qui permettent encore de le distinguer du partenariat tout particulièrement dans le contexte anglais. Alors que le mariage est toujours fortement imprégné de ses racines religieuses, il paraît impossible d'admettre qu'il perde sa vocation à être un engagement indissoluble. Selon la formule canonique utilisée dans l'Eglise anglicane, les époux s'engagent « until death do us part ». Comment dès lors concevoir qu'au moment où ils préparent cet engagement à durée indéterminée, les futurs époux puissent prendre des dispositions pour le cas où leur mariage prendrait fin plus rapidement et pour d'autres causes que la mort de l'un d'entre eux ? Or la loi ne pose pas de présomption de durée indéterminée pour un partenariat enregistré; bien au contraire, dès l'origine elle a mis en place les mécanismes qui permettent de dénouer la relation issue de l'enregistrement et par conséquent, fort logiquement, les futurs partenaires doivent pouvoir anticiper sur leur rupture et prévoir des mesures adaptées à l'éclatement de leur couple. D'ailleurs la loi dispose que les juridictions pourront prendre en compte tout accord ou arrangement des partenaires réglant leur séparation³⁷. De telle sorte qu'en dépit de situations de démariage identiques à celles des époux, les partenaires prévoyants ou volages arriveront à la rupture de l'union en étant largement avantagés puisqu'ils n'auront plus à débattre des conséquences pécuniaires de la dissolution du lien légal.

B. La disparition du partenariat ou le vrai démariage

Si le législateur tolère que les partenaires arrangent à l'avance les conséquences de leur séparation, il ne leur permet pas de fixer de leur propre chef les causes de celle-ci. En dehors du décès de l'un des partenaires, seule une décision judiciaire peut mettre fin à l'union légale de deux personnes de même sexe³⁸. Sur cet aspect il y a bien parfaite similitude entre le mariage hétérosexuel et le partenariat homosexuel. Ce parallèle se retrouve également au stade des effets de la disparition du partenariat.

1. Des causes identiques de disparition pour les deux types d'unions

Selon l'article 1^{et} alinéa 3 de la loi, «un partenariat civil ne prend fin que par la mort, la dissolution ou l'annulation». Contrairement au système français, le droit anglais n'admet pas une résiliation unilatérale ou un *mutuus dissensus* de type contractuel; il exige l'intervention d'une autorité judiciaire. Le décès de l'un des partenaires ne nécessitant pas de commentaires particuliers, l'annulation et la dissolution seront survo-lées afin de montrer l'alignement du partenariat sur la situation maritale. Pour ce qui est de l'annulation du lien légal de partenariat, le législateur a repris la distinction classique entre les causes de nullité absolue et relative. Est frappé de nullité absolue (*void*), le partenariat qui ne respecte pas l'une des conditions de fond relatives aux partenaires formulées à l'article 3 de la loi –c'est-à-dire identité de sexe, absence de mariage ou de partenariat ou de degré de parenté ou d'alliance prohibé et âge minimal de seize ans- ou a violé l'une des formalités exigées par la loi telle l'absence de notification, l'enregistrement hors délai ou dans

^{37 -} Sous réserve de l'adoption de règlements de procédure et à condition que cet accord soit raisonnable, voir art.43 de la loi. Si les juridictions se montraient trop enclines à admettre sans discussion ces accords préalables de règlement d'une future séparation, un problème de discrimination à l'encontre des couples hétérosexuels pourrait alors surgir au regard du *Human Rights Act* de 1998. En ce sens, voir les observations de J. Washington et S. Alexander, *Civil Partnership Made Easy*, précité, p. 244.

^{38 -} Les juridictions compétentes pour connaître des litiges seront soit une *county court* soit la *Family Division* de la *High Court* en fonction notamment de l'importance de la somme en jeu.

un autre lieu que celui prévu³⁹. Peut être annulé pour une cause de nullité relative (*voidable*) le partenariat dont l'un des membres n'a pas de donné de consentement valable en raison d'une erreur commise, d'une violence subie ou d'insanité mentale⁴⁰. Il en va de même en cas de grossesse de l'un des partenaires ignorée par l'autre⁴¹ ou de changement de sexe officiel en cours de l'un d'eux⁴². L'action en nullité relative est généralement enfermée dans le délai de trois années postérieures à l'enregistrement du partenariat et la juridiction doit vérifier que le partenaire n'a pas couvert la cause de nullité par son comportement, de sorte qu'il serait actuellement injuste de faire droit à sa demande⁴³; quant aux partenariats frappés de nullité absolue, ils peuvent la plupart du temps faire l'objet d'une validation par un acte individuel du Lord Chancelier⁴⁴.

Pour ce qui est de la dissolution du partenariat⁴⁵-ou le divorce sous un autre nom⁴⁶- il n'y a effectivement qu'un seul cas de rupture : l'échec irrémédiable de l'union. Toutefois ce dernier doit être établi par l'un des faits que le législateur énonce, à savoir : un comportement tel que l'on ne peut raisonnablement attendre du partenaire qu'il poursuive la vie commune, une séparation de deux années lors de l'introduction de la demande à laquelle acquiesce le défendeur, une séparation de cinq années, l'abandon du demandeur par le défendeur depuis au moins deux années, mais la juridiction reste souveraine pour apprécier s'il y a bien rupture définitive entre les partenaires⁴⁷. On signalera qu'à la différence du divorce, l'adultère ne figure pas dans cette liste. Est-ce parce que le législateur n'a pas voulu remettre en cause la définition «technique», traditionnellement admise de l'adultère⁴⁸ ou parce que le législateur n'a pas voulu faire entrer dans le champ du partenariat une

^{39 -} Les causes de nullité absolue sont toutes prévues à l'article 49 de la loi auquel on pourra se référer si besoin.

^{40 -} L'article 50 de la loi est consacré aux causes de nullité relative. Il prévoit également que le trouble mental au moment de l'enregistrement sans maladie mentale avérée est aussi cause de nullité.

^{41 -} Sauf si l'enfant devait être issu des œuvres du partenaire, ce qui est concevable dans les hypothèses de transsexualisme (couple de lesbiennes dont l'une est un homme devenu une femme).

^{42 -} Changement de sexe officiellement reconnu par un certificat émis en vertu du *Gender Recognition Act* de 2004 et ignoré par l'autre partenaire au moment de la signature du document de partenariat. Dans ce cas, l'action doit être introduite par le partenaire dans les six mois suivant la délivrance du certificat

^{43 -} Voir l'article 51 de la loi qui, outre cette fin de non-recevoir générale figurant à l'alinéa 1°, énumère d'autres cas spécifiques à différentes hypothèses.

^{44 -} Voir l'article 53 de la loi.

^{45 -} Etant précisé que les partenaires peuvent également demander un jugement de séparation - qui ne met évidemment pas fin au partenariat- pour les mêmes faits que la dissolution et le fait établi pourra ultérieurement être directement repris comme fondement de la demande en divorce, mais il est inutile de démontrer qu'il y a échec irrémédiable de l'union, voir les articles 46 et 56 de la loi.

^{46 -} J. Washington et S. Alexander, Civil Partnership Made Easy, précité, p. 244.

^{47 -} Sur les cas de dissolution, voir l'article 44 de la loi.

^{48 -} Selon l'ouvrage de référence, «pour être établi, l'acte d'adultère requiert au minimum une pénétration partielle de la femme par l'homme (*partial penetration of the female by the male*)», Rayden and Jackson on Divorce and Family Matters, Buttersworths, 17eme éd., cité par J. Washington et S. Alexander, *Civil Partnership Made Easy*, précité, p. 245.

quelconque obligation de fidélité ? Quoiqu'il en soit, le déroulement de l'instance est le calque de celui du divorce.

2. Un déroulement procédural identique au divorce

Toute demande de divorce ou de dissolution fait l'objet de deux jugements et se heurte aux mêmes fins de non recevoir⁴⁹.

C'est ainsi qu'aucune demande n'est recevable si un an ne s'est pas écoulé depuis l'enregistrement du partenariat (art. 41) et qu'un premier jugement dans l'affaire n'est que provisoire car conditionné par les contrôles que la juridiction va effectuer pendant une certaine période -six semaines en principe⁵⁰- à l'échéance de laquelle elle va délivrer un jugement définitif, la cour saisie pouvant ordonner le versement d'une pension alimentaire ad litem au profit du partenaire ou des enfants de la famille⁵¹. Pendant ce délai, la juridiction peut solliciter l'intervention du Queen's Proctor⁵² ou imposer une tentative de réconciliation entre les partenaires quand celle-ci semble possible⁵³; la cour va vérifier l'absence de fin de non recevoir spécifique comme l'intolérable dureté pour le défendeur dans l'hypothèse de séparation de plus de cinq ans⁵⁴ ou l'information suffisante du partenaire sur les conséquences de son accord à la procédure en cas de séparation de deux ans55, et d'une manière plus générale, la loi charge le magistrat de veiller à la protection financière des défendeurs dans les hypothèses de séparation, compte tenu de l'âge, santé, capacité de gains et des ressources de chacun des partenaires et de la situation du défendeur en cas du prédécès du demandeur. Si le demandeur ne devait pas avoir prévu une contribution financière « raisonnable et juste » au vu des circonstances, le juge doit refuser de rendre le jugement définitif⁵⁶. On retombe alors dans le droit commun, c'est-à-dire que le juge retrouve tous les pouvoirs que la

^{49 -} La procédure d'annulation du partenariat se déroule également en deux phases, mais avec des fins de non recevoir spécifiques évoquées plus haut.

^{50 -} Art. 38 al. 1°. L'alinéa second permet au Lord Chancelier d'allonger cette durée, mais elle ne pourra excéder six mois, tandis que l'alinéa 3 permet à la juridiction, dans des circonstances exceptionnelles, de raccourcir ce délai.

^{51 -} Voir la partie 8 de l'annexe 5 de la loi.

^{52 -} Ce juriste fait partie des services de la Chancellerie et est placé sus les ordres de l'*Attorney General.* Il peut intervenir, d'office ou à la demande de la juridiction en tant qu'*amicus curiae*, dès lors qu'une question a besoin d'être débattu au fond ou lorsqu'elle met en jeu l'ordre public selon l'Exécutif dans une procédure de divorce, d'annulation du mariage ou de déclaration de décès. Voir Halsbury's Laws of England, 4^{ème} éd. par Lord Halsham, vol. 13, § 1001 et s.

^{53 -} Voir article 42 dont l'alinéa second dit que les règlements de procédure imposeront aux avocats de certifier qu'ils ont discuté d'une possible réconciliation avec leurs clients et qu'ils leur auront les coordonnées de personnes qualifiées sur ce sujet.

^{54 -} L'article 47 de la loi indique que le «grave hardship» peut être de nature patrimoniale ou autre et que la cour doit prendre en compte toutes les circonstances de l'affaire, y compris la conduite des partenaires et les intérêts de tout enfant ou de toute personne concernée.

^{55 -} Article 45 al. 3 et 4.

^{56 -} Article 48 de la loi.

loi sur le divorce lui confère pour aménager la situation post-maritale sans être tenu par les termes de l'accord que les partenaires auront pu avoir conclu préalablement⁵⁷.

3. Des effets identiques pour cause de mort ou de divorce

Pour ce qui est des effets sur le plan personnel, décès ou dissolution du partenariat vont libérer l'ex-partenaire du lien légal et lui permettre d'enregistrer un nouveau partenariat ou éventuellement de contracter un mariage. Quant aux rapports personnels qui ont pu s'établir à l'égard d'un enfant durant le partenariat, il a déjà été dit que, si l'ex-partenaire n'est pas parent biologique de celui-ci, la loi lui confère la qualité de beau-parent avec tous les droits y afférents.

Ce sont bien sûr les effets patrimoniaux qui sont les plus intéressants dans la mesure où ils concernent tous les partenaires qu'ils soient séparés par la mort ou par une décision de justice.

Dans le cadre d'une dissolution du partenariat, à défaut de dispositions antérieures qui ne seraient pas jugées «raisonnables» par la juridiction (art. 43), tout comme pour le divorce⁵⁸, le juge a en main toute une palette de mesures financières au profit de l'ex-partenaire ou d'un enfant de la famille, qui peuvent être prises avant même le jugement définitif de dissolution, tel le versement d'une somme globale qui peut se réaliser par fractionnements garantis par une sûreté constituée sur un bien ou l'allocation de versements périodiques, accompagnée au besoin de sûretés pour en assurer le paiement⁵⁹. En revanche, toute une série de mesures ne deviendront effectives que lorsque le jugement définitif aura été prononcé. Il s'agit des ordonnances du juge qui procède à un réajustement des droits des ex-partenaires sur des biens, notamment à la suite d'une contribution substantielle de l'un des partenaires à l'accroissement de la valeur de ce bien prévue à l'article 65 de la loi, ainsi que de la décision ordonnant la vente d'un bien sur lequel un ou les deux partenaires ont des droits et de la décision attribuant le bénéfice à chacun des ex-partenaires d'un pourcentage des droits à pension dont ils sont titulaires⁶⁰. Toutefois il est un principe fondamental qui veut que l'exercice des pouvoirs du juge en la matière soit effectué en priorité dans l'intérêt de l'enfant de la famille lorsqu'un mineur

^{57 -} Toutefois si la juridiction a homologué l'accord portant dispositions financières entre les ex-partenaires, la loi reconnaît aux juridictions pouvoir de modifier les termes de celui-ci ultérieurement si les circonstances le nécessitent et notamment en cas de décès de l'un des ex-partenaires, voir la partie 13 de l'annexe 5 de la loi.

^{58 -} C'est l'annexe 5 de la loi qui dispose qu'au regard des règles pécuniaires, lorsqu'un partenariat prend fin, les partenaires ont les mêmes droits que ceux des personnes mariées.

^{59 -} Voir la Partie 1 de l'annexe 5 de la loi.

^{60 -} Voir respectivement les parties 2, 3, 4 de l'annexe 5 de la loi et les parties 6 et 7 pour la mise en œuvre de la répartition des droits à pension.

est concerné par la procédure⁶¹. Quant aux autres critères à prendre en compte, ils sont le parfait miroir de ceux figurant à l'article 25 du *Matrimonial Causes Act* de 1973 pour le divorce, à savoir la situation financière respective des partenaires, présente et future, et leur contribution au bien-être de la famille sous forme d'argent ou d'activités au foyer. Le comportement de chacun des partenaires peut être retenu s'il paraît injuste de ne pas en tenir compte⁶²: chassez la faute, elle revient au galop!

Si le partenariat prend fin par le décès d'un partenaire, l'annexe 4 de la loi contient tous les renvois aux textes législatifs qui doivent être modifiés afin que les dispositions relatives aux testaments et aux successions ab intestat placent le partenaire survivant dans la même situation qu'un conjoint survivant. C'est ainsi par exemple que, par effet de la loi, dès lors que le survivant vivait auprès du prédécédé au moment du décès, il devient personnellement titulaire du bail portant sur le logement familial⁶³. Dans le cadre des successions testamentaires, fréquentes en Angleterre, le partenaire sera normalement l'exécuteur testamentaire du prédécédé⁶⁴, à moins qu'il ne se voit léguer la totalité de ses biens par le testateur puisque la liberté testamentaire n'est pas bridée par la réserve⁶⁵. S'il devait au contraire être exhérédé par le de cujus, le partenaire survivant pourra toujours s'adresser au tribunal arguant de ce que le testateur n'a pas pris de disposition financière raisonnable pour son entretien⁶⁶! Pour les successions ab intestat, le partenaire survivant est habilité à recueillir la succession du défunt tout comme le conjoint survivant⁶⁷. Cette disposition est particulièrement intéressante en raison de la qualité d'héritier privilégié dont jouit le conjoint survivant en droit anglais -il occupe le premier rang des successibles⁶⁸ - et qui s'explique sans doute par l'absence d'une communauté de biens entre les époux. Ainsi, non seulement le partenaire survivant ne serat-il plus astreint à payer des droits de mutation pour cause de mort fort élevés⁶⁹, mais il va se voir attribuer une somme confortable nette de tous droits⁷⁰ et être mis en possession de toute une série de biens meubles appartenant au de cujus, dont l'article 55 de la loi sur les successions de 1925

^{61 -} Si l'ex-partenaire n'est pas le parent biologique de l'enfant, il sera tenu compte de la durée et de l'importance de la participation à son entretien dans le prononcé de la mesure, voir la partie 5 de l'annexe 5 de la loi. 62 - Voir la partie 5 de l'annexe 5 de la loi pour tous ces critères.

^{63 -} Voir art. 3 du *Rent Act* de 1968 complété par le *Rent Act* de 1977, l'article 87 du *Housing Act* de 1985 exigeant quant à lui une vie commune avec le *de cujus* dans les douze mois précédant le décès pour les baux du secteur public.

^{64 -} Voir le paragraphe 2 de l'annexe 4 qui modifie le Wills Act de 1837.

⁶⁵⁻Le survivant a priorité, même sur les descendants du *de cujus*, qui aurait légué un même bien à ces deux catégories d'héritiers, voir le paragraphe 5 de l'annexe 4.

^{66 -} Conformément à l'article 1er de l'Inheritance (Provisions for Family and Dependants) Act de 1975.

^{67 -} Voir le paragraphe 4 de l'annexe 4 qui modifie en conséquence l'article 46 de l'*Administration of Estates Act* de 1925.

^{68 -} Art. 46 al. 1 de l'Administration of Estates Act de 1925.

^{69 -} De l'ordre de 40% selon J. Washington et S. Alexander, Civil Partnership Made Easy, précité, p. 246.

^{70 -} Le montant révisable de cette somme serait actuellement de 125.000 & selon J. Washington et S. Alexander, *Civil Partnership Made Easy*, précité, p. 246.

dresse une liste à la Prévert allant des automobiles aux animaux domestiques en passant par la vaisselle, les tableaux, les bijoux, les instruments de musique, les vins et liqueurs. En sont exclus l'argent liquide, les titres et les objets affectés à l'activité professionnelle du défunt. En outre, en cas de concurrence avec des enfants du partenaire par exemple, le survivant bénéficie de l'usufruit sur la part de succession qui ne lui revient pas en pleine propriété et a la faculté de racheter le logement familial s'il y réside au moment du décès, notamment en demandant la capitalisation de son droit d'usufruit⁷¹. Cet échantillon de droits permet, d'une part, de concrétiser la volonté du législateur d'assimiler le partenaire au conjoint survivant, mais d'autre part, de réaliser la situation avantageuse dans laquelle se trouvera le partenaire survivant par rapport à la famille naturelle du prédécédé.

En définitive, le *Partnership Act* de 2004 aura répondu aux attentes des lobbies homosexuels en leur réservant un statut légal très proche du mariage hétérosexuel⁷². Ce texte législatif répare sans doute des injustices sur le plan matériel qui étaient sur certains points d'autant plus choquantes que la jurisprudence n'avait pas pu faire bénéficier les couples de même sexe des avantages que le législateur avait conférés aux concubins hétérosexuels⁷³ ; d'ailleurs, on assiste déjà à une application anticipée de ce texte, dans le cadre de la mise en œuvre du Human Rights Act, pour une affaire concernant les prestations sociales allouées à l'une des femmes d'un concubinage lesbien⁷⁴. Néanmoins, introduire une nouveauté dans les modes de formation de la cellule familiale n'est jamais sans risque pour l'équilibre de l'ensemble de l'édifice. Ainsi le principe général de non discrimination conduit à satisfaire les revendications de reconnaissance à un statut officiel des couples hétérosexuels non mariés⁷⁵. Plus fondamental encore, on travaille actuellement en Angleterre à une «modernisation» des règles du mariage qui deviendraient ultra libérales, notamment en matière de formation, la célébration civile, laïque devenant la règle, laissant ensuite à chacun le loisir de «fêter» l'événement selon les rites de sa propre religion⁷⁶. Mais alors, s'il y a mariage civil et partenariat civil, privé du mariage religieux officiel, le droit anglais pourra-t-il encore utilement maintenir une différence entre partenariat et mariage?

^{71 -} Paragraphe 13 de l'annexe 4 modifiant l'article 5 et l'annexe 2 de l'Intastes' Estate Act de 1952.

^{72 -} Au 1^{et} juillet 2005, seuls un certain nombre d'articles sont entrés en vigueur. Les articles 213 (2-6), 247 (2-7), 248 (2-5), 254 (2-6), 255, 258, 259, 260, 262, 263 et 264 étant entrés en vigueur dès l'assentiment royal et d'autres le sont à la suite d'une liste établie par une ordonnance, v. *Civil Partnership Act* 2004 (*Commencment N°1*) *Order* 2005 (SI 2005/1112).

^{73 -} Notamment pour le droit au bail, voir la décision *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd.* [1999] 3 W.L.R. 1113, H.L., mais avec une approche plus égalitaire à la suite de l'entrée en vigueur en octobre 2000 du *Human Rights Act* de 1998, voir *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2002] EWCA Civ 1533 et [2004] UKHL 30.

^{74 -} V. M v Secretary of State for Work and Pensions [2004] EWCA Civ 1343, [2005] 2 WLR 740.

^{75 -} La Law Commission (organe officiel chargé de préparer les modifications s'imposant pour moderniser le droit anglais) a dit que son 9^{ime} programme porterait sur les couples ni mariés ni enregistrés. Le projet de texte législatif devant être finalisé en 2008 pour être soumis à consultation, voir *Battle of the Sexes*, compterendu de la Law Society Family Law Panel de novembre 2004, Fam. Law Review, février 2005, p. 172.

^{76 -} Voir le consultation paper du gouvernement Civil Registration : Delivering Vital Change (Office for National Statistics, 2003.

LES CONJUGALITES EN DROIT BELGE

Jean-Louis Renchon

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Louvain Directeur du Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine

- 1. Les évolutions récentes du droit de la personne et de la famille qui se sont subitement produites en Belgique et qui peuvent s'expliquer partiellement par le changement de majorité politique intervenu au cours de l'année 1999 sont assurément impressionnantes, mais il est plus que vraisemblable qu'elles ne font qu'anticiper un mouvement général qui est transversal à l'ensemble de la société occidentale.
- 2. L'objectif essentiel d'un rapport de droit comparé est de faire comprendre le plus clairement possible les spécificités d'un autre système juridique, et, dès lors, les caractéristiques essentielles des règles de droit applicables dans ce système juridique.

C'est ce que nous essaierons de faire en mettant en évidence, au regard du thème spécifique de la journée d'étude, les traits distinctifs des deux réformes législatives qui ont complètement modifié la régulation des conjugalités en droit belge. Ce furent, dans un premier temps, l'introduction dans le code civil belge de la cohabitation légale et, dans un second temps, l'avènement du mariage homosexuel (section I).

Mais nous pensons qu'il pourrait y avoir quelque pertinence à tenter aussi de formuler, sur le terrain socio-politique, certaines réflexions critiques qui se présenteraient sous la forme des « leçons » qu'on peut dégager d'un tel examen de droit comparé (section II).

Section I - Les réformes du droit belge

A. Le contexte politique

- 3. Avant d'entreprendre l'analyse des deux grandes réformes qu'ont représenté la cohabitation légale et le mariage homosexuel, on commencera par rappeler, même si nos voisins français n'ignorent pas les spécificités belges, quelques éléments qui permettent de mieux comprendre le contexte politique dans lequel se sont insérées ces réformes.
- 4. D'abord, la Belgique, qui était, depuis son indépendance en 1830, un Etat unitaire, est devenue, à partir des années 1970, un Etat fédéral comprenant désormais des entités fédérées qui disposent chacune de leur pouvoir législatif ou Parlement et de leur pouvoir exécutif ou Gouvernement.

Ces entités fédérées ne se sont au surplus pas seulement constituées et découpées sur une base territoriale mais aussi au regard de la communauté linguistique d'appartenance des personnes qui, si elle est ellemême le plus souvent déterminée en fonction d'un critère territorial, peut aussi procéder d'un critère électif, comme, par exemple, sur le territoire bilingue de Bruxelles-Capitale¹.

La Belgique est dès lors aujourd'hui une collectivité politique particulièrement complexe qui n'a pas d'autre moyens, pour résoudre les conflits récurrents que ces appartenances régionales ou communautaires distinctes provoquent inévitablement, que de pratiquer, d'une manière qui est presque devenue institutionnelle, l'art du compromis.

Qu'on songe seulement à l'embrouillamini que peut représenter la recherche d'un compromis visant à répartir équitablement les nuisances sonores des décollages et atterrissages à l'aéroport de « Bruxelles-National » entre les communes du territoire de la Flandre, majoritairement habitées par des Flamands, les communes dites "à facilités" du territoire de la Flandre majoritairement habitées par des francophones et les communes bilingues de la Région de Bruxelles-Capitale!

5. Ensuite, l'élection en Belgique des membres de la Chambre des représentants ou des Parlements des entités fédérées s'opère selon les règles de la représentation proportionnelle, avec la conséquence que les majorités politiques qui se dégagent à la suite de chaque élection résultent presque nécessairement d'alliances et de renversement d'alliances entre les différents partis politiques.

Comme au surplus le fédéralisme de la Belgique s'est opéré sur la base d'un clivage qui s'est progressivement radicalisé entre la Flandre et la Belgique francophone, il n'existe plus, en Belgique, à la différence des autres Etats fédéraux européens, de partis politiques nationaux. Les différents partis politiques sont flamands ou francophones. Lors de la constitution d'une majorité à l'échelon fédéral, il y a donc nécessairement lieu de rassembler au moins – et parfois davantage – deux partis politiques flamands et deux partis politiques francophones. L'élaboration d'un programme gouvernemental et la définition des politiques gouvernementales ne peuvent dès lors aussi s'effectuer qu'en pratiquant de manière permanente l'art du compromis entre des positions qui, à l'origine, paraissaient le plus souvent inconciliables.

^{1 -} Si, par exemple, la Flandre est un territoire *a priori* linguistiquement homogène et si les décrets de la Communauté flamande s'appliquent dès lors à l'ensemble des personnes ou des institutions localisées en Flandre, par contre tant la Communauté française que la Communauté flamande ont vocation à réglementer, sur le territoire bilingue de Bruxelles-Capitale, les matières qui relèvent de leur compétence, par exemple l'enseignement, selon que les personnes ou les institutions concernées ont exprimé leur appartenance francophone ou flamande.

6. Enfin, la Belgique se caractérise encore par une autre forme de division, qui est peut-être moins connue à l'étranger, mais qui, pour s'ancrer dans l'histoire, a façonné profondément les mentalités et les comportements.

C'est la division – qu'on a d'ailleurs qualifiée de « pilarisation » de la société belge – entre ses trois piliers « idéologiques » : le pilier catholique, le pilier libéral laïque et le pilier socialiste laïc².

Chacun des ces piliers correspond à un des trois milieux d'appartenance socio-culturelle qui se sont consolidés ou qui ont émergé au XIXème siècle, lors du premier siècle d'existence de la « nation » belge.

Comme cette « nation » belge n'a finalement pas d'autre véritable tradition historique que l'opposition commune de ses multiples composantes au centralisme étatique, l'Etat belge n'a jamais revendiqué, comme la République française, d'être « un et indivisible » et a, au contraire, respecté, y compris lors de la mise en œuvre d'un certain nombre d'institutions de la vie sociale, la diversité des courants idéologiques.

C'est ainsi qu'en Belgique, pour se limiter à des exemples significatifs, les écoles, les hôpitaux, les mutuelles de soins de santé ou les centres de planning familial peuvent être tantôt catholiques, tantôt libéraux, tantôt socialistes.

Afin de ménager ces différents courants, toute institution associée au processus de décision politique doit le plus souvent en Belgique être composée de façon à assurer leur représentation proportionnée³, tandis que le processus de décision politique est souvent contaminé par la crainte d'un pilier idéologique de ne pas se laisser dominer par un autre pilier idéologique ou, parfois, par la volonté d'un courant idéologique de faire emporter ses convictions sur celles des autres courants idéologiques.

Même si l'effritement actuel des idéologies a déjà conduit et conduira probablement encore davantage à l'avenir à une réduction des très vives tensions qu'a provoquées la « pilarisation » de la Belgique, comme

^{2 -} La « laïcité » est souvent entendue en Belgique dans un sens quelque peu différent de l'acception générale de ce concept en France. Compte tenu de la place importante que l'Eglise catholique avait continué à occuper en Belgique jusqu'à une époque récente et de son implantation au sein du « pilier » catholique, les «laïcs » représentaient un contre-courant opposé non seulement à l'influence de l'Eglise mais aussi au pilier catholique lui-même.

Depuis quelques trente années, la société belge s'est toutefois profondément « déchristianisée », et, dans la foulée, on voit s'exprimer, de plus en plus fréquemment, une volonté de se faire rapprocher les « chrétiens » et les « laïcs ».

^{3 -} Qu'on songe au comité consultatif de bioéthique ou aux récentes commissions fédérales créées par les lois sur l'euthanasie ou sur la recherche sur les embryons, leur composition fait toujours l'objet de dosages complexes où il s'agit tout à la fois d'assurer minimalement la représentation de chacun des trois courants idéologiques et de respecter la parité linguistique, en y ajoutant, aujourd'hui, la parité des genres.

On ne s'étonnera dès lors pas gu'un nombre important d'avis du comité consultatif beleg de bioéthique ne

On ne s'étonnera dès lors pas qu'un nombre important d'avis du comité consultatif belge de bioéthique ne parviennent seulement qu'à mettre en exergue les différentes sensibilités idéologiques qui s'y sont exprimées, sans parvenir à déboucher sur une conclusion commune.

au temps, par exemple, de la question royale ou de la question scolaire, il reste que la densité sociale et institutionnelle des trois piliers traditionnels de la société belge est encore telle aujourd'hui qu'elle constitue aussi un facteur spécifique de complexité et qu'elle contraint souvent à pratiquer l'art du compromis.

7. On ne peut pas, me semble-t-il, véritablement comprendre les réformes récentes du droit de la famille en Belgique sans les situer dans une conjoncture politique précise qui doit elle-même être référée aux caractéristiques du contexte général de l'organisation de la société belge.

Au cours des deux décennies qui précédèrent les élections législatives de 1999, la vie politique belge avait été dominée par le parti social chrétien flamand qui symbolisait lui-même le pilier catholique, jusque là très largement implanté en Flandre, et qui entraînait naturellement dans son sillage le parti social chrétien francophone, même si celui-ci était par contre très nettement devancé en Wallonie par le parti socialiste francophone.

Les derniers premiers ministres belges – Léo Tindemans, Wilfried Martens et Jean-Luc Dehaene – qui dirigèrent successivement le gouvernement belge avant le changement de majorité politique de 1999 appartenaient d'ailleurs tous les trois au parti social chrétien flamand. Mais leurs gouvernements, dès lors que les deux partis sociaux-chrétiens n'obtenaient évidemment pas la majorité des voix, étaient nécessairement des gouvernements de coalition, tantôt avec les deux partis socialistes, tantôt avec les deux partis libéraux, voire parfois avec l'appui complémentaire d'un ou de deux petits partis régionalistes.

Les élections législatives de 1999 furent par contre marquées par un recul des partis chrétiens, et une avancée significative des deux jeunes partis écolos, flamand et francophone, parallèlement à la progression en Flandre du parti nationaliste d'extrême droite (Vlaams Blok devenu aujourd'hui Vlaams Belang).

Ce fut l'occasion pour les partis dits laïques de rejeter dans l'opposition les deux partis sociaux-chrétiens et de composer entre eux une majorité – qu'on qualifia en Belgique d' « arc-en-ciel » – car elle réunissait les partis libéraux, socialistes et « verts », tant flamands que francophones.

Si cette coalition était assurément très hétéroclite sur le terrain socioéconomique, elle était par contre plus homogène sur le terrain dit « éthique », tant la ligne de fracture à propos de ces questions s'était généralement moins constituée en Belgique selon une opposition droite/gauche qu'une opposition chrétiens/laïcs, même si les partis libéraux de droite sont eux-mêmes divisés, sur le plan éthique, entre les défenseurs d'une vision « sociale » de la famille et les promoteurs de l'idéologie purement individualiste.

A partir de cette nouvelle législature et de la constitution du nouveau gouvernement dirigé par le premier ministre libéral flamand Guy Verhofstadt, la Belgique allait désormais s'engager dans un ensemble de réformes qui bouleverseront profondément le droit de la personne et de la famille.

Quatre ans plus tard, lors des élections législatives de 2003, les deux partis écolos, flamand et francophone, subirent une très sévère défaite, très vraisemblablement liée à l'impossibilité où ils s'étaient trouvés, au sein d'un gouvernement alliant la « droite » et la « gauche », de réaliser leur programme socio-économique. Mais les partis socialistes et libéraux, flamands et francophones, qui avaient par contre encore été plébiscités par leurs électeurs, décidèrent de poursuivre leur coalition, sans les écolos.

Par rapport à toute la période antérieure à 1999 qui avait été marquée par l'omnipotence du parti social chrétien flamand, le nouveau gouvernement belge « Verhofstadt II », issu des nouvelles élections de 2003, continue donc aujourd'hui à être constitué par une majorité politique représentative des deux courants idéologiques laïques de la société belge.

B. La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale

8. Le parcours parlementaire qui déboucha sur le vote d'une loi instaurant en Belgique le statut de la « cohabitation légale » est, comme le sera plus tard le mariage homosexuel, tout à fait significatif de ce que peut être un « compromis à la belge ».

A la différence par contre du mariage homosexuel, ce compromis doit être resitué dans un contexte politique qui est encore celui où les partis sociaux-chrétiens détiennent le pouvoir. La loi du 23 novembre 1998 fut en effet adoptée lors de la législature 1995-1999, sous un gouvernement social-chrétien/socialiste.

- 1. La proposition de la loi relative au contrat de vie commune
- 9. La loi belge du 23 novembre 1998 trouve son origine dans une initiative purement parlementaire.

Une proposition de loi, qui avait déjà été déposée en 1994 sous la précédente législature⁴, est redéposée en 1995, à l'aube de la nouvelle législature, par un député socialiste francophone, deux députés écolos, l'un flamand et l'autre francophone, et un député du parti régionaliste francophone bruxellois⁵.

On apprendra plus tard que cette proposition de loi avait en réalité été préparée par des intellectuels proches de la mouvance militante homosexuelle qui avaient fait l'analyse que la manière la plus intelligente de faire admettre la légalisation des couples homosexuels était d'instituer un nouveau statut de conjugalité, distinct du mariage, qui serait ouvert à tous les couples, hétérosexuels comme homosexuels, et qui n'aurait dès lors pas de connotation homosexuelle spécifique.

L'objectif était cependant de parvenir à conférer à ce statut une véritable dimension institutionnelle et, dès lors, d'en faire un statut de l'état (civil) proprement dit des personnes.

10. La proposition tendait en effet à reconnaître différents effets juridiques en droit civil, en droit public, en droit fiscal et en droit de la sécurité sociale, à un contrat de vie commune auquel deux personnes auraient choisi de souscrire lors d'une déclaration conjointe effectuée devant l'officier de l'état civil.

Selon l'exposé des motifs de cette proposition, le contrat de vie commune visait « à concrétiser socialement un lien unissant deux personnes physiques qui désirent établir entre elles une communauté de vie et s'assurer réciproquement une sécurité matérielle ».

Les auteurs de la proposition comparaient expressément le contrat de vie commune au mariage, en précisant qu'il ne s'agissait que d'un « engagement individuel qui n'implique que les personnes qui y souscrivent », en manière telle que « les membres des familles respectives des partenaires ne peuvent se trouver engagés ». Selon la formule exprimée dans l'exposé des motifs, le contrat de vie commune représentait dès lors par rapport au mariage ce que l'adoption simple représente par rapport à l'adoption plénière.

11. C'est ce qui expliquait que le contrat de vie commune trouvait sa place dans le Livre premier du Code civil, que la réglementation de ses effets civils était contenue dans un nouveau Titre *Vbis* de ce Livre premier

^{4 -} Doc. parl., Chambre, session 1993/1994, nº 1340/1.

^{5 -} Proposition de loi concernant le contrat de vie commune déposée le 23 octobre 1995 (Doc. parl., Chambre, session 1995-1996, n° 600/1).

qui suivait immédiatement le Titre V consacré au mariage, que le contrat ne pouvait procéder que d'une déclaration conjointe qui était reçue par l'officier de l'état civil et qui impliquait donc la comparution des deux partenaires devant l'officier de l'état civil, que l'officier de l'état civil dressait, comme pour le mariage, un acte d'état civil intitulé « acte du contrat de vie commune », et que cet acte organisé dans le Titre II du Livre premier relatif aux actes de l'état civil était inscrit dans un nouveau registre de l'état civil relatif au contrat de vie commune.

A l'instar du mariage, le contrat de vie commune ne pouvait, par ailleurs, être conclu entre deux personnes unies par un lien trop immédiat de parenté. On n'avait toutefois exclu que le lien de parenté en ligne directe, sans étendre l'interdiction, comme en matière de mariage, à la parenté en ligne collatérale ou à l'alliance.

Comme en matière de mariage, le contrat de vie commune était soumis à un régime spécifique de nullité, lorsque les conditions de fond ou de forme n'avaient pas été respectées.

12. L'engagement humain contracté par les partenaires impliquait, en premier lieu, qu'ils se devaient « secours et assistance » et qu'ils contribuaient aux charges de la vie commune selon leurs facultés respectives, en manière telle que, si un des partenaires se soustrayait à ces obligations, l'autre partenaire pouvait solliciter une pension alimentaire ou une délégation de sommes.

Le contrat de vie commune créait donc une solidarité morale et alimentaire entre les deux partenaires.

Par contre, les auteurs de la proposition de loi avaient délibérément considéré, sans s'en expliquer davantage, que le contrat de vie commune était « indifférent au devoir de fidélité prévu par le mariage ».

13. Le contrat de vie commune conférait à chacun des partenaires un droit d'habiter la résidence principale commune qu'il pouvait faire valoir tant à l'égard de son partenaire qu'à l'égard d'un tiers, comme le bailleur du logement des partenaires.

La proposition de loi contenait également une disposition qui, pendant la durée du contrat de vie commune, conférait au juge de paix une compétence de juge de référé pour prendre des mesures urgentes et provisoires, par analogie avec ce que l'article 223 du code civil belge prévoit pour les époux, étant entendu néanmoins – était-ce délibéré ? – que ces mesures ne pouvaient concerner que la personne et les biens des partenaires mais non la personne et les biens des enfants.

14. Si les partenaires d'un contrat de vie commune restaient soumis à un régime de séparation de leurs biens, en manière telle qu'ils pouvaient, pendant la vie commune, continuer à acquérir avec leurs revenus propres respectifs des biens dont ils avaient la liberté de vouloir qu'ils leur restent propres, ils étaient néanmoins tenus d'établir, avant de conclure le contrat, un inventaire par notaire de leurs patrimoines respectifs et ils auraient été réputés se trouver en indivision par parts égales, pour tous les biens dont ils n'auraient pas pu positivement établir leur « droit de propriété exclusif » ou dont ils n'auraient pas veillé à stipuler qu'ils devaient être partagés autrement que par parts égales.

Le contrat de vie commune créait donc également entre les partenaires une forme de solidarité patrimoniale qui impliquait logiquement que « toute dette contractée en vue de contribuer au patrimoine indivis créé dans le cadre du contrat de vie commune (obligeait) solidairement les partenaires », sauf si elles étaient « excessives ».

15. Les partenaires d'un contrat de vie commune étaient également considérés comme solidaires au regard de diverses prestations de la sécurité sociale.

Sans doute une certaine assimilation du conjoint et du cohabitant non marié avait-elle déjà été réalisée par des législations antérieures dans le régime des soins de santé, du chômage, des allocations familiales et du minimum de moyens d'existence.

La proposition de loi sur le contrat de vie commune veillait dès lors expressément à assimiler le partenaire d'un tel contrat au conjoint dans le régime des pensions de retraite et de survie, des accidents du travail et des maladies professionnelles.

Les auteurs de la proposition de loi s'étaient aussi préoccupés – à tout le moins partiellement – d'assimiler au mariage le contrat de vie commune pour l'acquisition de la nationalité belge en cas de partenariat mixte, c'est-à-dire entre un Belge et un étranger. Le texte de la proposition modifiait en effet le code de la nationalité belge, en rendant applicables au partenaire étranger d'un contrat de vie commune les dispositions permettant à un époux étranger d'acquérir par option la nationalité belge.

16. Même si les auteurs de la proposition de loi concernant le contrat de vie commune avaient expressément considéré ce contrat comme un « engagement individuel », ils en avaient prévu la révocabilité *ad nutum*.

Ils ne s'en expliquaient pas de façon précise dans l'exposé des motifs de leur proposition de loi, sauf, implicitement, lorsqu'ils faisaient état, pour justifier leur initiative, de l'« apparition d'un concubinage de revendication et d'un militantisme catégorique visant au rejet total de toute institution juridique à vocation définitive organisant la vie de couple».

Ce qu'ils avaient essentiellement en vue était donc la vie commune partagée par deux personnes qui n'entendaient pas se lier de manière définitive, et il y avait alors une forme de logique à ce que le contrat puisse être rompu par la seule et libre initiative d'un des partenaires.

Mais, d'une part, la proposition de loi prévoyait expressément un délai de préavis de deux mois, en manière telle que les partenaires restaient soumis à toutes les dispositions de leur statut pendant une période de deux mois après la rupture qui devait être formalisée par la notification au partenaire d'une lettre recommandée avec accusé de réception et la dénonciation de cette notification à l'officier de l'état civil.

D'autre part, la protection « élémentaire », selon les termes de l'exposé des motifs, que la proposition entendait assurer aux partenaires d'un contrat de vie commune impliquait que certains droits et obligations subsisteraient au-delà de la cessation du contrat.

Le partenaire en situation de besoin conservait en effet la possibilité de solliciter une pension alimentaire après la rupture, mais elle était limitée dans le temps à une période qui ne pouvait excéder la durée du contrat de vie commune.

Chacun des partenaires pouvait aussi revendiquer de continuer à habiter séparément dans le logement du couple, y compris dans un logement dont l'autre partenaire aurait été seul propriétaire.

17. Enfin, la proposition de loi s'attachait à déterminer les effets juridiques du contrat de vie commune qui auraient subsisté après le décès d'un des partenaires, de façon à assurer la protection du partenaire survivant.

Le partenaire survivant devenait un héritier légal et réservataire du partenaire prédécédé. Si au jour du décès il était toujours lié par le contrat de vie conclu entre les deux partenaires, le partenaire survivant recueillait impérativement l'usufruit de l'immeuble affecté au logement principal des partenaires – si ce logement, évidemment, dépendait de la succession – et, en tout cas, l'usufruit des meubles meublants garnissant le logement commun des partenaires.

La proposition veillait par ailleurs à aligner le taux des droits de succession dus par le partenaire survivant sur le taux entre époux, tant pour les droits successoraux légaux et réservataires qui lui étaient reconnus

de plein droit que pour les legs complémentaires qui lui auraient été consentis par le défunt.

2. Le statut de la cohabitation légale

18. Le contrat de vie commune représentait, dans l'esprit de ses auteurs, un statut substantiel de conjugalité institué parallèlement ou en concurrence avec le statut traditionnel du mariage.

C'était précisément ce qui n'était pas acceptable, à l'époque, ni pour les partis sociaux-chrétiens, ni pour une partie de la droite libérale.

Lorsque la proposition fut examinée en Commission de la justice de la Chambre, un groupe de travail informel fut constitué avec l'objectif d'élaborer une toute autre solution, en se mettant d'accord sur ce qui, pour une partie de la majorité politique de l'époque, ne dépasserait pas, selon les travaux préparatoires « la limite de ce qui est socialement acceptable ».

Un amendement fut ainsi rédigé qui se substituait complètement au texte initial de la proposition de loi⁶. Cet amendement, qui instaurait désormais la « cohabitation légale », emporta, selon les termes des travaux préparatoires de la loi, « l'adhésion d'une majorité aussi large que possible »⁷.

19. La volonté politique qui fut à la base de cet amendement avait été d'ôter du nouveau statut de conjugalité qui serait offert à la population toute analogie quelconque avec le statut du mariage.

Comme l'exprimèrent deux des auteurs de l'amendement, un député social-chrétien et un député libéral, le compromis politique qui avait été trouvé s'expliquait par le souci de ne pas créer une forme de « sous-mariage » et, par là même, de ne porter « en rien atteinte au mariage » et de « laisser intact le droit des personnes et de la famille ».

La cohabitation légale ne devait dès lors plus être qu'une « protection patrimoniale minimale » pour « les couples qui ne peuvent ou ne veulent pas contracter mariage »⁸.

20. C'est ce qui expliqua que la réglementation de la cohabitation légale fut déplacée du Livre premier au Livre III du code civil et qu'elle fut ainsi

^{6 -} Doc. parl., Chambre, session 1995/1996, nº 170/2.

^{7 -} Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, Doc. parl., Chambre, session 1995/1996, nº 170/8, p. 62.

^{8 -} Voy. les interventions respectives de ces deux députés dans le rapport de la Commission de la justice de la Chambre, précité, p. 62 et p. 68.

logée dans un nouveau Titre *Vbis* du Livre III du code civil succédant immédiatement au Titre V « Des régimes matrimoniaux ».

La cohabitation légale cessait par là même d'être une institution de l'état des personnes.

Afin de concrétiser cette décision d'une manière tout à fait significative, on exclut même toute comparution en personne des futurs cohabitants légaux devant l'officier de l'état civil et tout acte quelconque qui aurait pu ressembler à une acte de l'état civil. Les formalités d' « entrée » dans le statut furent réduites à une déclaration écrite (art. 1476 § 1 du code civil) qui est effectuée sur un formulaire ad hoc disponible à la maison communale dont on veilla à préciser, pour être tout à fait sûr qu'il n'y aurait rien qui eût pu faire penser à une cérémonie de mariage, qu'il serait remis par les intéressés à l'administration communale contre « récépissé », tandis que l'officier de l'état civil ne ferait état de l'existence de la déclaration de cohabitation légale que dans le registre de la population, et non pas dans un nouveau registre de l'état civil.

21. De façon à éviter toute assimilation à un quelconque mariage, on supprima aussi du statut nouvellement créé tout lien juridique de nature personnelle et, par voie de conséquence, tout effet juridique « personnel » entre les partenaires. Exit le devoir de secours et d'assistance.

Comme il ne s'agissait plus délibérément que d'un statut patrimonial, on ne vit d'ailleurs pas d'obstacle, contrairement à la proposition initiale, à ce que de telles relations patrimoniales puissent être nouées entre deux personnes d'une même famille, tels une mère et son fils ou deux sœurs. *Exit* le tabou de l'inceste⁹.

22. Le statut patrimonial de la cohabitation légale mis en place par la loi du 23 novembre 1998 est un statut qui est révocable sur le champ par un seul des cohabitants légaux et qui disparaît de plein droit dès cette révocation, en manière telle que, sous une seule réserve, le statut ne produit plus aucun effet au-delà de cette révocation.

Il suffit pour un des cohabitants de remettre une déclaration écrite « contre récépissé » à l'officier de l'état civil de la commune de sa résidence

^{9 -} On ne comprend par contre pas, dès lors qu'on optait apparemment pour une telle perspective, pourquoi on ne permit pas que de telles relations patrimoniales puissent être nouées entre plus de deux personnes cohabitantes. Il n'y a d'ailleurs pas la moindre explication à ce qu'un ascendant ne puisse se soumettre à un tel statut qu'avec un seul de ses descendants.

On peut cependant voir dans le maintien de l'idée que le statut de la cohabitation légale n'est destiné qu'à deux personnes l'effet de la volonté effective du législateur de ne réglementer que la « réalité sociale » spécifique des couples non mariés.

pour que la cohabitation légale prenne immédiatement fin, sans qu'on n'ait même plus prévu le moindre délai de préavis. Cette cessation de la cohabitation entraîne elle-même la suppression immédiate pour l'avenir des « droits, obligations et pouvoirs » des cohabitants légaux qui ne sont donc applicables que pendant la cohabitation légale (art. 1477 du code civil).

23. Outre que la portée effective dans le temps du statut de la cohabitation légale se trouve par là même subordonnée au désir de chacun des partenaires de continuer à vivre ensemble, le statut patrimonial organisé par les articles 1476 à 1479 du code civil est très circonscrit.

Il se limite à organiser, par référence à certaines des dispositions du régime matrimonial primaire des époux, un système de protection du logement principal du couple impliquant l'accord des deux partenaires pour tout acte de disposition de ce logement, une obligation de contribuer aux charges de la vie commune en proportion des facultés de chacun des partenaires, l'engagement solidaire des partenaires pour toute dette contractée par l'un d'entre eux pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent, et une possibilité de saisir le juge de paix, pendant la durée de la cohabitation ou dans les trois mois qui suivraient la cessation de la cohabitation légale, afin d'obtenir des mesures urgentes et provisoires lorsque l'entente deviendrait sérieusement perturbée.

24. Au-delà de ce statut patrimonial minimal, on n'alla point.

Disparurent dès lors aussi les dispositions de droit successoral, civil et fiscal, les dispositions de droit de la sécurité sociale et les dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité belge.

On se limita à prévoir expressément, dans la loi, que les cohabitants légaux seraient libres de prendre eux-mêmes d'autres éventuelles dispositions patrimoniales dans une convention de cohabitation légale qui serait reçue par notaire et dont ils pourraient mentionner l'existence dans le formulaire de déclaration de leur cohabitation légale (art. 1478 al. 4 du code civil).

Le statut de la cohabitation légale ne représentait donc plus, à l'issue des débats parlementaires et du compromis politique intervenu, que ce que j'ai cru pouvoir appeler à l'époque « une coquille vide de tout vrai lien juridique et humain »¹⁰.

^{10 -} J.L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », in *Liber amicorum* Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 573.

Et cependant, le ministre social chrétien de la justice de l'époque n'hésita pas, lorsqu'il présenta au Sénat le texte adopté par la Chambre, à conclure son intervention – on a de la peine à croire qu'il le fit sans avoir adressé un clin d'œil aux membres de son groupe politique – que « le gouvernement estime en tout cas que la loi en projet apporte une réponse adéquate à un phénomène social qui, notamment pour des raisons d'équité sociale, devait lui aussi faire l'objet d'un régime légal spécifique »¹¹.

25. Le compromis politique de l'époque ne s'arrêta toutefois pas là.

Afin que la possibilité pour un couple non marié de bénéficier d'une reconnaissance légale officielle ne puisse certainement pas porter ombrage à l'institution du mariage, le parti social chrétien flamand exigea au surplus de subordonner l'entrée en vigueur de ce nouveau statut à une réforme fiscale préalable qui aurait supprimé du code des impôts sur les revenus les dispositions qui avaient pour effet de soumettre un couple marié à un régime fiscal moins favorable qu'un couple non marié (imposition collective du ménage, abattement fiscal consenti à deux époux inférieur à l'abattement fiscal consenti à deux cohabitants censés être deux « isolés », réduction d'impôt sur les pensions de retraite moins importante pour des époux que pour deux cohabitants...).

C'est pourquoi l'article final – l'article 6 – de la loi du 23 novembre 1998 précisait, en définitive, que la loi n'entrerait en vigueur qu'à une date à déterminer par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Le gouvernement de l'époque avait donc entendu rester le maître absolu du jeu. Même si la loi du 23 novembre 1998 fut publiée au Moniteur belge du 12 janvier 1999, elle resta provisoirement lettre morte.

26. Vint le changement de majorité consécutif aux élections législatives de 1999. Les sociaux-chrétiens avaient été relégués dans l'opposition et tout commença, en Belgique, tant en matière éthique qu'en matière familiale, à se renverser.

Une des premières décisions significatives du nouveau gouvernement « arc-en-ciel » fut de s'accorder pour faire immédiatement entrer en vigueur la loi du 23 novembre 1998 sans attendre une quelconque modification de loi fiscale. Il est vrai que les partis libéraux avaient inscrit à leur programme de réaliser – et ils le firent ultérieurement – une substantielle réforme du régime de l'impôt sur le revenu.

Par arrêté royal du 14 décembre 1999 (*Mon.b.*, 23 décembre 1999), le nouveau gouvernement décida donc que le statut de la cohabitation légale entrerait en vigueur dès le 1^{cr} janvier 2000.

^{11 -} Rapport de la Commission de la justice du Sénat, Doc. parl., Sénat, session 1997/1998, n° 1-916/5, p. 3-4.

27. Dans un premier temps, on ne se pressa cependant pas aux portes des maisons communales belges.

C'est qu'en réalité, la cohabitation légale était essentiellement un statut symbolique plutôt que pratique. Seuls y souscrivirent, dès lors, ceux qui entendaient faire consacrer symboliquement leur union de couple non marié ou ceux qui entendaient la faire assortir d'une convention de cohabitation légale.

28. Mais, entre-temps, le principe d'égalité et de non discrimination devint un des fers de lance de la nouvelle majorité politique, dans la foulée, au demeurant, d'un mouvement général des idées qui se répandait en Europe.

Lorsqu'on s'attaqua, au niveau fédéral, à la réforme de l'impôt sur les revenus ou, au niveau régional, à la réforme des droits de succession¹², le maître mot devint celui de la neutralité de l'Etat au regard des différentes « formes de vie commune ».

Il n'y avait plus lieu pour l'Etat, dans une telle perspective, de privilégier le mariage, dès lors que l'Etat n'avait plus à défendre un modèle plutôt qu'un autre de conjugalité et que c'est au contraire la liberté de choix du citoyen qui devait être assurée en n'attachant pas à un modèle plutôt qu'à un autre une quelconque faveur ou défaveur fiscale.

La loi du 10 août 2001 portant réforme de l'impôt des personnes physiques (*Mon. b.*, 20 septembre 2001) posait dès lors définitivement le principe, en matière d'impôt sur le revenu des personnes physiques, que les cohabitants légaux seraient complètement assimilés à des époux et qu'ils bénéficieraient des mêmes avantages fiscaux que les époux, tel le quotient conjugal, comme ils seraient aussi soumis à un régime d'imposition collectif du ménage. Pour des raisons budgétaires, l'entrée en vigueur de cette assimilation fut toutefois reportée à partir de l'exercice d'imposition 2005, c'est-à-dire à partir de la taxation des revenus de 2004.

Parallèlement, la Flandre¹³, en pionnière, puis en second lieu la

¹²⁻Comme on l'a déjà indiqué, la fédéralisation de l'Etat belge est un processus en continu qui consiste, par étapes successives, à déplacer progressivement des champs de compétences de l'Etat fédéral vers les Régions ou les Communautés. C'est ainsi que les trois Régions du pays - Flandre, Wallonie et Bruxelles-Capitale - recueillirent la compétence de définir elles-mêmes, sous certaines réserves, leur politique spécifique en matière de droits de succession.

¹³ - Décret du $1^{\rm e}$ décembre 2000 portant assimilation des cohabitants aux couples mariés en matière de droits de succession, Mon. b., 11 janvier 2001.

En Flandre, l'assimilation fut aussi étendue aux cohabitants de fait, à la condition qu'ils avaient partagé une vie commune depuis au moins un an au jour de l'ouverture de la succession.

Wallonie¹⁴, et enfin la Région de Bruxelles-Capitale¹⁵ adoptèrent successivement des décrets qui permettaient aux cohabitants légaux de ne plus être soumis au taux exorbitant des droits de succession entre « étrangers » mais de bénéficier au contraire du taux réduit applicable entre époux ou entre ascendants et descendants.

29. Le statut de la cohabitation légale est, depuis lors, devenu davantage attractif, et le nombre de cohabitations légales va croissant, même s'il reste peu élevé au regard du nombre des mariages célébrés chaque année en Belgique.

Par ailleurs, les effets juridiques du statut de la cohabitation légale vont aussi progressivement s'étendre, car la tendance actuelle est, à l'occasion de législations particulières, d'adopter une règle identique pour le statut du mariage et de la cohabitation légale.

Un exemple particulièrement significatif peut en être trouvé dans la loi du 28 janvier 2003 (*Mon. b.*, 12 février 2003) qui, dans le contexte de la lutte contre les violences conjugales, a inséré dans le code civil et dans le code judiciaire des dispositions permettant d'attribuer la jouissance de la résidence conjugale à l'époux victime d'actes de violence physique de son conjoint. Cette loi s'applique autant aux époux qu'aux cohabitants légaux.

C. La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe

30. Si le statut de la cohabitation légale belge ne peut déjà se comprendre qu'en fonction d'un compromis intervenu à l'époque entre des points de vue politiques très difficilement conciliables, l'avènement du mariage homosexuel en Belgique procède encore davantage d'un étonnant compromis qu'on pourrait même qualifier de compromis « politicien ».

31. Sans doute, le parlement belge avait-il déjà été saisi, aussi bien avant qu'après les élections législatives de 1999, de plusieurs initiatives individuelles concrétisées dans des propositions de loi qui tendaient expressément à consacrer dans les dispositions du code civil relatives aux conditions du mariage un principe d'indifférenciation des sexes pour la conclusion du mariage¹⁶.

¹⁴ - Décret du 14 novembre 2001 relatif aux droits de succession entre cohabitants légaux, $\textit{Mon. b.},\,29$ novembre 2001.

A la différence du mariage, où aucun délai n'est imposé, le décret de la Région wallonne exige, pour que les cohabitants légaux bénéficient du taux applicable entre époux, un délai d'un an de cohabitation légale au jour de l'ouverture de la succession.

^{15 -} Ordonnance du 16 mai 2002 relative au tarif, exemptions et réductions des droits de succession applicables aux cohabitants légaux.

^{16 -} Voy. les propositions de loi n° 2208/1-98/99 du 28 avril 1999, n° 08861/001-1999/2000 du 6 septembre 2000 et n° 1011/001-2000/2001 du 13 décembre 2000 déposées respectivement à la Chambre par un député du parti libéral flamand, une députée du parti écologiste flamand et un député du parti socialiste flamand.

Il est donc exact que l'idée du mariage homosexuel ou d'un mariage sexuellement indifférencié avait déjà été évoquée, à tout le moins par des parlementaires flamands, avant que le gouvernement belge ne prenne lui-même l'initiative d'un tel projet.

32. C'est en réalité lorsque le gouvernement arc-en-ciel, qui avait sur sa table de travail un projet de réforme du droit de l'adoption, aux fins de mettre en œuvre les dispositions de la Convention de La Haye relative à l'adoption internationale, se trouva confronté à une divergence de points de vue à propos de la question de l'adoption d'un enfant par les couples non mariés que les partenaires libéraux, socialistes et écolos de la coalition furent contraints de trouver une solution de compromis.

Le gouvernement s'était en effet mis d'accord pour ouvrir désormais aux couples non mariés l'adoption d'un enfant par deux personnes, dès lors que l'article 346 du Code civil belge posait le principe traditionnel selon lequel « nul ne peut être adopté par plusieurs si ce n'est par deux époux ».

Mais la question se posait alors de savoir ce qu'on entendrait par un « couple non marié ». Les partis socialiste et écolo défendaient le point de vue selon lequel un enfant devrait pouvoir être adopté aussi bien par un couple de sexe différent que par un couple de même sexe. La grande majorité des libéraux pensait le contraire.

Or c'est ici qu'intervint le compromis « politicien » qui fut conclu, sans véritable débat, lors d'une des réunions hebdomadaires du Conseil des ministres du mois de juin 2001¹⁷.

Ce compromis consistait en ce qu'on renoncerait à l'idée de permettre à un couple homosexuel non marié, comme on le permettrait désormais pour un couple hétérosexuel non marié, d'adopter un enfant, mais, en échange, on ferait droit à une autre des revendications du mouvement homosexuel et on permettrait désormais à un couple homosexuel de contracter un mariage proprement dit.

Cette solution de compromis fut aussitôt concrétisée, car le gouvernement déposa le 17 juillet 2001 à la Chambre la version définitive de ses projets de loi relatifs à l'adoption¹⁸, et, dans la foulée, il transmit le 18 juillet 2001 au Conseil d'Etat un avant-projet de loi « ouvrant le

^{17 -} Comme elle le fait toujours après les traditionnelles réunions du Conseil des ministres du vendredi, la presse rendit immédiatement compte de la décision qui avait été prise dans ses éditions du lendemain. Voy. Le Soir et La Libre Belgique des 23-24 juin 2001.

^{18 -} Doc. parl., Chambre des représentants, session 2000-2001, n° 1366/001 et 1367/001. Comme le gouvernement s'était déjà mis d'accord sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, les projets de loi relatifs à l'adoption veillaient déjà à préciser expressément qu'on entendait par « adoptant : une personne, des époux de sexe différent ou des cohabitants de sexe différent ».

mariage aux personnes de même sexe » avec une demande d'avis « dans un délai ne dépassant pas un mois ».

33. C'est l'existence d'un compromis politique – valant transaction – entre des partis politiques où s'exprimaient des conceptions différentes à propos du statut du couple homosexuel qui permet d'expliquer qu'il n'y eut plus jamais par la suite de débats sur toutes les implications socioculturelles de la solution imaginée par le gouvernement belge.

Comme l'indiqua par après, en fin de législature, lors d'une interview donnée à un journal belge, le président de la Chambre des représentants, Monsieur Herman De Croo, on n'a pas d'autre solution, en Belgique, au sein d'une coalition de partis hétérogènes, que de procéder par « donnant-donnant ». Dans la même interview, le deuxième personnage de l'Etat belge, selon l'ordre de préséance politique, n'hésitait au surplus pas à affirmer : « Le problème de nos démocraties est qu'elles vivent sous le régime des minorités. La sortie du nucléaire ? Le mariage homosexuel ? La libéralisation des drogues douces ? Toutes ces législations n'auront véritablement été soutenues que par une petite minorité politique, trouvée chaque fois dans les rangs socialistes et écologistes. Une partie de la majorité ayant voté à contre-cœur ... »¹⁹.

34. C'est également parce que la solution résultait d'un compromis politique et qu'elle procédait d'une forme de transaction qui ne pourrait plus être remise en cause qu'on fut amené à ne rechercher qu'*a posteriori* la motivation qui serait donnée au choix effectué par le gouvernement.

Ce n'est donc pas un raisonnement cohérent qui a conduit à la solution juridique. C'est une solution politique qui, pour être justifiée, a imposé un raisonnement dont la cohérence s'avérait tout à fait discutable.

Quelles furent donc les explications données par le gouvernement dans son avant-projet de loi ?

La première considération qui y était formulée procédait des prétendues exigences du principe de non-discrimination. L'exposé des motifs du projet de loi indiquait en effet expressément que le projet avait pour objet de supprimer « une discrimination reprise dans notre législation en raison d'un contexte historique ».

La deuxième justification du projet était par ailleurs présentée dans les termes suivants :

^{19 -} Le Soir, 9 avril 2003, p. 10.

« La logique qui sous-tendait (que la différence de sexe était une condition positive de la conclusion du mariage) procédait de l'idée que le but du mariage était la procréation. Puisque des personnes de même sexe ne sont pas en mesure de procréer ensemble, doctrine et jurisprudence ont considéré que les conjoints devaient être de sexe différent (...). Force est de constater aujourd'hui que cette explication est dépassée. En effet, des enfants sont conçus et naissent aussi bien dans le mariage qu'en dehors de celui-ci et beaucoup de couples mariés ne considèrent plus la procréation comme la finalité essentielle du mariage. Dans notre société contemporaine, le mariage est vécu et ressenti comme une relation entre deux personnes ayant pour but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre. Les mentalités ayant évolué - aujourd'hui le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif -, il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ».

35. Saisi de ce projet, le Conseil d'Etat le critiqua sévèrement et proposa même au gouvernement de l' « abandonner ».

Outre que le Conseil d'Etat fit observer que l'impossibilité pour deux personnes de même sexe d'accéder à une institution qui avait toujours été considérée comme l'union d'un homme et d'une femme ne pouvait être, d'un point de vue juridique, considérée comme une discrimination, le Conseil d'Etat exprima surtout son désaccord à l'égard de cette « nouvelle conception sommairement esquissée » selon laquelle le mariage se serait désormais réduit « à extérioriser et à affirmer une relation intime de deux personnes ».

Sans affirmer, contrairement à ce que d'aucuns soutinrent par la suite, que le but du mariage aurait été la procréation, le Conseil d'Etat constatait par contre que la « figure juridique » du mariage a toujours correspondu et continue à correspondre à l'union d'un homme et d'une femme parce qu'il existe « un lien étroit de causalité entre l'institution du mariage, avec ses caractéristiques essentielles, et la nécessité d'assurer la stabilité de l'union entre un homme et une femme afin de permettre l'éducation des enfants qui peuvent en résulter ».

Le Conseil d'Etat faisait au demeurant le constat que le projet du gouvernement continuait à refléter une telle conception, dès lors que, même s'il ouvrait le mariage aux personnes de même sexe, il n'entendait par contre pas rendre applicables à des personnes de même sexe mariées les dispositions du droit du mariage qui régissent la filiation et, plus particulièrement, les dispositions relatives à la présomption de paternité ou à l'adoption. En conclusion de son analyse, le Conseil d'Etat proposait dès lors, plutôt que d'utiliser la figure juridique existante du mariage dont la signification ne correspondait pas à la situation d'un couple homosexuel, de « se donner la peine » de procéder à « des constructions nouvelles », afin d'assurer « l'homogénéité d'un système juridique ».

36. Dès qu'il fut connu, l'avis du Conseil d'Etat fut aussitôt vilipendé aussi bien par des responsables politiques que par des associations d'homosexuels ou des professeurs d'université²⁰.

De toute manière, le gouvernement n'aurait plus pu accepter d' « abandonner » son projet, puisque ce projet, couplé à la réforme de l'adoption, avait procédé d'un compromis politique qui ne pouvait plus être remis en cause.

Après avoir reçu officiellement le 26 novembre 2001 l'avis du Conseil d'Etat, le Conseil des ministres décida dès le 7 décembre 2001 de ne rien changer au texte de son projet.

On n'apporta que quelques modifications à la version définitive de l'exposé des motifs. On ne fit plus état de ce que l'impossibilité qui avait existé jusque là pour les homosexuels de contracter mariage aurait constitué, en termes juridiques, une discrimination. On fit la concession au Conseil d'Etat que la conception que celui-ci exprimait de l'institution du mariage n'était peut-être effectivement pas encore révolue et qu'elle restait « momentanément » consacrée dans les conventions internationales, mais on y faisait le constat qu'elle était, toutefois, une conception « très classique », que « le droit n'est pas une matière morte » et, dans la foulée, qu' « aujourd'hui, notre société a évolué dans un sens tel qu'il ne reste aucun motif pour refuser à une personne la possibilité de se marier sur les seules bases de son sexe et de ses affinités sexuelles ».

On n'alla pas plus loin dans l'analyse.

37. Il fallait désormais aller vite, car la réforme devait être menée parallèlement à celle de l'adoption.

Alors que le projet de loi du gouvernement avait originairement été déposé à la Chambre, on se rendit compte que le texte ne pourrait pas y être suffisamment rapidement examiné en raison de ce que la Commission de la justice de la Chambre était « embouteillée » par plusieurs textes urgents.

²⁰ - Voy. pour une synthèse des différentes réactions, J.L. Renchon, Mariage et homosexualité, $J\!.T$, 2002, p. 505, sp. n° 4, 5 et 16.

Le Conseil des ministres retira son projet du Bureau de la Chambre et fit en sorte qu'un sénateur de chacun des six partis de la majorité accepte de co-signer une proposition de loi reprenant expressément le texte du projet du gouvernement qui fut déposée le 28 mai 2002 au Sénat²¹.

38. La proposition put dès lors être examinée par la Commission de la justice du Sénat dès le 3 juillet 2002. On était à la veille des vacances. Un sénateur fit observer qu'il comprenait difficilement pourquoi la proposition devait être traitée « de toute urgence » au Sénat, alors que le Sénat s'était « penché de façon sérieuse » sur d'autres problèmes éthiques, comme l'euthanasie ou le statut des embryons.

La Commission de la justice du Sénat accepta dès lors malgré tout d'organiser des auditions.

Mais il n'y en eut finalement que trois qui eurent lieu à la rentrée parlementaire, lors de la réunion de la Commission du 9 octobre 2002²².

Alors même que deux des auditions avaient fait apparaître les problématiques aussi bien anthropologique que juridique que posait la proposition d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, il n'en fut plus par la suite jamais question. C'est que les jeux étaient faits depuis la réunion du Conseil des ministres du 22 juin 2001, et plus personne n'aurait pu rien y changer.

Certains sénateurs tentèrent encore de plaider pour un approfondissement de la réflexion ou déposèrent des amendements tendant à substituer au mariage homosexuel un partenariat plus étoffé que le statut de la cohabitation légale.

Mais ces amendements furent rejetés et la Commission de la justice du Sénat adopta la proposition de loi dès le 23 octobre 2002 à une majorité de 11 voix contre 4.

39. La suite du processus législatif se déroula de façon particulièrement accélérée.

^{21 -} Doc. parl., Sénat, session 2001-2002, nº 2-1173.

 $^{22\}text{-Voy. la synthèse de ces auditions } \textit{in J.L.} \ \text{Renchon, L'avènement du mariage homosexuel dans le code civil belge, Rev. trim. dr. fam., 2003, p. 439.}$

Un des experts entendus, Monsieur Francis Martens, était anthropologue et psychanalyste. Il déposa entre les mains de la Commission un texte écrit impressionnant, dans le fond comme dans la forme, intitulé « Un beau miriage ? » Dans ce texte, Monsieur Martens expliquait que le mariage participe du « code symbolique » par lequel la civilisation humaine, au terme d'un « long enfantement », a aménagé les « cinq grandes différences organisatrices de l'identité humaine : la différence entre les hommes et les femmes, les épousables et les non épousables (interdit de l'inceste), les enfants et les parents, les animaux et les humains, les vivants et les morts ». Monsieur Martens expliquait encore qu'« abolir ce repère en continuant à appeler 'mariage' une union de personnes de même sexe équivaudrait à supprimer une des balises principales de l'identité à une époque où cette dernière est déjà vacillante ».

La proposition fut discutée et immédiatement adoptée en séance plénière du Sénat du 28 novembre 2002.

Transmis à la Chambre le 2 décembre 2002, le projet de loi fut discuté et immédiatement adopté lors de la réunion de la Commission de la justice du 15 janvier 2003 par 9 voix contre 3 et une abstention, et enfin discuté et immédiatement adopté en séance plénière de la Chambre lors de sa séance du 30 janvier 2003.

La loi du 13 février 2003 fut aussitôt publiée au *Moniteur belge* du 28 février 2003. Elle entra en vigueur conformément à son article 23, dès le premier jour du quatrième mois qui suivait sa publication, c'est-à-dire le 1^{er} juin 2003.

Voilà comment advint le mariage homosexuel en Belgique.

40. On observera que, dès lors qu'il est effectivement pleinement le mariage, le mariage homosexuel soumet deux personnes de même sexe, dans leurs relations réciproques ou dans leurs relations avec les autorités publiques, à toutes les dispositions du statut juridique du mariage.

L'assimilation porte par voie de conséquence sur :

- les modalités de conclusion et de dissolution du mariage ;
- les effets procédant de l'alliance ;
- les droits et obligations civils des époux ;
- les droits et obligations sociaux et fiscaux à l'égard de l'Etat.

41. Par contre, et par là même il y a une certaine logique à parler désormais du « mariage homosexuel » qui n'est donc pas entièrement équivalent au mariage proprement dit, le mariage homosexuel est expressément « amputé »²³ de toute la partie du statut juridique du mariage relative aux enfants.

Le mariage homosexuel est donc un mariage dépourvu de plein droit, par l'effet de la loi, de la dimension de procréation et/ou de filiation qui avait toujours été attachée et qui reste encore attachée, en droit belge, au mariage.

La loi du 13 février 2003 a traduit de manière expresse cette option politique dans deux dispositions précises qui dérogent aux règles du statut juridique du mariage.

D'une part, le nouvel article 143 réintroduit dans le code civil belge par l'article 2 de la loi énonce, aussitôt après avoir posé le principe que

^{23 -} Le terme a été expressément utilisé lors des travaux préparatoires par une députée écologiste.

deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage, que « si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 du présent code n'est pas applicable ». La présomption de paternité du conjoint de la mère d'un enfant est donc de plein droit écartée dans un mariage homosexuel.

D'autre part, les articles 13 à 16 de la loi apportent diverses modifications aux articles 345, 346, 361 et 366 du code civil tels qu'ils réglementaient à l'époque l'adoption, aux fins d'y préciser que l'adoption, plénière ou simple, d'un enfant ne pourra être effectuée par deux « époux » que pour autant qu'ils soient « de sexe différent ».

On voit donc bien que, par rapport à la signification que notre société a continué, jusqu'à présent, à attacher au mariage, du point de vue de la filiation des enfants qui en seraient issus ou qui y seraient adoptés, le mariage homosexuel n'est pas véritablement le mariage.

Sans doute d'aucuns soutiendront que ces dispositions relèveraient désormais du droit de la filiation et qu'elles ne participeraient pas ou plus au statut du mariage proprement dit.

Il y a toujours différents regards possibles sur une même réalité humaine.

Mais, outre qu'en termes juridiques c'est bien la conclusion d'un mariage qui produit les effets relatifs à la filiation et à l'adoption qui viennent d'être indiqués, pourrait-on vraiment soutenir, en termes sociologiques, qu'aux yeux de la population belge, le mariage aurait aujourd'hui cessé d'être vécu et perçu comme l'institution sociale qui exprime et traduit le plus complètement ou le plus adéquatement le projet d'un homme et d'une femme de fonder une famille, c'est-à-dire d'affilier leurs enfants ?

42. Lors des travaux préparatoires, même brefs, de la loi du 13 février 2003, la question fut un moment posée de savoir si le mariage homosexuel pourrait éventuellement être contracté en Belgique par un Belge et un étranger.

Il fut, à l'époque, clairement répondu qu'il n'y avait pas de raison de déroger à la règle traditionnelle de conflit de lois applicable aux conditions de fond du mariage qui était celle de l'application distributive des lois nationales respectives des deux époux, avec la conséquence que lorsqu'un des époux était de nationalité étrangère, il devait nécessairement répondre valablement aux conditions de fond de sa propre loi nationale.

Il en résultait que, lorsque la loi nationale d'un des partenaires impose que des époux soient nécessairement de sexe différent, ce couple homosexuel ne pouvait, en Belgique, contracter mariage. La circulaire du ministre libéral de la Justice de l'époque du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003²⁴ rappelait dès lors de façon précise aux officiers de l'état civil l'existence de cette règle de conflits de lois et leur indiquait, par voie de conséquence, que, dans l'état du droit positif de l'époque, un mariage entre deux homosexuels ne pourrait être célébré que pour autant qu'ils soient Belges ou Néerlandais, dès lors que selon les informations du Département, seuls les Pays-Bas et la Belgique connaissaient désormais l'institution du mariage entre personnes de même sexe.

43. Les choses n'allaient cependant pas en rester là.

Après les élections législatives de 2003, le poste de ministre de la Justice échut au parti socialiste francophone.

Or, la nouvelle ministre prit l'initiative de remplacer la circulaire de son prédécesseur du 8 mai 2003 par une nouvelle circulaire du 23 janvier 2004²⁵ qui enjoignait désormais aux officiers de l'état civil de célébrer le mariage de deux personnes de même sexe dont l'une au moins avait sa résidence habituelle en Belgique, sans plus se préoccuper de la question de savoir si leur loi nationale autorise un tel mariage, pour la raison qu'une loi étrangère qui aurait refusé l'accès au mariage de deux personnes du même sexe était devenu contraire à l'ordre public international belge!

Cette circulaire fut assurément critiquée²⁶, mais elle se révéla, en définitive, ne constituer que l'anticipation d'une solution que la ministre de la justice décida de faire consacrer par le parlement lorsque celui-ci, quelques mois plus tard, adopta, avec la loi du 16 juillet 2004, le code belge de droit international privé. L'article 46 al. 2 de ce code apporte désormais de manière expresse, à propos de la condition spécifique de la différence des sexes, une dérogation à la règle traditionnelle de l'application des lois nationales respectives de chacun des époux pour la détermination des conditions de validité du mariage. Le droit étranger est en effet « écarté s'il prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage ».

La Belgique en est dès lors venue à considérer que le mariage homosexuel procède d'un choix politique qui doit nécessairement pouvoir l'emporter sur un autre choix politique effectué par d'autres Etats, quitte même à créer délibérément des « situations boiteuses où les

^{24 -} Mon. b., 16 mai 2003; Rev. trim. dr. fam., 2003, p. 660.

 $^{25-\}textit{Mon. b.}, 27 \text{ janvier } 2004, p.~4829 \text{ ; Rev. trim. dr. fam., } 2004, p.~253 \text{ et la note J.L. Renchon, L'ordre juridique belge : compétent universel?}$

^{26 -} Outre qu'on voyait mal comment le ministre de la justice pouvait se substituer d'autorité au pouvoir des cours et tribunaux d'apprécier eux-même la compatibilité d'une disposition de droit étranger avec l'ordre juridique international belge, pouvait-on aller jusqu'à considérer que l'option politique prise par la Belgique à propos de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe devrait désormais s'imposer à la planète entière, au point de ne plus pouvoir tolérer, en Belgique, une option politique différente ?

intéressés eux-mêmes seront enfermés »²⁷. Le texte n'exige au surplus qu'une résidence en Belgique de plus de trois mois, lors de la célébration, d'un seul des futurs époux.

Les effets concrets de cette prétention universaliste ne se sont pas fait attendre²⁸.

Section II - Les leçons du droit comparé

44. L'évolution du droit belge des conjugalités et, plus particulièrement, la réforme radicale qu'a représenté, au cours de la législature 1999-2003, l'avènement du mariage homosexuel, au regard de la très timide avancée qu'avait constitué, sous la législature précédente, le statut de la cohabitation légale, appellent assurément quelques réflexions qui, dans le contexte d'un colloque international, peuvent être présentées sous la forme de « leçons du droit comparé ».

Ces réflexions portent à la fois sur la signification du mariage et, dans la foulée, sur la signification de la filiation.

A. La signification du mariage

45. Depuis la révolution individualiste advenue avec les golden sixties, les sociologues ont régulièrement mis en évidence les transformations profondes qui ont affecté la signification du mariage et, au-delà du mariage, la relation de couple.

Ils ont, chacun à leur manière, souligné la désinstitutionnalisation²⁹, la privatisation ou la contractualisation³⁰ du lien conjugal, c'est-à-dire le mouvement de fond – qualifié par Irène Théry de « démariage » – par lequel la conjugalité s'est progressivement dégagée de son inscription dans le champ social et public pour devenir une « affaire privée ».

Alors que les finalités du mariage avaient jusque là été perçues comme

^{27 -} L. Barnich, Présentation du nouveau Code belge de droit international privé, Rev. not. b., 2005, p. 31.

^{28 -} D'après les statistiques publiées par la commune de Bruxelles-ville pour l'année 2004, 33 mariages homosexuels (sur un total de 951 mariages) ont été célébrés pendant l'année 2004 (29 masculins et 4 féminins). Or, parmi les mariages masculins, 3 sont belge-belge, 20 belge-étranger et 6 étranger-étranger. En ce qui concerne les mariages homosexuels féminins, 1 seul est belge-belge et 3 belge-étranger.

^{29 -} L. Roussel, La famille incertaine, Odile Jacob, Paris, 1989.

^{30 -} S. Chalvon-Demersay, Concubins-Concubines, Seuil, Paris, 1983; J. Commaille, Famille sans Justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille, Le Centurion, Paris, 1982; F. de Singly, Le soi, le couple et la famille, Nathan, Paris, 1996; F. de Singly, Libres ensemble. L'individualisme dans la vie commune, Nathan, Paris, 2000; R. Rezsohazy, Les nouveaux enfants d'Adam et Eve. Les formes actuelles de couples de familles, Academia, Louvain-la-Neuve, 1991; I. Théry, Le démariage, Odile Jacob, Paris, 1993; I. Théry, Couples, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Odile Jacob/La Documentation française, Paris, 1998.

des finalités collectives, relevant de l'intérêt général ou de l'ordre public, la construction et la déconstruction d'un lien de couple ont de plus en plus répondu à des finalités privées, correspondant à un objectif individualiste de « réalisation de soi » et d'épanouissement personnel.

Parallèlement, les sociologues mirent également en exergue la dissociation qui s'opérait progressivement entre d'une part le lien de conjugalité et d'autre part le lien de filiation et de parentalité, comme si ces deux types de liens étaient et pouvaient désormais être envisagés de façon distincte, sans qu'il n'y ait plus de rapport nécessaire entre eux. Le choix ou la décision d'un homme et d'une femme d'être les parents d'un enfant cesseraient d'être en quoi que ce soit liés au choix ou à la décision de cet homme et de cette femme de s'unir l'un à l'autre ou de se désunir l'un de l'autre.

C'est ce qui fit dire qu'on se trouvait en présence de deux types de relation fondamentalement différentes : autant le lien de filiation resterait inconditionnel et indissoluble, autant le lien de conjugalité deviendrait conditionnel et dissoluble.

C'est ce qui fit dire aussi qu'on devait désormais distinguer le « couple parental » et le « couple conjugal », dès lors qu'ils répondraient à des logiques différentes. Deux parents, en acceptant d'être les père et mère d'un enfant, constitueraient entre eux un couple parental, affecté à une finalité extérieure à eux-mêmes : l'éducation et le bien-être de leur enfant. Un couple conjugal, par contre, n'aurait plus d'autre finalité que lui-même et ne survivrait qu'aussi longtemps qu'il peut continuer à s'accorder sur ses propres finalités intrinsèques.

46. Si nous avions donc été suffisamment avertis de ce mouvement général des idées et des mœurs dont les sociologues repéraient les traces autant dans les discours que dans les comportements, force est de reconnaître que le droit positif – et, à travers le droit positif, un certain discours politique – persistait à affirmer que le mariage était et restait une institution sociale fondamentale, c'est-à-dire qu'il n'était précisément pas ou pas seulement une simple « affaire privée » et qu'il contribuait, au contraire, à ordonnancer la vie sociale.

C'est précisément pourquoi la plupart des règles de droit régissant le statut du mariage sont et restent considérées, en droit positif, comme des règles dites d'ordre public (au sens, en droit positif français, de l'ordre public de direction).

Or, parmi ces finalités sociales du mariage, une d'entre elles consiste précisément toujours à coupler le « conjugal » et le « parental », c'est-à-dire

à considérer le mariage comme l'institution sociale qui permet à un homme et à une femme de devenir ensemble et tout à la fois autant des époux que les père et mère de leurs enfants, soit les enfants qu'ils procréeraient, naturellement ou avec assistance médicale, soit les enfants qu'ils adopteraient.

C'est, dans une telle perspective, la force du lien conjugal qui assure et consolide, en quelque sorte, la force du lien de filiation et de parentalité.

Comme l'indique explicitement l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans une formule qui ne pouvait pas mieux exprimer cette conjonction du « conjugal » et du « parental », « l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille ».

C'est précisément pourquoi le droit positif continue toujours à attacher au statut juridique du mariage des effets précis en matière de filiation – telles la présomption de paternité ou l'adoptabilité d'un enfant – et prend en compte, dans les dispositions qui régissent les droits et les devoirs des époux pendant le mariage ou lors de la dissolution du mariage par le divorce, les intérêts spécifiques des enfants des époux.

47. C'est cette institution sociale fondamentale que, lors de la législature 1995-1999, le législateur belge avait encore entendu privilégier, lorsqu'il organisa le nouveau statut de la cohabitation légale.

Sans doute, l'adoption d'un tel statut reflétait-elle déjà le mouvement général de privatisation de la conjugalité, puisqu'il est un statut purement privé, dépourvu de toute finalité sociale ou collective.

Mais ce statut fut pensé et organisé selon des modalités qui, aux yeux du législateur, ne devaient et ne pouvaient porter « en rien atteinte au mariage ».

La volonté politique avait été, à cet égard, extrêmement claire. Il est significatif, par exemple, de relever que, lors des travaux préparatoires de la loi, un député libéral – qui devint ultérieurement, après les élections législatives de 1999, le ministre de l'Intérieur du gouvernement arc-en-ciel et qui, à ce titre, fut un des acteurs du compromis politique du mois de juin 2001 relatif au mariage homosexuel – avait encore expressément indiqué que « si personne ne conteste en effet le rôle traditionnel du mariage et de la famille en tant que cellule de base de la société, chacun doit toutefois pouvoir vivre comme il ou elle l'entend dans la mesure où ce mode de vie ne perturbe pas l'ordre social »³¹.

³¹ - Intervention de M. Duquesne retranscrite dans le rapport de la commission de la Justice de la Chambre (Doc. parl., Chambre, session 1995-1996, n° 170/8, p. 64.

48. On ne peut alors être que d'autant plus frappé par la véritable « rupture » qui s'est produite, quelques années plus tard, lors de l'adoption du statut du mariage homosexuel.

C'est que la justification qui en a été donnée a précisément consisté à rompre délibérément, du moins en termes officiels, avec la dimension d'institution sociale du mariage.

Par souci de faire droit à la revendication formulée par le mouvement homosexuel de permettre à un homme et un homme ou à une femme et une femme d'accéder au même statut juridique qu'un homme et une femme et d'être considérés symboliquement comme un couple « exactement le même », on n'a plus eu d'autre solution que de décider de changer, du jour au lendemain, la signification du mariage.

D'une part, le mariage pouvait et devait désormais être considéré comme un lien de conjugalité sans plus aucun rapport quelconque avec la dimension de filiation et de parentalité. D'autre part, le mariage n'était plus qu'une forme particulière, parmi d'autres, de « relation intime de deux personnes ».

49. Sans doute, le législateur belge n'est-il pas allé jusqu'au bout de la logique gouvernementale, qui est dès lors (provisoirement) restée une logique partiellement incantatoire.

En effet, on n'a (provisoirement) rien changé, sur le plan des règles du droit positif applicables au statut du mariage, aux dispositions spécifiques qui consacraient le rapport étroit existant entre le mariage et la filiation (présomption de paternité, adoption, régimes matrimoniaux, divorce...).

Mais un choix politique radical était posé, et il consistait à soutenir que, désormais, le mariage serait amputé de tout lien quelconque avec la procréation et la socialisation des enfants d'un homme et d'une femme.

Or, a-t-on vraiment pris conscience de cette radicalité d'une telle rupture et a-t-on surtout cherché à en appréhender tous les enjeux ?

Ce qui pose en tout cas problème, dans la manière dont la réforme a été opérée en Belgique, ce fut assurément sa précipitation. On ne peut qu'avoir le sentiment d'une « fuite en avant » qui a consisté, sous la pression d'une urgence « politicienne », à affirmer de manière catégorique une orientation sociale nouvelle sans avoir pris le temps d'une quelconque réflexion approfondie.

Car peut-on vraiment considérer qu'il n'y a plus de lien ou qu'il ne devrait plus y avoir aucun lien entre l'institution sociale du mariage et la filiation, l'éducation et la socialisation des enfants des époux ?

Et peut-on vraiment dire qu'il n'y aurait aucun rapport quelconque entre la force du lien conjugal entre deux époux et la force du lien de filiation et de parentalité entre les deux conjoints-parents et leurs enfants ?

B. La signification de la filiation

50. Le paradoxe du choix politique effectué à propos de la signification du mariage apparaît encore plus clairement aujourd'hui lorsque, à l'encontre de ce qui avait expressément été affirmé et convenu lors du compromis relatif au mariage homosexuel, on invoque désormais la possibilité qui a été ouverte aux personnes de même sexe d'accéder au mariage pour justifier qu'elles devraient aussi pouvoir accéder à l'adoption.

Quatre propositions de loi émanant de parlementaires appartenant respectivement au parti libéral flamand, au parti socialiste flamand, au parti écolo francophone et au parti socialiste francophone, ont en effet été déposées, depuis la nouvelle législature consécutive aux élections fédérales de 2003, aux fins d'« autoriser » ou de « permettre » l'adoption d'un enfant par deux personnes de même sexe³².

Une de ces propositions est explicitement justifiée par la considération suivante :

« Dans la mesure où le mariage de personne de même sexe est désormais permis chez nous et qu'on a retenu l'institution du mariage, il n'est pas cohérent en droit de créer deux types de mariage. Il n'est pas logique de créer deux institutions qui n'ont pas les mêmes effets et la même portée tout en leur faisant porter le même nom »³³.

On entend bien le raisonnement qui est implicitement tenu : puisqu'on a admis que deux personnes de même sexe ont le droit de se marier et que le mariage consiste, notamment, à fonder une famille, on ne comprendrait pas qu'elles ne puissent pas aussi avoir le droit de fonder réellement une famille, c'est-à-dire de devenir ensemble, l'une et l'autre, les parents d'un enfant.

 $^{32 -} Doc.\ parl., Chambre, session\ 2003-2004, \ n^{\circ}\ 0666/001, \ n^{\circ}\ 0667/001, \ n^{\circ}\ 0980/001\ et\ n^{\circ}\ 1144/001.$

^{33 -} Proposition nº 1144/001.

Une autre proposition formule une considération comparable: « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du code civil a autorisé les personnes de même sexe à se marier, mettant ainsi fin à toute discrimination sur ce point entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Cette loi ne règle malheureusement que les relations entre époux et ne concernent pas les relations pouvant exister avec un enfant » (proposition n° 0980/001).

Même si, lorsqu'on s'était accordé, à l'époque, sur l'avènement du mariage homosexuel, on avait considéré que la relation homosexuelle n'est qu'une relation intime entre deux personnes qui ne peut pas avoir le moindre effet en matière de filiation, on invoque aujourd'hui, en quelque sorte, la signification traditionnelle du mariage pour justifier qu'après avoir accédé au « mariage homosexuel », les homosexuels devraient aussi pouvoir accéder à l'établissement d'un lien de filiation « homosexuelle » à l'égard d'un enfant, c'est-à-dire à l'établissement d'une double filiation maternelle ou d'une double filiation paternelle de cet enfant.

51. Tel est aujourd'hui l'enjeu, en Belgique, du nouveau débat qui vient d'être instauré sur l'adoption homosexuelle.

Il importe de bien voir en effet que la question pratique de l'exercice d'une autorité parentale par le partenaire homosexuel de la mère ou d'un père élevant seul son enfant pourrait parfaitement être résolu par l'octroi à ce partenaire d'un statut de « beau-parentalité » ou, selon la dénomination utilisée par d'autres propositions de loi antérieurement déposées devant le parlement belge, d'un statut de « parenté sociale »³⁴.

Par là même, le partenaire homosexuel de la mère ou du père d'un enfant, qui s'investirait au côté de la mère ou du père, dans la fonction d'éducation de cet enfant, se verrait symboliquement reconnaître une place de « parentalité » et disposerait de prérogatives juridiques lui permettant, à l'égard des tiers ou de l'enfant, d'exercer effectivement cette fonction d'éducation.

Mais la revendication d'une adoption d'un enfant par deux personnes de même sexe a une toute autre portée, puisque l'adoption est une institution juridique qui crée un lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses parents adoptants et qui confère dès lors à l'enfant son identité, son état civil et ses racines généalogiques.

Cette revendication est d'autant plus significative que les situations de fait où une telle éventuelle adoption serait réalisée s'avèrent, dans la très grande majorité, correspondre à la situation de couples de femmes lesbiennes, mariées ou non mariées, dont l'une a conçu un enfant par insémination ou fécondation *in vitro* et dont l'autre « adopterait » l'enfant.

Une telle « adoption », plutôt qu'un statut de beau-parentalité, signifierait donc, en droit, que l'enfant deviendrait l'enfant de deux mères, exactement semblables, et aurait donc une même double filiation maternelle.

³⁴ - Voy. les propositions de loi qui avaient déjà été déposées à la Chambre des représentants les 25 janvier 2001, 23 janvier 2002 et 7 août 2002 (Doc. parl., Chambre, session 2000-2001, n° 1666/001, session 2001-2002, n° 1604/001 et n° 2004/001) et, ensuite, sous la nouvelle législature, le 16 février 2004 (Doc. parl., Chambre, session 2003-2004, n° 0815/001).

52. C'est alors bien la signification de la filiation qui, après la signification du mariage, se trouverait fondamentalement transformée, puisqu'elle n'exprimerait plus, en termes juridiques, la réalité humaine fondamentale selon laquelle l'identité structurante de l'être humain en général et de chaque être humain en particulier procède de la rencontre du sexe masculin et du sexe féminin.

Au nom du droit à vivre, sur le plan de la conjugalité, une orientation sexuelle homosexuelle, on en vient à revendiquer, parce que cette conjugalité homosexuelle devrait être complètement assimilée à la conjugalité hétérosexuelle, qu'un enfant devrait pouvoir aussi être le « fruit » d'une union homosexuelle, c'est-à-dire être lui-même inscrit dans une double filiation qui ne ferait plus aucune référence à la différence des sexes.

Mais on confond alors la sexualité et le sexe, car, au nom de l'orientation sexuelle gay ou lesbien, on entend faire dire que les règles structurant la filiation d'un enfant devraient elles-mêmes dépendre de l'orientation sexuelle d'un de ses auteurs, biologique ou adoptif, et que l'identité d'un enfant pourrait désormais être modulée au gré de la vie sexuelle de ses « parents », en n'étant plus par essence l'enfant d'une femme et d'un homme, mais en pouvant aussi être l'enfant de deux femmes ou l'enfant de deux hommes, comme s'il était effectivement devenu le « fruit » de la rencontre du seul sexe féminin ou du seul sexe masculin.

53. Sans doute, la Belgique n'a-t-elle pas encore, à l'heure où ces lignes sont écrites, franchi le pas d'une telle métamorphose aussi radicale de la signification du lien de filiation³⁵, même s'il semble que la majorité politique actuelle y soit très nettement favorable.

Mais la manière dont les idées se sont enchaînées en quelques années, en passant du mariage homosexuel à l'adoption homosexuelle, montre bien qu'il était trompeur de faire croire qu'il n'y aurait désormais plus aucun lien entre le mariage et la famille ou entre la conjugalité et la filiation, et que le mariage se serait subitement réduit à n'être plus qu'une seule « relation intime entre deux personnes ».

C'est précisément la raison pour laquelle – et n'est-ce pas la principale leçon du droit comparé à retenir? – il reste essentiel de continuer à s'interroger sur la signification profonde du mariage.

^{35 -} Voy., à propos de ce débat, J.L. Renchon, Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?, *J.T.*, 2005, p. 125.

DEUXIEME PARTIE: LES NOUVELLES CONJUGALITES AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL

TITRE 1: LES DIFFICULTES RENCONTREES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

LES NOUVELLES FORMES DE CONJUGALITE : NOUVEAU « JOUET » POUR LA DOCTRINE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ?

Christophe Seraglini Professeur à l'Université de Paris XI Jean Monnet

Intervenir, dans le cadre de ce colloque, sur les problèmes suscités par les nouvelles formes de conjugalité en droit international privé ne peut que nourrir l'inquiétude, plus exactement des inquiétudes : à l'inquiétude naturelle engendrée par une intervention en public, s'ajoutent en effet l'inquiétude résultant de la matière objet de cette intervention dans un colloque généraliste, le droit international privé, qui jouit de la réputation de ne pas être toujours facile d'accès, et surtout l'inquiétude générée par la difficulté du sujet à traiter.

On sait qu'à côté du mariage traditionnel et, faut-il désormais préciser, hétérosexuel, et de l'union libre, union de fait non reconnue en tant que telle par le droit, d'autres formes de vie de couple ont été récemment appréhendées, et plus ou moins encadrées, par le droit : diverses formes de cohabitations légales organisées entre personnes du même sexe ou de sexe différent, voire véritables mariages homosexuels. Si les législations internes, et notamment la législation française, tâtonnent encore assez souvent dans la réglementation de ces nouveaux rapports de couple, le droit international privé connaît des difficultés probablement plus grandes encore.

Le droit international privé a longtemps été préoccupé par le traitement de certaines formes particulières de mariage, qui nous semblaient quelque peu atypiques, comme le mariage polygamique. Toutefois, ce dernier ne posait tant de problèmes que les nouvelles formes de conjugalité. Certes, c'est un mariage qui trouble quelque peu nos mœurs occidentales et qui, pour cette raison, est susceptible de provoquer la réaction de l'ordre public international français et dont le juge français peut vouloir limiter la reconnaissance et les effets sur le territoire français. Néanmoins, on y retrouve le noyau dur de notre conception du mariage et il reste, pour cette raison, un mariage ... ou des « mariages » ! A part cela, le mariage ne pose plus guère de difficultés sérieuses, au moins d'ordre méthodologique, en droit international privé... en tout cas, n'en posait plus. Depuis la reconnaissance du mariage homosexuel dans certains pays, et notamment aux Pays-Bas par la

loi du 21 décembre 2000, d'épineuses questions de droit international privé pourraient à nouveau se poser. Certains estiment que le législateur néerlandais a ainsi rompu la communauté juridique existant entre les Etats¹. A suivre cette opinion, le droit international privé pourrait avoir les pires difficultés à appréhender cette nouvelle forme d'union, pour le moment très atypique, qui ne pourrait logiquement entrer dans aucune catégorie connue des règles de conflit du for. Ceci étant, il est aussi permis de penser, lorsque l'on voit avec quelle rapidité d'autres pays ont suivi l'exemple², que la rupture dénoncée et l'isolement des Pays-Bas sur ce point ne seront que momentanés.

A l'opposé, la vie en concubinage, n'étant pas spécialement appréhendée par le droit français interne, a été de la même manière négligée par le droit international privé. La jurisprudence a ainsi refusé de créer une catégorie pour cette figure informelle de vie en couple et décidé de soumettre les questions qu'elle pouvait poser à un ensemble de règles de conflit disparates, variant selon la nature de la question particulière posée : de responsabilité civile, de contrat, etc. Comme l'exposent parfaitement MM. Mayer et Heuzé, « les divers rapports juridiques qui se nouent entre les concubins sont considérés comme autant de rapports distincts, soumis chacun à la loi qui résulte de sa nature, abstraction faite de leur intégration dans une relation durable »³.

Les nouvelles formes de conjugalité que le droit a décidé d'appréhender et d'organiser, et que l'on rangera sous le vocable commode de « partenariat », posent des problèmes de droit international privé beaucoup plus complexes. L'exportation d'un partenariat risque en effet d'être délicate. Quelques exemples, non exhaustifs, suffiront à le démontrer. Ainsi, on pourra être amené à s'interroger sur la valeur en France d'un partenariat scandinave, ou d'un mariage homosexuel hollandais, conclu entre deux personnes venant s'installer en France. Qu'en seratil notamment si l'une de ces personnes est française ? Peut-on, et selon quelles modalités, rompre une telle union en France si l'un des partenaires ne supporte plus cette vie en couple ? Sans faire de lien avec l'hypothèse précédente, si l'un des partenaires ayant son dernier domicile en France vient à décéder, l'autre peut-il venir à sa succession, et avec quel statut ? Toutes ces situations internationales posent une question préalable : quelle sera la loi applicable à ces diverses questions ?

Certes, sur un plan pratique, ce sont plutôt des problèmes en devenir car, pour le moment, les partenaires coulent en principe, compte tenu du caractère récent des législations organisant ce type d'unions, des jours heureux, ou au moins paisibles. Les juges ne connaissent pas encore de ces problèmes, et on enregistre en toute quiétude en France

¹⁻H. Fulchiron, La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas, JCP 2001, Act. p. 1033; Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000), D. 2001, p. 1628.

^{2 -} Notamment la Belgique et l'Espagne.

^{3 -} P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 8e éd., 2004, n° 547, p. 397.

des Pacs sans se soucier des questions de droit international privé qu'ils sont susceptibles de soulever. Toutefois, les notaires sont déjà saisis de questions épineuses au sujet de partenariats⁴... et qu'en sera-t-il demain? Outre le fait qu'il y aura des partenariats éphémères comme il y a des mariages éphémères, si bien que les premières difficultés pourraient survenir rapidement, les problèmes viendront un jour ou l'autre et seront nécessairement de plus en plus courants à l'avenir.

Plusieurs raisons peuvent faire craindre une augmentation rapide des problèmes de droit international privé liés aux nouvelles formes de conjugalité :

-en premier lieu, les législations de droit interne sur le sujet se sont multipliées. Les pays scandinaves ont très largement été les précurseurs. La loi danoise du 7 juin 1989 sur le certificat de concubinage homosexuel a ouvert le bal, suivie notamment de la loi norvégienne du 30 avril 1993 sur la déclaration de partenariat enregistré homosexuel, de la loi suédoise du 23 juin 1994 sur le partenariat enregistré, ou encore de la loi islandaise du 12 juin 1996 sur la cohabitation confirmée. D'autres pays ont voulu participer à cette évolution du droit par les mœurs : loi hollandaise du 5 juillet 1997 sur le partenariat enregistré, loi belge du 23 novembre 1998 sur la cohabitation légale, loi allemande du 16 février 2001 sur le partenariat de vie enregistré, etc. Une effervescence, voire une certaine fièvre, législative s'est ainsi manifestée, même si elle paraît pour le moment essentiellement sévir en Europe ;

- en second lieu, on constate, pour le moment au moins, une absence de fonds juridique commun minimum entre les Etats sur ces nouvelles formes d'unions. Beaucoup de droits les ignorent ou les rejettent encore. Parmi les législations qui ont décidé de les reconnaître juridiquement et, du coup, de leur fournir un régime juridique, on constate une grande disparité de contenu : certaines restent relativement timorées, d'autres sont particulièrement audacieuses, en créant par exemple un mariage homosexuel ou au moins un partenariat homosexuel très proche du mariage dans ses conséquences juridiques. Certes, les différentes législations veulent généralement appréhender la même situation générale, soit régler des rapports juridiques entre deux personnes qui ne peuvent ou ne veulent pas se marier mais qui souhaitent donner à leurs relations certains effets. Cependant, elles le font de façon très diverse, tant par rapport à leurs destinataires - certains législateurs ouvrant leur partenariat à tous, hétérosexuels comme homosexuels, d'autres le réservant aux seuls couples homosexuels -, qu'en ce qui concerne leur contenu - certains partenariats ayant des effets juridiques

^{4 -} V. M. Revillard, Les unions hors mariage, Regards sur la pratique de droit international privé, *in* Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 579.

relativement limités⁵, d'autres établissant un statut très proche de celui des époux⁶. Cette absence de communauté juridique entre Etats est fort gênante pour le droit international privé. En effet, un fonds juridique commun est probablement le socle dont le droit international privé a besoin pour se mouvoir sans trop de difficultés. Dans l'optique de Savigny, père de la méthode conflictuelle bilatérale aujourd'hui dominante en droit international privé, la communauté de droit entre les Etats est un présupposé nécessaire au bon fonctionnement de cette méthode⁷. Aussi, en l'absence d'un tel fonds commun, la méthode bilatérale ne peut que connaître des difficultés dans sa mise en œuvre ;

- en troisième lieu, ces lois, fort diverses, sont par ailleurs souvent très militantes. En effet, la plupart des pays qui ont élaboré une nouvelle forme légale de vie de couple n'en ont pas réservé le bénéfice à leurs nationaux. Comme l'on est jamais aussi bien servi que par soi-même, prenons l'exemple du Pacs français : le législateur n'a posé aucune règle de conflit de lois, mais ne l'a pas davantage réservé à ses nationaux ; il suffit d'avoir une résidence commune en France pour pouvoir conclure un Pacs. Aussi, Mme Chanteloup a pu écrire que « le législateur a explicitement souhaité que le bénéfice du Pacs soit ouvert aux ressortissants étrangers »8. Le dédain à l'égard des conceptions étrangères sur la vie de couple et le désintérêt quant aux difficultés que cela peut susciter en droit international privé sont manifestes. En inversant la célèbre formule de Bonaparte selon laquelle « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux », on peut dire que les concubins peuvent décider de ne plus se passer de la loi et se soumettre à celle élaborée spécialement pour eux par un législateur qui leur porte désormais un intérêt; toutefois, il reste que ce législateur se désintéresse toujours des « concubins internationaux ». Pourtant, comme le relève Mme Chanteloup, « il faut s'attendre à ce qu'une telle invitation législative soit relevée par nombre d'étrangers privés de dispositions de ce genre dans leur pays d'origine ». Aussi, si le législateur français a décidé d'ignorer le droit international privé, celui-ci risque de le rappeler à son bon souvenir; aussi, certains préféreront peut-être plutôt parler d'inconscience législative.

A la décharge du législateur français, on peut souligner que la plupart des législations étrangères relatives aux nouvelles formes d'union ne sont pas en reste. Beaucoup négligent les éventuels problèmes liés à l'internationalité des situations ; certaines ne posent aucune condition de nationalité à la conclusion de leur partenariat ; d'autres exigent

^{5 -} Comme dans la cohabitation légale belge ou le Pacs français.

^{6 -} Comme dans les partenariats scandinaves. Sur ce point, v. H. U. Jessurun d'Oliveira, Le partenariat enregistré et le droit international privé, Trav. Comité fr. DIP 2000-2002, Pedone, p. 81.

^{7 -} Sur ce point, v. P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, op. cit., nº 69, p. 52.

^{8 -} H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, Gaz. Pal. 2000, doctr., p. 4.

seulement que l'une des parties ait sa nationalité; la plupart posent à tout le moins une condition de résidence habituelle sur le territoire, mais parfois de l'un des partenaires seulement⁹. Les législations qui ont abordé la question du droit international privé, se montrent peu respectueuses des points de vue étrangers différents du leur. A titre d'exemple, la loi belge de droit international privé du 16 juillet 2004 prévoit que la loi nationale de chacun des époux au moment du mariage, en principe compétente pour en régir les conditions de validité, est écartée si elle prohibe le mariage entre deux personnes du même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat, ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat, dont le droit permet un tel mariage (article 46). Autrement dit, la loi étrangère qui interdit le mariage homosexuel est, dans certaines conditions liées à la proximité de l'un des époux avec un pays autorisant un tel mariage, contraire à l'ordre public international belge¹⁰! Le militantisme atteint probablement ici un certain sommet. Dans ces conditions, une autre difficulté apparaît dans la mise en œuvre de la méthode conflictuelle. Celle-ci repose en effet sur un présupposé de neutralité et d'absence de nationalisme des règles de conflit de lois, le juge ne cherchant à privilégier, ni un résultat, ni l'application de la loi du for et, partant, d'un principe de nécessaire respect du point de vue étranger. Or, souvent, les législations relatives aux nouvelles formes d'union manifestent au contraire un désintérêt évident pour les points de vue étrangers et une forte volonté de s'appliquer à des situations présentant des éléments d'extranéité et impliquant, peut-être de façon plus sérieuse, d'autres Etats. L'élaboration de la règle de conflit de lois appropriée en la matière ne peut que s'en trouver troublée. Il est notamment probable, qu'à l'heure actuelle, l'adoption de règles de conflit non neutres est tentante;

-enfin, car tout cela pourrait dans le cas contraire encore relever du débat théorique, ces législations ont un grand succès auprès des individus... qui ont la fâcheuse habitude de bouger. Aucun problème de droit international privé, autre que théorique, ne se pose tant que chacun reste chez soi... mais l'homme est ainsi fait qu'il aime les voyages! Aussi, de plus en plus, on doit considérer que les relations personnelles entre individus présentant des éléments d'extranéité, autrement dit des points de contact avec plusieurs ordres juridiques, ne sont plus des curiosités, des incidents de parcours, mais une réalité qui doit être prise en compte et que le législateur ferait bien d'intégrer lorsqu'il décide d'élaborer une loi, au moins sur un sujet aussi sensible et peu consensuel en droit comparé que celui des nouvelles formes de conjugalité. Il serait en effet intolérable que le statut personnel d'une personne soit totalement bouleversé sous prétexte

⁹⁻Sur le relâchement des critères de proximité des partenaires avec le territoire pour la conclusion d'un partenariat, v. H. U. Jessurun d'Oliveira, Le partenariat enregistré et le droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 87.

^{10 -} Pour le texte de cette loi, v. Rev. crit. DIP 2005, p. 154, et le commentaire de J. Y. Carlier, p. 1.

qu'elle traverse une frontière. Pourtant, le législateur ne semble guère s'en être préoccupé jusqu'alors, au moins en France¹¹.

Autant d'éléments propices aux développements de situations internationales qui poseront d'épineuses questions que le droit international privé devra résoudre, de façon aussi satisfaisante que possible.

L'auditoire l'aura compris, cette intervention risque de troubler quelque peu la paix de ces « nouveaux ménages » et de convaincre ceux qui ne le seraient pas encore que le droit international privé est une matière bien absconse. Compte tenu de la difficulté et de l'heure déjà avancée, je procéderai à une délimitation drastique et arbitraire du sujet : je n'étudierai que les partenariats, ou « nouvelles formes d'unions légales », à l'exclusion des concubinages « hors la loi », c'est-à-dire des unions dites libres en ce qu'elles constituent des situations de pur fait¹², et du mariage homosexuel; je n'aborderai que les problèmes relatifs au conflit de lois, c'est-à-dire la question de la loi applicable à des telles relations, à l'exclusion des questions, tout aussi difficiles, de conflit de juridictions, relatives notamment à la détermination de la compétence des juridictions françaises pour connaître des actions relatives à ce type d'unions, par exemple de leur dissolution; au sein du conflit de lois, j'exclurai enfin certains problèmes, comme ceux relatifs à la filiation qui sont particulièrement délicats en la matière¹³.

Même ainsi drastiquement délimité, le sujet n'en reste pas moins riche et complexe. Compte tenu des différents facteurs précédemment rappelés, les nouvelles formes de conjugalité se laissent difficilement appréhender par le droit international privé, et notamment par la méthode conflictuelle classique. Celle-ci, autrement appelée méthode bilatérale, sert, dans des situations présentant un caractère international, à désigner la loi applicable à une question juridique donnée, généralement posée à un juge. Elle implique de qualifier la question de droit posée, afin de la ranger dans une catégorie, puis de lui appliquer le critère de rattachement affecté à cette catégorie et qui est censé être le plus opportun, en ce qu'il permet de désigner la loi qui convient le mieux à la question posée. Autrement dit, la règle de conflit sert à désigner l'ordre juridique le plus pertinent pour résoudre les questions de droit du type de celle posée au juge, cette « pertinence » s'appréciant au regard de la nature de la question posée. Ainsi, une qualification suivie du choix d'un critère de rattachement, tels sont les préceptes de la méthode conflictuelle. Toutefois, les présupposés sur lesquels cette dernière repose paraissent largement fragilisés avec les partenariats¹⁴,

^{11 -} Lorsqu'il l'a fait à l'étranger, son attitude a plutôt été particulariste et nationaliste.

^{12 -} Sur la qualification et la loi applicable à celles-ci, voir notamment H. Fulchiron, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, op. cit.

^{13 -} Sur ces problèmes, v. A. Devers, Le concubinage en droit international privé, LGDJ, 2004, n° 633 et s., p. 379. 14 - V. *supra*., n° 3.

si bien que l'on pourrait se demander si, en l'absence de communauté juridique entre Etats, elle peut être utilement mise en œuvre à leur propos. Cependant, la plupart des auteurs continuent de raisonner de façon classique, en recherchant des solutions à partir de la méthode bilatérale traditionnelle et de la distinction « qualification – rattachement ». Toutefois, sur ces deux derniers points, la confusion règne. L'exposé de cette confusion (section I), précédera une humble tentative d'éclaircissement sous forme de proposition, qui ne fera peut-être qu'ajouter à la confusion (section II).

Section I - Agitations et confusion de la doctrine de droit international privé face aux partenariats

Il y a bien longtemps qu'une question n'avait provoqué autant de réflexions et de débats en droit international privé. Le sujet « agite » beaucoup la doctrine internationaliste. Celle-ci s'est d'abord interrogée sur le Pacs français, mais a rapidement perçu les limites d'une telle approche franco-française. Elle a donc élargi le débat à toutes les nouvelles formes d'unions en droit international privé, afin d'appréhender les institutions analogues existant à l'étranger. Mais le sujet s'en est trouvé passablement compliqué. La multiplicité des opinions en rend l'exposé difficile et contraint, dans le cadre de cette intervention, à être quelque peu réducteur. Schématiquement, les divergences de point de vue se rencontrent tant en ce qui concerne la qualification de ces nouvelles formes de conjugalité en droit international privé (A), que sur le critère de rattachement qu'il convient de leur affecter (B).

A. Les incertitudes de la qualification

Certains auteurs se sont uniquement interrogés sur la qualification du Pacs français en droit international privé. Or, une telle démarche ne constitue qu'une approche très partielle du problème. En effet, elle ne permet pas de résoudre la question, probablement plus essentielle encore, de la qualification des partenariats étrangers, afin de les faire entrer dans les catégories, existantes ou nouvelles, du droit international privé français et de désigner la loi qui leur serait le plus opportunément applicable. On pourrait certes choisir de raisonner à partir du seul Pacs, pour voir s'il doit constituer une nouvelle catégorie en droit international privé ou s'il peut être rangé dans une catégorie existante, puis d'examiner les institutions étrangères analogues, afin de décider si elles doivent entrer dans cette éventuelle nouvelle catégorie « Pacs » ou dans une catégorie préexistante, telle la catégorie « mariage ». Cependant, compte tenu de la très grande diversité des régimes des partenariats en droit comparé et des incertitudes sur la nature même du Pacs en droit français, cette approche paraît difficile et inappropriée. Il semble préférable d'adopter dès le départ une démarche « internationaliste », embrassant les différentes institutions étrangères déjà existantes, afin de réfléchir à la qualification des partenariats en droit international privé et à l'élaboration éventuelle d'une ou plusieurs nouvelles catégories.

Ceci étant précisé, dans la logique de la méthode savignienne, la qualification doit en principe s'opérer selon les conceptions juridiques du for. Un premier problème vient cependant du fait qu'en droit français interne, de nombreuses interrogations subsistent sur la nature exacte du Pacs : contrat spécial, nouvelle forme d'alliance, ou institution revêtant une nature hybride ? Or, il est logiquement d'autant plus difficile pour le droit international privé d'appréhender une institution étrangère lorsque le droit interne n'est pas fixé sur la qualification de ses propres institutions ; contrairement au mariage, il manque en quelque sorte la « référence » à partir de laquelle la qualification de droit international privé peut relativement aisément s'opérer. La difficulté est accentuée par le fait que ces institutions étrangères sont, selon les cas, plus ou moins équivalentes à la nôtre. Aussi, même si la nature du Pacs était mieux cernée, il n'est pas certain que l'on puisse faire entrer sans difficulté tous les partenariats étrangers et le Pacs dans une seule et même catégorie.

Cela dit, deux oppositions principales sur la qualification se rencontrent en doctrine : celle entre la qualification « contrat » et la qualification « statut personnel » (1) et, au sein des partisans de la qualification « statut personnel », celle entre la qualification « mariage » et la création d'une catégorie nouvelle et autonome (2).

1. Contrat ou statut personnel?

La qualification contractuelle est essentiellement défendue par Mme Revillard¹⁵, qui raisonne, il est vrai, sur le seul Pacs. L'auteur s'appuie sur le libellé des dispositions de la loi française : l'article 515-1 du code civil disposant que « le pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune », elle en déduit que les termes mêmes de la loi imposent la qualification « contractuelle » et excluent la qualification « statut personnel »¹⁶. Selon elle, la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999¹⁷ conforte cette solution, puisque le Conseil y a énoncé : « Le Pacte civil de solidarité est un contrat étranger au mariage (...). Les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi ; qu'en particulier

^{15 -} M. Revillard, Le pacte civil de solidarité en droit international privé, Defrénois, 2000, art. 37124.

^{16 -} M. Revillard, Le pacte civil de solidarité en droit international privé, op. cit., spéc. n° 13.

^{17 -} CC, décis. n° 99-149, 9 nov. 1999, J.O. 16 nov. 1999.

les articles 1109 et suivants du code civil, relatifs au consentement, sont applicables au Pacte civil de solidarité ».

La proposition a le mérite de la simplicité : c'est comme cela parce que la loi le dit. Elle se heurte pourtant à de sérieuses objections. En premier lieu, on peut ne pas être convaincu par une telle déférence à l'égard du libellé de l'article 515-1 du code civil. Au demeurant, cet article contient un autre membre de phrase, visant « l'organisation d'une vie commune », ce qui semble bien étranger au droit des obligations tel qu'on l'enseigne à la faculté. Par ailleurs, d'autres dispositions de la loi relative au Pacs, et notamment la reprise des empêchements à mariage, l'éloignent du contrat pour le rapprocher d'une institution de nature personnelle et familiale. La place de cette loi au sein du code civil tire un peu plus le Pacs vers une institution de nature personnelle. Enfin, le Conseil constitutionnel a accentué cette orientation « familiale »¹⁸ car, s'il a effectivement évoqué le contrat, il a toutefois ajouté que « l'objet des article 515-1 à 515-7 du code civil est la création d'un contrat spécifique conclu par deux personnes physiques majeures en vue d'organiser leur vie commune », et défini cette « vie commune » comme « ne couvr[ant] pas seulement une communauté d'intérêts » et supposant, « outre une résidence commune, une vie de couple ».

En second lieu, la qualification contractuelle est encore moins convaincante pour nombre d'institutions étrangères. Dans certains pays, le législateur a été moins timoré qu'en France, a appelé « un chat un chat » et mis en place un partenariat instituant un statut très éloigné du contrat.

En troisième lieu, les conséquences pratiques d'une telle proposition inquiètent. En effet, en matière contractuelle, le principe est celui de la loi d'autonomie, les parties pouvant choisir la loi applicable à leurs relations. Mme Revillard le rappelle elle-même en évoquant une « conséquence inéluctable » de la qualification qu'elle retient, soit le fait que le Pacs relève de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹9. Les conséquences fâcheuses d'un telle solution ont été parfaitement exposées par Mme Chanteloup²0. Pour les résumer, on peut dire qu'en cas de choix de loi par les parties, la solution conduit à un libéralisme excessif. Comme le relève Mme Chanteloup, deux ressortissants d'un Etat dont la loi interdit toute union non maritale, homosexuelle ou hétérosexuelle, pourraient créer artificiellement un élément d'extranéité et, sur le fondement de l'article 3 de la Convention de Rome, élire un droit qui permet de contourner

 $^{18 -} V. \ sur \ la \ décision \ du \ 9 \ novembre \ 1999, N. \ Molfessis, La \ réécriture \ de \ la \ loi \ relative \ au \ PACS \ par \ le \ Conseil \ constitutionnel, JCP \ N \ 2000, \ n° \ 6, p. 270.$

^{19 -} M. Revillard, Le pacte civil de solidarité en droit international privé, op. cit., spéc. nº 14.

²⁰ - H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, op. cit., spéc. p. 6 et 7.

l'interdiction en ne posant aucune condition relative à la nationalité. Bien entendu, il est probable que cette manœuvre, et donc le « contrat », ne seront pas reconnus partout, et surtout pas dans le pays dont les partenaires sont ressortissants. Mais ce « contrat » pourrait l'être ailleurs, et notamment dans le pays dont la loi a été choisie et qui ouvre son partenariat à des non-nationaux. La solution semble donc favoriser à l'excès le développement de situations boiteuses. De plus, les parties pourraient dépecer leur partenariat en choisissant différentes lois pour en régir différents aspects. En l'absence de choix de loi par les partenaires, la qualification proposée inquiète au moins tout autant. En effet, le critère retenu en ce cas par la Convention de Rome (art. 4) conduit à l'imprévisibilité la plus totale quant à la loi applicable au partenariat. A défaut de choix, la Convention pose une présomption en faveur d'un rattachement à loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Cependant, elle ne peut ici être utilisée, dans la mesure où l'on serait bien en peine de déterminer une prestation caractéristique dans un partenariat, ainsi que son débiteur, sauf à en voir deux débiteurs! Aussi, un retour au critère plus général des « liens les plus étroits » prévu par la Convention, que l'on le sait source d'imprévisibilité, paraît inévitable. Or, l'imprévisibilité des dispositions applicables aux relations entre partenaires et des ceux-ci à l'égard des tiers paraît difficilement tolérable. Il faut ici rappeler qu'en droit international privé, qualification et rattachement sont deux opérations intimement liées, au sens où les raisons ayant motivé, dans l'élaboration d'une règle de conflit de lois. l'attribution d'un critère de rattachement à une catégorie, qui ont trait au caractère approprié de ce critère de rattachement pour la catégorie en question, doivent également permettre de délimiter l'étendue de la catégorie visée par la règle de conflit. Autrement dit, les contours d'une catégorie se définissent également en fonction du rattachement qui lui est affecté: on doit vérifier qu'une institution, que l'on songe à faire entrer dans telle catégorie, serait ainsi soumise au rattachement qui lui conviendrait²¹. Or, si le rattachement de la catégorie « contrat » semble si inopportun pour les partenariats, c'est que la qualification contractuelle pour un partenariat, et même pour le Pacs français, ne convient pas. Dans ces conditions, une telle qualification apparaît finalement pouvoir être rejetée sans peine.

Il faut d'ailleurs reconnaître que la plupart des auteurs sont plutôt favorables à une qualification « statut personnel » des partenariats. Cela est déjà vrai sur le plan des droits internes, dans la mesure où, en droit comparé, nombre des partenariats enregistrés existant ont des effets importants sur les relations de famille. Même dans le cas du Pacs, beaucoup d'auteurs ont logiquement souligné divers éléments qui le

^{21 -} En ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, op. cit., nº 162, p. 122.

rapprochent d'une institution du statut personnel : la place de ces dispositions dans le code civil, dans le livre consacré aux personnes, leur contenu, et en particulier des dispositions relatives à l'identité sexuelle, aux causes d'empêchement à la conclusion d'un Pacs, ainsi que leur objet, qui est d'organiser la vie commune.

Cette qualification paraît également convaincante s'agissant du droit international privé. Elle paraît notamment raisonnable au regard des buts poursuivis par le droit international privé et de ses conséquences pratiques. Mais cela n'épuise pas le débat.

2. Au sein de la catégorie « statut personnel », « mariage » ou « catégorie nouvelle » ?

Mme Chanteloup, qui s'interroge sur la qualification du seul Pacs français, le classe dans la catégorie « mariage » du droit international privé²². L'auteur concède que le Pacs n'est pas un mariage, mais rappelle qu'en droit international privé, il convient de ranger une institution dans la catégorie dont elle est la plus proche et soutient que, dans le cas du Pacs, il s'agit de la catégorie « mariage ». Elle ajoute qu'il pourra être néanmoins nécessaire d'adapter certains des critères de rattachement retenus en matière de mariage aux spécificités du Pacs.

On peut trouver quelques mérites à ce point de vue. Tout d'abord, il compose avec la réticence à créer de nouvelles catégories manifestée antérieurement par la jurisprudence, particulièrement à propos du concubinage²³. De plus, il est indéniable que l'ancien et le connu rassurent toujours! Ensuite, il est vrai que « l'élargissement » des catégories de droit interne pour les besoins de la qualification en droit international privé est une démarche connue. Ainsi, on admet dans la catégorie « mariage » du droit international privé des « mariages étrangers » qui ne comportent pas exactement les mêmes conséquences juridiques que celles que le droit français attache au mariage²⁴.

Cependant, la proposition suscite également quelques réserves. Tout d'abord, le propos de Mme Chanteloup est limité au Pacs français et ne fournit donc pas directement de solution pour les partenariats étrangers. Or, peut-on tous les ranger dans la même catégorie, qui serait donc celle du « mariage », alors que certains sont très éloignés du Pacs français et encore plus du mariage ? Comme le souligne M. Fulchiron, l'institution que l'on veut faire entrer dans cette catégorie n'est généralement un mariage, ni selon les conceptions de l'Etat où l'union est née et dont la loi a créé le partenariat en question, ni selon les conceptions

^{22 -} H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, op. cit, spéc. p. 7 à 9.

^{23 -} Sur cette réticence, v. supra., nº 2.

^{24 -} Par exemple, le mariage polygamique, a priori difficilement conciliable avec l'obligation de fidélité.

de l'Etat d'accueil de ce partenariat. Aussi, cet auteur estime qu'il ne serait pas raisonnable de « vouloir faire entrer dans la catégorie mariage des institutions créées précisément pour éviter d'ouvrir le mariage aux concubins homosexuels, ou choisis par des concubins qui refusent le mariage »25. Ensuite, la réticence de la jurisprudence à créer des catégories nouvelles, jusqu'à présent réelle pour le concubinage qui reste toutefois un mode informel et factuel de la vie en couple, pourra-t-elle être maintenue face à la multiplication des partenariats légaux en droit comparé? Par ailleurs, Mme Chanteloup admet que les rattachements traditionnels de la catégorie « mariage » devront au besoin être adaptés aux exigences particulières du Pacs. Or, adapter ainsi les règles de conflit applicables au mariage pour les besoins du Pacs, revient finalement à formuler des règles de conflit inspirées, mais différentes, de celles applicables au mariage. Aussi, on peut se demander si Mme Chanteloup ne traite pas en réalité le Pacs comme une catégorie autonome, tout en éludant la question de la création d'une catégorie autonome. Enfin, nous le verrons, les rattachements proposés par l'auteur, effectivement fortement inspirés de ceux retenus à propos du mariage, ne sont pas totalement satisfaisants26.

Certains auteurs adoptent, il est vrai, une position intermédiaire, distinguant les partenariats qui doivent recevoir une qualification « mariage » en droit international privé et ceux dont la pauvreté des dispositions ne permet pas un tel rapprochement²⁷. Selon cette logique, M. Khairallah estime que certains partenariats constituent de nouvelles formes de mariage, dans la mesure où ils réalisent une assimilation quasi-complète au mariage dans leurs conditions de formation, leurs effets et leur dissolution ; dès lors, ils entrent dans la catégorie « mariage » du droit international privé²⁸. D'autres partenariats, dont le Pacs français, ont au contraire des formes plus hybrides : ils empruntent certains élé-

^{25 -} H. Fulchiron, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 901. La démarche ne serait peut-être pas raisonnable, mais pas totalement inconcevable. Il faut en effet distinguer la volonté des parties de ne pas vouloir des dispositions de droit interne sur le mariage, ou celle du législateur d'éviter toute assimilation déclarée du partenariat au mariage en droit interne, et la volonté, beaucoup plus hypothétique, de rejeter la qualification « mariage » en droit international privé. La conscience qu'ont les parties et les législateurs des enjeux d'une qualification « mariage » se limite généralement au cadre interne et aux dispositions matérielles applicables dans ce cadre, et ne va pas jusqu'à l'incidence d'une telle qualification en droit international privé quant à la désignation de l'ordre juridique dont la loi sera applicable. Dès lors que cette qualification serait opérée pour les seuls besoins du rattachement et limitée à la seule désignation de l'ordre juridique compétent, sans impliquer l'application, dans la loi désignée, des dispositions sur le mariage, et autoriserait l'application des dispositions de cette loi sur les partenariats, la contradiction dénoncée par M. Fulchiron serait moins évidente. Cela dit, il reste troublant pour l'esprit de qualifier un partenariat de mariage, pour ensuite lui appliquer d'autres dispositions que celles du mariage dans le droit désigné.

^{26 -} V. infra., nº 18 et s.

^{27 -} G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), Rev. crit. DIP 2000, p. 317, spéc. n° 7 et s., p. 321.

^{28 -} Ainsi, les partenariats danois, norvégien, suédois, islandais, néerlandais, ou de certains États américains comme la Californie, Hawaï ou le Vermont.

ments au mariage, comme le devoir de secours ou d'aide mutuelle, l'interdiction de l'inceste ou de la polygamie, mais s'en éloignent largement sur d'autres aspects. Pour M. Khairallah, ces partenariats sont des institutions du statut personnel originales, qui devront suivre les rattachements du statut personnel. En envisageant une catégorie différente de la catégorie « mariage » pour certains partenariats, l'auteur invite ainsi à la création d'une catégorie nouvelle, dont il précise toutefois très peu les contours.

D'autres auteurs sont beaucoup plus précis lorsqu'il s'agit de dégager une catégorie autonome pour les partenariats dans la catégorie plus générale « statut personnel ».

Certains auteurs préfèrent en effet rejeter en bloc la qualification « mariage » et prôner la création d'une ou plusieurs nouvelles catégories, au sein de la catégorie « statut personnel ». Ainsi, MM. Devers et Fulchiron²⁹ considèrent que le concubinage, qu'il soit formel ou informel, doit être rangé dans une catégorie du statut personnel autonome, dès lors qu'il a trait à des rapports de nature personnelle entre deux individus et à l'organisation de leur vie commune.

M. Devers distingue deux sous-groupes au sein des concubinages : la « cohabitation hors mariage », qui vise une situation qui ne se formalise par aucun acte et dont les règles s'appliquent seulement parce que les concubins vivent ensemble pendant un certain temps, et le « partenariat enregistré », qui est formalisé par un acte, le plus souvent un enregistrement, catégorie retenue dès que les concubins doivent manifester leur volonté pour se trouver soumis à un statut juridique déterminé. M. Fulchiron adopte une distinction analogue. L'auteur distingue les « unions libres », se développant en dehors de tout cadre légal préétabli, et les « unions légales » ou partenariats, pour lesquels le législateur offre un cadre légal. Toutefois, l'auteur « raffine »30 : il y a des « partenariatscadres » et des « partenariats-statuts » ; les premiers sont des formes d'organisation souples et incomplètes du concubinage, où une grande liberté est laissée aux intéressés pour l'organisation concrète de leurs relations³¹; les seconds sont des formes d'organisation relativement complètes, où la liberté des individus est souvent moindre³². Toutefois, une question vient inéluctablement à l'esprit : où tracer la frontière entre ces deux sous-catégories ? A suivre l'auteur, le choix devrait être effectué selon le degré d'organisation contraignante du partenariat en cause. Cependant, les situations tangentes risquent d'être nombreuses

^{29 -} H. Fulchiron, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, *op. cit*; A. Devers, Le concubinage en droit international privé, *op. cit*.

^{30 -} H. Fulchiron, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 895 et s. 31 - Par exemple, le Pacs.

³² - Par exemple, le partenariat danois. On retrouve un peu ici les situations rangées dans la catégorie « mariage » par M. Khairallah.

et le choix parfois délicat. Heureusement, M. Fulchiron ne tire en réalité que peu de conséquence concrète de sa distinction en droit international privé : ces deux sous-catégories sont des catégories autonomes dans la catégorie générale « statut personnel » et seront essentiellement soumises aux mêmes rattachements.

A titre de conclusion sur la qualification, on peut en tout cas constater qu'un grand désaccord et une certaine confusion, au moins apparente, règnent en doctrine. Ainsi, un Pacs est, pour les besoins du droit international privé, un contrat pour Mme Revillard, un « mariage » pour Mme Chanteloup, un « partenariat » tant pour M. Khairallah que pour MM. Fulchiron et Devers. Un partenariat scandinave, quant à lui, pourrait être qualifié en droit international privé de « contrat » si on étend la solution proposée par Mme Revillard aux institutions étrangères, de « mariage » par M. Khairallah, de « partenariat enregistré » par M. Devers, ou encore de « partenariat-statut » par M. Fulchiron. Face aux incertitudes entourant encore la nature exacte des partenariats et à la grande diversité de contenu de ces institutions selon les législations, il apparaît bien difficile de les classer dans les catégories du for.

La confusion monte ... et les choses risquent d'empirer, puisque ces divergences quant à la qualification ont logiquement des conséquences sur le choix du critère de rattachement.

B. Les incertitudes quant aux rattachements

Sur la question du ou des rattachements appropriés pour désigner la loi applicable à un partenariat, on peut relever des rapprochements et des divergences en doctrine. Au titre des rapprochements, on peut évoquer la solution applicable aux conditions de validité en la forme. En effet, quelle que soit la qualification qu'ils retiennent, les auteurs sont tous favorables à un rattachement impératif à la loi du lieu de conclusion, dans la mesure où le partenariat suppose généralement un enregistrement par une autorité publique qui agira selon sa propre loi. Toutefois, il faut bien avouer qu'il y a, sur la question du rattachement, davantage de divergences que de points d'accord. On ne peut s'en étonner, puisque le critère de rattachement varie logiquement selon la catégorie envisagée. Dès lors, à chaque proposition de qualification des partenariats, correspond généralement une proposition de rattachement. Et même, certains auteurs qui se rejoignent sur la qualification du partenariat, ne se rejoignent pas pour autant sur les critères de rattachement qu'il convient d'affecter à la catégorie retenue et, par conséquent, sur la loi applicable. Par ailleurs, il y a les « unitaires », qui n'envisagent qu'un seul rattachement pour tout type de concubinage, et les « dualistes », qui proposent des rattachements différents selon le type de concubinage ; au sein de ce dernier groupe, il existe encore

de nombreuses variations. Le cadre restreint de cette intervention obligera à une certaine simplification dans la présentation des diverses propositions.

Pour illustrer ces divergences, on s'intéressera successivement à la loi applicable à la validité, aux effets, et à la dissolution d'un partenariat, en reprenant les trois catégories principales précédemment évoquées : contrat, mariage, et catégorie autonome et nouvelle au sein du statut personnel.

1. La loi du contrat?

On ne s'attardera pas sur les solutions retenues par les partisans de la qualification « contrat » qui conduit logiquement à l'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Les conséquences néfastes d'une telle proposition ont déjà été évoquées et peuvent être résumées en disant que la proposition conduit, soit à une incitation au *law shopping*, soit à une grande imprévisibilité, particulièrement indésirables en la matière³³.

2. La loi applicable au mariage?

Les auteurs qui assimilent, pour les besoins du droit international privé, les partenariats au mariage, sont logiquement favorables à l'application des rattachements retenus pour le mariage, avec éventuellement quelques adaptations, plus ou moins marquées selon les auteurs. Ainsi, Mme Chanteloup³⁴, qui s'exprime à propos du seul Pacs français, part du principe qu'il convient de lui appliquer les règles de conflit et les rattachements relatifs au mariage. Elle ajoute cependant qu'il doit y être dérogé lorsque le résultat apparaît inapproprié. Toutefois, comme il a déjà été souligné, l'auteur propose ainsi des solutions simplement inspirées de celles applicables au mariage et donc, en réalité, de nouvelles règles de conflit pour une nouvelle catégorie³⁵!

M. Khairallah, s'agissant des partenariats qu'il range dans la catégorie « mariage », prône une assimilation beaucoup plus complète et radicale au mariage. Selon lui, leur validité sera soumise à la loi nationale des intéressés³⁶. Comme pour le mariage, on procédera à une application distributive des deux lois à chacun des partenaires, afin d'apprécier les

^{33 -} V. supra., nº 9.

³⁴ - H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, op. cit., spéc. p. 9 et s.

^{35 -} Sur ce point, v. supra., nº 12.

^{36 -} G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), op. cit., spéc. n° 11 et s., p. 323. L'auteur retient cependant la même solution s'agissant de la validité des partenariats qu'il range dans une catégorie à part du « statut personnel », celle des « assimilés Pacs ». Mme Chanteloup retient la même solution à propos du Pacs.

empêchements personnels relatifs à l'âge, au sexe, et à leur application cumulative pour les empêchements dits bilatéraux, comme le degré de parenté entre les partenaires. M. Khairallah ajoute qu'« il ne faut avoir aucun égard aux conditions de nationalité ou de résidence prévues par les lois étrangères pour l'établissement de ces partenariats »37. La proposition, au moins dans sa formulation, peut choquer, tant elle paraît nier tout droit de cité au champ d'application revendiqué par toute autre loi que la loi nationale, et notamment par celle qui a mis en place le partenariat envisagé par les concubins. Cependant, il faut bien en comprendre le sens. L'auteur s'explique ainsi : « En effet, dans la plupart des pays qui instituent les unions homosexuelles, on se contente d'exiger que l'un au moins des futurs partenaires soit un ressortissant de ces pays, alors que l'autre partenaire doit seulement y avoir sa résidence. Aux Pays-Bas, l'on va même jusqu'à prévoir uniquement que les partenaires - qui peuvent tous les deux ne pas être néerlandais - doivent y avoir « un droit de séjour valable ». Qu'importe, pour le droit international privé français, application doit être faite de la loi nationale de chacun des futurs partenaires et si l'une de ces lois interdit l'établissement de l'union en cause, celle-ci sera entachée de nullité ». Autrement dit, ce n'est pas parce que les lois autres que la loi nationale autoriseraient la conclusion d'un partenariat sur leur territoire sur la base du seul critère de la résidence des partenaires, voire de l'un d'eux seulement, que ce partenariat sera valable. De même, ce n'est pas parce que l'une de ces lois se contenterait du fait qu'un seul des partenaires a sa nationalité pour bénéficier du régime du partenariat qu'elle a mis en place, que ce partenariat sera valable et devra être reconnu en France si la loi nationale de l'autre partie ne l'admet pas. En résumé, selon M. Khairallah, les éventuelles velléités des législateurs qui feraient preuve d'un certain militantisme en faveur du partenariat ne devraient pas être encouragées par le droit international privé au mépris de la position de la loi nationale. Ainsi explicité, un tel point de vue peut paraître sévère, notamment lorsqu'une seule des deux lois nationales prohibe le partenariat ; mais il peut globalement être approuvé. Il a au minimum le mérite d'éviter un certain nombre de situations boiteuses, à condition qu'il soit adopté partout : il conduirait alors à la nullité d'un partenariat conclu par un individu dont la loi nationale interdit ce type d'unions, peu important que la loi sous l'empire de laquelle le partenariat a été établi ne formule expressément aucune condition relative à la nationalité pour accorder le bénéfice de ses dispositions.

Cependant, la solution préconisée n'exclut pas toute difficulté. En effet, une règle de conflit qui confie à la loi nationale des intéressés l'ensemble des conditions de fond relatives à la formation d'un partenariat

^{37 -} G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), *op. cit.*, spéc. n° 12, p. 324.

risque de poser des problèmes de mise en œuvre, essentiellement parce que, contrairement au mariage, le partenariat n'existe pas partout et que, dans les pays où il existe, il n'a pas le même sens d'un pays à un autre. On retrouve ici la difficulté liée à l'absence de fonds juridique commun suffisant qui, selon les enseignements de Savigny, est un présupposé essentiel au bon fonctionnement de la méthode bilatérale classique³⁸. Ainsi, peut-on vraiment concevoir que la loi nationale des intéressés, lorsque les partenaires sont étrangers, régisse l'ensemble des conditions de formation d'un Pacs français? Que faire lorsque cette loi ne connaît pas d'une institution proche du Pacs et, par conséquent, ne prévoit aucune disposition sur les conditions à remplir pour contracter une telle union ? Faudrait-il alors considérer qu'il n'y a aucune condition posée, ou se reporter aux dispositions de la loi nationale relatives au mariage, ce qui, très probablement, ne serait guère satisfaisant³⁹? La solution ne semble guère plus satisfaisante lorsque la loi nationale connaît un type de partenariat différent de celui mis en place par la loi du lieu d'enregistrement. La situation n'est en effet ici pas identique à celle rencontrée avec le mariage, où l'on contracte toujours un « mariage ». Compte tenu de la grande diversité de contenu des législations sur le partenariat, on contracte au contraire, non pas un partenariat, mais le partenariat de tel droit. Il paraît alors curieux d'en soumettre les conditions de formation à un autre droit. Enfin, il faut avouer que la solution heurte de front la volonté déclarée du législateur français : le juge français élaborerait en effet une règle de conflit qui contrecarrerait l'intention législative d'ouvrir le Pacs à des non-nationaux. M. Khairallah note d'ailleurs que la solution qu'il préconise n'est pas conforme à la pratique actuelle, de nombreux Pacs étant enregistrés entre ressortissants de pays ne prévoyant pas d'institution équivalente⁴⁰. Il peut en tout cas sembler curieux d'élaborer une règle de conflit soumettant les conditions de fond à la loi nationale, alors que beaucoup de législations, dont la loi française, ouvrent leurs partenariats aux étrangers, et même parfois à deux étrangers. Aveuglées par un certain militantisme au détriment du respect de l'harmonie internationale des solutions, de la continuité du statut des individus et du respect des lois étrangères, les législations étatiques entretiennent ainsi l'ambiguïté; et la pratique ne semble pas, pour le moment, s'embarrasser de la question.

Plus généralement, la solution préconisée par M. Khairallah néglige à l'excès la compétence de la loi de l'autorité d'enregistrement, pourtant difficilement contournable. Par exemple, il paraît inconcevable que le juge d'un pays dont la législation n'envisage le partenariat qu'entre homosexuels

^{38 -} V. supra., n° 3.

^{39 -} En tout cas, il est alors probable que la loi nationale, même si elle ne s'est pas encore interrogée sur le partenariat, interdira en pratique la conclusion d'un partenariat entre deux personnes de même sexe, tout simplement parce qu'elle interdira probablement le mariage homosexuel.

^{40 -} G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), *op. cit.*, spéc. n° 13, p. 324, note 20.

admette l'enregistrement sur son territoire d'un partenariat entre hétérosexuels ressortissants d'un autre pays dont la loi l'admet. Aussi, dans la mise en œuvre de cette règle de conflit, au moins par le juge de l'Etat ayant institué le partenariat envisagé par les partenaires, l'exception d'ordre public à l'encontre de la loi nationale risque de prédominer à l'excès, ce qui ruinerait finalement la règle.

Les choses se compliquent encore davantage à propos des effets du partenariat, pour lesquels on distingue généralement les effets personnels⁴¹ et les effets patrimoniaux. Les auteurs assimilant les partenariats, ou certains d'entre eux, au mariage considèrent généralement que les effets personnels relèvent de la loi applicable aux effets du mariage. Cependant, chez certains, cette règle devra au besoin être adaptée.

Mme Josselin-Gall⁴² propose assez classiquement d'appliquer aux effets personnels d'un partenariat, comme en matière de mariage, la loi de la nationalité commune, à défaut celle du domicile commun, à défaut celle du for. Cependant, cette proposition risque de conduire, en cas d'absence de nationalité commune, à un morcellement dans le temps du régime d'un partenariat : une institution, somme toute très particulière et peu répandue en droit comparé, et très différente dans ses conséquences juridiques d'un pays à un autre, pourra être régie par des lois différentes au gré des déplacements des deux partenaires. D'importants problèmes d'adaptation, bien plus nombreux et épineux qu'avec le mariage, risquent de se poser.

Aussi, probablement afin d'éviter de tels inconvénients, Mme Chanteloup⁴³ propose une transposition partielle des solutions retenues pour la loi applicable aux effets du mariage. L'auteur donne prioritairement compétence à la loi nationale commune. A défaut de nationalité commune, elle se prononce en faveur de la loi de la première résidence commune, et non de celle de la résidence commune actuelle, solution retenue pour le mariage. De plus, l'auteur rejette l'application de la loi du for, retenue en matière de mariage en cas de changement ou de disparition de la résidence commune au cours de l'union; elle considère cette solution comme inopportune, dans la mesure où les partenariats ne sont pas connus partout. Ainsi, Mme Chanteloup préfère figer la situation au lieu de la première résidence commune, où l'on peut espérer que le partenariat envisagé par les parties sera connu. La solution a le mérite d'assurer aux concubins une certaine permanence, et donc la prévisibilité, du régime de leur partenariat. Cependant, même ainsi corrigée, la règle de conflit proposée reste curieuse sur un point : elle soumet en priorité

^{41 -} On peut notamment y inclure les devoirs de secours, de cohabitation et de fidélité.

^{42 -} M. Josselin-Gall, Pacte civil de solidarité - Quelques éléments de droit international privé, JCP N 2000, p. 489, spéc. p. 494.

^{43 -} H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 12.

les effets d'un partenariat emprunté à une certaine loi à la loi nationale commune, qui peut être différente. Ainsi, si la loi des effets est la loi française, en tant que loi nationale commune, alors que le partenariat a été conclu sous l'empire d'une autre loi, doit-on appliquer à ce dernier les effets prévus par le droit français pour le Pacs français, même s'ils sont très éloignés de ceux envisagés par la loi d'origine ?

M. Khairallah⁴⁴, quant à lui, se démarque assez largement des solutions applicables aux effets du mariage, même pour les partenariats qui, selon lui, peuvent être rangés dans la catégorie « mariage ». Il propose de leur appliquer la loi qui a présidé à l'établissement du lien pour les effets personnels, et loi des effets du mariage pour les effets patrimoniaux⁴⁵.

Pour les effets patrimoniaux du partenariat, les auteurs favorables à une assimilation au mariage avancent souvent la compétence de la loi d'autonomie, telle qu'elle est entendue en matière de régimes matrimoniaux. Ainsi, Mme Chanteloup retient le choix possible par les partenaires de la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur union et, à défaut d'un tel choix, la compétence de la loi de la première résidence commune après la conclusion du partenariat⁴⁶. De façon analogue, Mme Josselin-Gall penche pour un rapprochement avec les solutions applicables au régime matrimonial : le choix du droit applicable par les partenaires est possible, au moins dans leurs relations mutuelles ; à défaut de choix, la loi de la première résidence commune s'applique, en tant que lieu où les partenaires ont par ailleurs enregistré leur acte juridique⁴⁷. Ces solutions sont très largement inspirées de celles retenues par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en vigueur en France depuis le 1er septembre 1992. Toutefois, ces auteurs réservent l'incidence possible des lois de police françaises, notamment en ce qui concerne le régime primaire⁴⁸.

^{44 -} G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), *op. cit.*, spéc. n° 15 et s., p. 325.

^{45 -} Au contraire, pour les partenariats non assimilés au mariage, comme le Pacs, l'auteur estime qu'il faut prendre davantage en compte le caractère contractuel de l'institution, tout en retenant des solutions adaptées à la spécificité de l'institution qui n'est pas un contrat ordinaire. Aussi, il exclut l'application de la Convention de Rome et retient la compétence de la loi choisie, au sens de la loi sous l'empire de laquelle le pacte a été établi. Cette loi serait applicable à tous les effets du partenariat, même à sa dissolution. Dans cette conception, la liberté des parties ne pourra s'exprimer que dans le cadre fixé par cette loi ; en revanche, contrairement aux solutions classiquement retenues en matière de contrat, le dépeçage volontaire serait exclu. On peut y voir une version un peu aseptisée, mais quelque peu artificielle, de l'autonomie de la volonté

^{46 -} V. H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 13 et s.

^{47 -} M. Josselin-Gall, Pacte civil de solidarité – Quelques éléments de droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 494. De même, M. Khairallah admet cette extension des solutions applicables aux régimes matrimoniaux s'agissant des partenariats-mariages ; en revanche, il la rejette à l'égard du Pacs : G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), *op. cit.*, spéc. n° 18, p. 326 et n° 20, p. 328.

^{48 -} Notamment la représentation mutuelle des époux et la solidarité à l'égard des tiers.

Pourtant, on peut ici encore s'interroger : cette solution doit-elle s'appliquer lorsque le partenariat étranger conclu par les partenaires ne permet pas un tel aménagement des rapports patrimoniaux ?

En ce qui concerne la dissolution du partenariat, on laissera de côté la question, préalable et difficile, de savoir si un juge français peut être saisi de la dissolution de partenariats étrangers. A s'en tenir au seul problème de la loi applicable, M. Khairallah avance, pour les partenariats qui relèvent selon lui de la qualification « mariage », comme les partenariats scandinaves, l'application des solutions relatives au divorce⁴⁹. Aussi, l'article 310 du code civil s'appliquerait et désignerait la loi française lorsque les deux intéressés sont de nationalité française ou ont chacun leur domicile en France, ou si aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente. La proposition laisse perplexe : peut-on appliquer la loi française pour dissoudre un partenariat suédois ? Et quelles règles françaises au fond devrait-on alors appliquer : celles du Pacs ou celles du divorce ? La démarche unilatéraliste et nationaliste qui sous-tend l'article 310, déjà fortement contestable s'agissant du mariage, se révèle ici particulièrement inappropriée.

Aussi, Mme Chanteloup⁵⁰, bien qu'elle range le Pacs dans la catégorie « mariage » du droit international privé, rejette cette solution et propose l'application de la loi nationale commune et, à défaut de nationalité commune, de la loi de la dernière résidence commune. L'auteur préfère retenir, pour la dissolution, non la première résidence commune qui avait sa préférence pour les effets du partenariat, mais la dernière résidence commune des partenaires, en raison de son actualité. Il peut toutefois sembler curieux de distinguer aussi nettement les effets et la dissolution du partenariat. La solution n'est-elle pas source d'imprévisibilité pour les partenaires qui voient leur partenariat régi, dans ses effets personnels, par la loi de leur première résidence commune, mais qui verront les causes et les effets de la dissolution régis par la loi de leur dernière résidence commune. D'ailleurs, la jurisprudence française avait dégagé la règle de conflit de lois applicable aux effets du mariage en s'interrogeant d'abord sur la question du divorce, ultime effet du mariage, avant de l'étendre aux autres effets51. Aussi, Mme Josselin-Gall52 choisit quant à elle de ne pas différencier et retient, pour la dissolution, les solutions issues de la jurisprudence Rivière, dégagées à propos du divorce puis étendues à tous les effets du mariage avant l'intervention législative ayant donné naissance à la solution unilatéraliste de l'article 310 du code

^{49 -} G. Khairallah, Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), *op. cit.*, spéc. n° 21, p. 328.

^{50 -} H. Chanteloup, Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, op. cit., spéc. p. 14.

^{51 -} V. P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, op. cit., n° 569, p. 410.

^{52 -} M. Josselin-Gall, Pacte civil de solidarité - Quelques éléments de droit international privé, op. cit., spéc. p. 495.

civil en matière de divorce, soit la compétence de la loi nationale commune, à défaut de celle du domicile commun, à défaut de la loi du for. Toutes ces propositions posent cependant une difficulté commune : elles ouvrent la possibilité de voir une autre loi que celle envisagée au départ par les partenaires régir les modalités de la rupture. Or, peut-on sans inconvénient rompre un partenariat conclu sous l'empire d'une certaine loi en appliquant les dispositions relatives à la rupture prévues par une autre loi ? Qu'en est-il d'un couple de même nationalité étrangère, par exemple norvégienne, dont la loi autorise la conclusion d'un partenariat, mais ayant enregistré leur partenariat dans un autre pays, par exemple un Pacs en France : est-il légitime de soumettre les conditions de la rupture de ce partenariat et ses conséquences à la loi norvégienne? De même, un couple de nationalité différente, ayant enregistré un partenariat en Hollande puis fixé la dernière résidence commune en France, doit-il voir appliquer la loi française à la dissolution de son partenariat hollandais? Le risque est alors grand de dénaturer, sur les causes, les modalités et les effets de sa dissolution, l'institution étrangère envisagée au départ par les partenaires pour régir leur relation de couple. Une fois encore, on se heurte ici à la difficulté, pour ces institutions et contrairement au cas du mariage, née de l'absence de communauté juridique suffisante entre Etats.

Par ailleurs et au-delà de cette première difficulté, l'ordre juridique désigné par ces propositions, qui n'est pas nécessairement celui sous l'empire duquel le partenariat a été établi, n'est peut-être pas complet, au sens où il ne sera pas nécessairement apte à résoudre la question de la rupture d'un partenariat, notamment s'il ne connaît pas d'institution équivalente. Doit-on en ce cas appliquer à la dissolution du partenariat les règles qu'il prévoit à propos de la rupture du mariage ? La solution ne serait pas nécessairement opportune.

Ainsi, le parallèle entre partenariat et mariage trouve, lorsque l'on examine la question des rattachements appropriés, ses limites, essentiellement parce que, d'un pays à l'autre, les partenariats sont trop différents. L'absence de fonds juridique commun minimum sur ces institutions rend la proposition inopératoire. Il semble au contraire difficile, et probablement néfaste, de modifier en cours de route la loi applicable à un partenariat : la loi nouvellement désignée peut ignorer ce type d'institutions ; même si elle en connaît, compte tenu de la grande diversité de nature et de contenu des partenariats d'une législation à une autre, les conséquences, personnelles ou patrimoniales, d'un partenariat qu'elle retient peuvent être totalement différentes de celles prévues par la loi envisagée au départ par les partenaires, soit la loi du partenariat qu'ils avaient conclu. La solution est donc source d'imprévisibilité pour les partenaires.

Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que la meilleure solution

apparaisse à certains, au moins pour le moment, celle d'une loi stable qui suit le partenariat tout au long de son existence, même si elle a pour inconvénient de figer les situations sous l'empire éternel d'une même loi.

3. La loi propre à une nouvelle catégorie « partenariat » au sein du statut personnel ?

C'est la proposition faite par MM. Fulchiron et Devers pour toutes les « cohabitations légales », et par M. Khairallah pour celles que l'auteur assimile au Pacs français53. Ces auteurs estiment que les rattachements utilisés pour le mariage ne conviennent pas et en proposent dès lors un nouveau. M. Devers se prononce en faveur de la compétence de la loi de l'autorité qui a enregistré le partenariat, c'est-à-dire la « loi de l'institution », qui pourra toutefois être combinée avec la loi d'autonomie en ce qui concerne le statut des biens. En règle générale, cette « loi de l'institution » sera celle du lieu de l'enregistrement. M. Devers ajoute qu'il faut cependant tenir compte de la possibilité pour certaines autorités consulaires ou diplomatiques d'enregistrer des partenariats à l'étranger⁵⁴. De son côté, M. Fulchiron, au motif que les partenariats ne donnent pas toujours lieu à enregistrement et que l'enregistrement, lorsqu'il existe, varie d'un pays à un autre dans sa forme, sa nature et sa fonction, préfère parler de « loi de l'institution » comme loi du pays dans lequel les concubins se sont engagés l'un envers l'autre⁵⁵. Ceci étant, les deux propositions sont très similaires, en ce qu'elles visent toutes deux la loi sous l'empire de laquelle le partenariat a été établi. Selon ces auteurs, cette loi doit régir l'ensemble des rapports entre les concubins : la formation, aussi bien que les effets et dissolution du lien⁵⁶ ; la liberté des parties quant à la loi applicable pourra, le cas échéant, s'exprimer dans les limites autorisées par cette loi. Toutefois, les mêmes auteurs estiment généralement que les conséquences patrimoniales du partenariat devront être soumises à une autre règle de conflit. Ainsi, M. Devers pense que le régime des biens entre concubins pendant le concubinage pourrait relever de la loi choisie par eux ; à défaut de choix, l'auteur propose un rattachement objectif du partenariat enregistré à la loi de l'autorité qui l'a enregistré⁵⁷.

^{53 -} V. également, G. Kessler, Les partenariats enregistrés en droit international privé, LGDJ, 2005.

^{54 -} A. Devers, Le concubinage en droit international privé, op. cit., nº 327, p. 205.

⁵⁵⁻H. Fulchiron, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 908 et s. 56-En ce sens, v. art. 17 a EGBGB allemand (Rev. crit. DIP 2001, p. 772, note P. Lagarde), qui dispose que la création, les effets généraux et patrimoniaux, et la dissolution du partenariat sont soumis aux dispositions matérielles de l'Etat qui tient le registre. Le § 4 pose toutefois une limite aux effets en Allemagne des partenariats enregistrés à l'étranger, en retenant que les effets de tels partenariats ne peuvent dépasser ceux qui sont prévus par les dispositions du code civil et de la loi allemands sur le partenariat. Les effets prévus par la loi allemande sur le partenariat constituent donc le maximum autorisé sur le territoire allemand, et l'ordre juridique allemand se montre peu accueillant à l'égard de lois étrangères qui se voudraient plus progressistes encore. En revanche, la loi allemande ne fixe aucune condition de nationalité ou de domicile pour conclure un partenariat homosexuel en Allemagne, ce qui peut à l'inverse être interprété comme un fort militantisme en faveur des partenariats.

^{57 -} A. Devers, Le concubinage en droit international privé, op. cit., n° 421 et s., p. 258.

Cette proposition peut apparaître comme la plus convaincante, essentiellement parce qu'elle est probablement la seule, en l'état actuel de discordance des législations matérielles nationales sur les partenariats, à pouvoir assurer la prévisibilité et la permanence du statut des individus concernés. En effet, elle donne au partenariat envisagé dès le départ par les concubins une loi stable, complète et à l'application prévisible. Or, cette prévisibilité et cette permanence sont probablement les considérations essentielles en matière de statut personnel. Par ailleurs, cette solution devrait écarter le risque de vide juridique, puisque le partenariat sera régi, dans son ensemble, par la loi qui l'a, dès le départ, envisagé.

Néanmoins, quelques objections peuvent être formulées à son encontre, principalement en ce qui concerne la validité du partenariat. Sur ce dernier point, le rattachement proposé doit logiquement conduire à l'application de la loi de l'autorité qui a enregistré le partenariat, même si elle permet de conclure un partenariat à des individus dont la loi nationale interdit une telle démarche, ou fixe des conditions plus restrictives, par exemple par rapport à l'âge, au sexe, au lien de parenté ou d'alliance58. Ainsi, deux italiens résidant en Hollande pourraient enregistrer un partenariat hollandais. Un juge français, saisi ultérieurement, devra-il en reconnaître la validité ? Pour répondre négativement à cette question, il sera souvent vain de songer à utiliser l'exception d'ordre public, ou celle de la fraude, mécanismes proposés par M. Fulchiron⁵⁹. Selon cet auteur, pourrait être qualifié de fraude à l'effet atténué de l'ordre public le fait d'aller à l'étranger pour créer une situation que l'on ne pourrait constituer en France, dans le seul but de lui faire produire effet en France. Il faut déjà imaginer, premier assouplissement, que le juge français admette qu'il puisse également y avoir fraude à la loi étrangère, dans l'exemple italienne, dans le fait d'aller en Hollande pour obtenir ce qui ne pourrait l'être en Italie. Mais la solution est-elle applicable lorsque les partenaires n'étaient pas animés d'une telle intention frauduleuse et résidaient véritablement dans l'Etat d'enregistrement ? Où est alors la fraude ? Quant à la contrariété à l'ordre public, la solution ne choque guère l'ordre juridique français dont le Pacs peut être conclu entre deux individus de nationalité étrangère. D'ailleurs, ces deux italiens n'auraient-ils pas pu conclure un partenariat en France, c'est-à-dire un Pacs, s'ils y avaient eu leur résidence ? L'exception d'ordre public serait-elle alors concevable, en ce qu'elle devrait être opposée à la loi française?

Faut-il pour autant négliger la loi nationale italienne ? Certains estimeront qu'il serait choquant de ne laisser aucune place à la loi nationale

^{58 -} Ainsi, la loi belge permet les fratries, contrairement à la loi française. V., s'orientant dans cette voie, le droit international privé néerlandais, sur lequel H. U. Jessurun d'Oliveira, Le partenariat enregistré et le droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 91.

^{59 -} H. Fulchiron, Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, op. cit., spéc. p. 911.

des individus. De plus, une telle solution favoriserait le développement potentiel de situations boiteuses. En effet, on ne peut interdire à des individus, même résidant réellement dans le pays où ils ont conclu leur union, de retourner un jour dans leur pays d'origine, par exemple pour leur retraite, ou tout simplement d'aller ailleurs. Il est à craindre que, suite à ce déplacement, la validité de leur partenariat ne soit pas reconnue par leur nouveau pays de résidence, particulièrement s'il s'agit de celui dont ils sont ressortissants.

... Y a-t-il toujours des gens qui suivent dans la salle ? Pour les quelques persévérants, tentons d'éclaircir les choses ... au risque de les assombrir !

Section II - Vers un éclaircissement ... ou une plus grande confusion

Face à ce constat des grandes divergences doctrinales en la matière et de l'insatisfaction plus ou moins prononcée que suscitent les différentes propositions émises, on peut ajouter une pierre à la confusion en formulant quelques propositions supplémentaires. Deux voies semblent envisageables : utiliser de façon relativement souple les outils de la méthode savignienne classique, ou abandonner l'idée de raisonner de façon classique dans la mesure où les présupposés nécessaires au bon fonctionnement de la méthode conflictuelle, que sont une communauté juridique minimum entre les Etats sur la question posée, la neutralité de la règle de conflit, l'égalité des lois en présence et le respect du point de vue étranger, font pour le moment défaut. Autrement dit la réforme (A), ou la révolution (B).

A. La réforme

Il convient de fixer quelques objectifs et impératifs (1), avant d'en examiner la mise en œuvre (2).

1. Objectifs et impératifs des règles

Les objectifs des règles à élaborer devraient être ceux généralement poursuivis par le droit international privé, même si l'on peut s'interroger sur leur compatibilité avec ceux poursuivis par nombre de législations internes sur les partenariats. En effet, trop souvent, celles-ci paraissent peu enclines à promouvoir la neutralité et l'absence de nationalisme des règles de conflit de lois et à favoriser la permanence du statut des individus et l'absence de situations boiteuses. On supposera néanmoins, pour la suite des développements, que les objectifs traditionnels du droit international privé doivent être poursuivis, ne seraitce que pour éviter d'ouvrir un autre débat bien délicat. Aussi, on

admettra que la prévisibilité et la permanence de l'état des individus, une certaine sécurité juridique, demeurent ici des objectifs essentiels et que le franchissement d'une frontière ne doit pas être synonyme de bouleversement de la vie des partenaires. De tels objectifs généraux conduisent à retenir les préceptes suivants :

1. Accorder une primauté à la loi sous l'empire de laquelle le partenariat a été établi, soit généralement la loi de l'autorité qui l'a enregistré, car elle semble la plus apte à le régir, compte tenu de la grande diversité des législations sur les partenariats en droit comparé. La prévisibilité et la permanence du statut des individus devraient ainsi être garanties. De plus, la solution évite tout vide juridique, puisque l'on peut espérer que la loi qui a créé le partenariat saura en régir les conséquences. De même, elle est probablement la seule à pouvoir régir convenablement la création du partenariat particulier envisagé par les partenaires : pourquoi et comment soumettre l'ensemble des conditions de formation au fond d'un partenariat enregistré au Danemark à la loi française ou belge? Aussi, si Mme Josselin-Gall semble déplorer que, « en raison d'un réflexe nationaliste inévitable dû à la nouveauté de l'institution, les autorités locales compétentes auront dans un premier temps naturellement tendance à considérer la loi du territoire où elles enregistrent les partenariats comme la mesure de l'admissible en la matière »60, on peut estimer qu'un tel réflexe est inévitable et justifié : une autorité ne peut accepter d'enregistrer sur son territoire que le partenariat prévu par sa législation, à tout le moins tant qu'il n'existera pas, contrairement au mariage, de fonds juridique commun suffisant en droit comparé sur la substance des partenariats enregistrés. Une autre question est celle des effets à laisser produire sur son territoire à un partenariat enregistré à l'étranger. Toutefois, afin d'assurer la prévisibilité et la permanence du statut des partenaires, ces effets devraient également être régis par la loi étrangère ayant créé le partenariat en cause, et le for devrait permettre le développement d'effets différents de ceux envisagés par sa législation interne, dans la limite de ce qui est acceptable au regard des conceptions juridiques fortes du for. Ici, il serait effectivement dommage d'utiliser à l'excès l'exception d'ordre public pour s'opposer à tout effet différent de ceux prévus par la législation du for.

2. Une place nécessaire doit néanmoins être réservée à la loi personnelle. On est indéniablement dans le domaine du statut personnel, et il serait choquant de ne pas faire intervenir la loi nationale. Elle paraît au moins utile afin d'éviter un « partenariat shopping » et le développement de situations boiteuses⁶¹. Cette prise en compte paraît d'autant plus nécessaire si on admet le point de vue de Mme Revillard qui estime

^{60 -} M. Josselin-Gall, Pacte civil de solidarité - Quelques éléments de droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 493.

^{61 -} Ce qui adviendrait si on autorise la conclusion en France d'un partenariat entre deux homosexuels ressortissants d'un pays n'admettant pas ce type d'unions.

que la condition posée par la loi française de résidence commune en France pour y enregistrer un Pacs vise également une résidence commune secondaire, et non pas seulement principale⁶². Certes, cette position ne va peut-être pas dans le sens de la volonté militante de notre législation interne, mais garantit une certaine cohérence internationale du statut des individus et un certain respect pour les points de vue étrangers. Au demeurant, on pourrait soutenir que la loi sur le Pacs, en restant silencieuse sur le droit international privé, a laissé entière la question de la capacité à conclure un Pacs et autorise, au moins sur un plan formel, une telle prise de position.

3. Dans une moindre mesure, une place doit également être réservée à la loi du for, notamment pour les situations qui semblent proches du for et pour les effets du partenariat se développant sur le territoire du for. La question est alors : par quelle règle de conflit précise concilier ces impératifs ?

2. Mise en œuvre

On reprendra la distinction classique entre qualification et critère de rattachement. S'agissant de la qualification d'un partenariat, on se laissera aisément convaincre par la qualification « statut personnel », ne serait-ce qu'en raison de la nature des rapports que les législations sur les partenariats visent à régir, ainsi que pour la place qu'il convient d'accorder à la loi personnelle en la matière. En revanche, on admettra plus difficilement que certains partenariats puissent être qualifiés de « mariage » pour des raisons qui ont déjà été exposées⁶³.

Certes, compte tenu de la grande diversité des institutions en cause, il n'est pas exclu que certaines institutions étrangères puissent être qualifiées différemment les unes des autres, selon leurs caractéristiques respectives. Aussi, il convient de retenir une définition relativement générale et ouverte de la catégorie « partenariat », visant à englober ce qui ressemble, dans les différentes législations étatiques, à une organisation légale des rapports de couple entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent qui ne veulent pas, ou ne peuvent pas, se marier. Il est possible que certaines institutions, notamment à venir, soient si pauvres qu'elles ne répondront pas à cette définition *a minima*, ou soient au contraire bien plus qu'un partenariat tel que défini. Dans ce cas, il faudra les ranger sous d'autres bannières : contrat, situation essentiellement de fait régie par une multiplicité de règles de conflit selon la question posée, ou mariage, notamment homosexuel, selon le cas.

^{62 -} M. Revillard, Le pacte civil de solidarité en droit international privé, *op. cit.*, spéc. n° 21. En l'absence de résidence commune en France, on permet même des enregistrements de Pacs à l'étranger par les autorités consulaires [art. 515-3], une condition de nationalité française de l'un des partenaires au moins devant toutefois être, dans ce cas, satisfaite.

^{63 -} V. *supra.*, n° 12 et n° 19 et s. Il faut ici rappeler que le mariage homosexuel, pour lequel la qualification « mariage » peut effectivement être discutée, a été exclu du champ de la réflexion.

Ensuite, s'agissant du critère de rattachement, il semble opportun de soumettre le partenariat à la loi sous l'empire de laquelle il est, ou a été, établi. Cette loi est la plus apte à régir l'institution qu'elle a créée et qui ne trouve que très rarement d'équivalent suffisant quant à son contenu dans les lois étrangères. Compte tenu des particularités propres à chacune de ces institutions, parfois très différentes les unes des autres, comment un Pacs français pourrait-il être régi par une autre loi que la loi française, ou un partenariat suédois par une autre loi que la loi suédoise, sans dénaturer l'accord initial des partenaires et déjouer les prévisions de ceux-ci ? La « loi de l'institution » assure une certaine prévisibilité, la continuité du statut de l'individu et, d'une certaine manière, le respect de la loi étrangère. En effet, le for acceptera en principe d'examiner le régime d'un partenariat étranger à l'aune de la loi étrangère qui l'a institué.

La règle de conflit envisagée doit cependant réserver une place à la loi qui régit normalement le statut personnel, c'est-à-dire à la loi nationale. Cette place concerne l'autorisation à conclure le partenariat envisagé : la loi nationale de chaque partenaire doit autoriser - ou ne pas interdire, on peut hésiter sur le vocabulaire - la mise en place d'un statut légal entre concubins du type de celui auquel se rattache le partenariat en cause. Ainsi, on se demandera si cette loi l'admet dans son principe, si elle autorise, dans le cas d'un couple homosexuel, son ouverture aux homosexuels ou, au contraire, le réserve aux hétérosexuels, ou inversement. On pourrait néanmoins envisager, dans certaines situations et à l'instar des solutions admises pour la filiation ou le divorce, une intervention de l'ordre public international de proximité à l'encontre de la loi nationale, lorsque cette loi interdit la création du partenariat en question alors que les partenaires n'ont jamais eu, ou n'ont plus, de lien avec leur pays d'origine et ont des liens plus forts avec la France. Cependant, une telle intervention de l'ordre public de proximité, si elle était admise, ne devrait être utilisée que de façon exceptionnelle. On ne peut en effet considérer, au moins en l'état actuel du droit positif, qu'il doit exister en droit international privé un véritable droit à conclure un partenariat, protégé par l'ordre public international français qui s'opposerait à toute loi étrangère ne le permettant pas, comme il existe un droit de se marier ou un droit à un mode de relâchement du lien matrimonial.

Le silence éventuel de la loi personnelle sur la question, situation qui risque d'être encore relativement fréquente dans la mesure où les légis-lateurs s'étant intéressés au partenariat ne sont pas si nombreux, devra être interprété : doit-on en déduire une prohibition ou une simple ignorance ? En revanche, lorsque la loi nationale s'exprime, il n'est pas nécessaire, pour considérer qu'il n'y a pas d'obstacle à la conclusion du partenariat envisagé, qu'elle prévoit un partenariat exactement de la même nature que celui élaboré par la « loi de l'institution ». Il appar-

tiendra au droit français, en tant que droit du for, d'apprécier la similarité suffisante entre les institutions, puisqu'il s'agit d'appliquer une règle de conflit française.

En résumé, on peut proposer la règle suivante : les conditions de formation, les effets et la dissolution d'un partenariat (légal) sont régis par la loi sous l'empire de laquelle il a été établi. Dans le cadre de cette compétence de principe, il faudra le cas échéant tenir compte de l'incidence éventuelle de la liberté accordée par ce droit aux partenaires, notamment pour le régime des biens. Cependant, la validité du partenariat est également soumise à la condition que sa conclusion ne soit pas prohibée par la loi nationale de chacun des partenaires au moment de la création. Lorsque la loi nationale n'a pas prévu cette situation, il faudra interpréter ce silence et parfois adapter cette loi : qu'aurait-elle fait si elle y avait pensé? La loi nationale doit être respectée pour cette condition spécifique relative à la validité même du partenariat. Pour ses effets, comme pour sa rupture, la loi personnelle semble avoir moins de titre à s'appliquer. En revanche, sur ces deux derniers points, la loi du juge saisi, dans notre cas la loi française, peut avoir à intervenir, essentiellement par le biais de l'exception d'ordre public, pour s'opposer à des effets recherchés sur le territoire français qui paraîtraient choquants⁶⁴, avec éventuellement une réaction plus forte lorsque l'ordre juridique français est spécialement concerné65. L'ordre public pourrait encore éventuellement intervenir en ce qui concerne la validité du partenariat, cette fois à l'encontre d'une loi nationale prohibitive qui serait trop éloignée des individus en cause. Toutefois, sur ce dernier point, l'exception d'ordre public devrait être maniée avec précaution : le principe reste celui du respect des exigences de la loi nationale, et l'on ne peut encore ériger un droit absolu au partenariat en droit international privé. Quant à la dissolution du lien, la loi du for aura probablement son mot à dire, notamment pour définir les modalités d'intervention d'une autorité publique.

La règle proposée n'a bien entendu pas à envahir le terrain d'autres règles de conflit de lois. Ainsi, en matière de succession, la compétence doit demeurer celle de la loi successorale, loi du lieu de situation de l'immeuble en matière immobilière et loi du dernier domicile du défunt en matière mobilière. Il appartient à la loi successorale de déterminer si le concubin survivant a ou non une vocation successorale. Une question préalable peut toutefois ici se poser, relative à l'existence d'un lien de concubinage ; elle relève de la loi du partenariat et la loi successorale

^{64 -} Par exemple, une adoption demandée par les deux partenaires homosexuels en France qui serait possible selon la loi étrangère régissant le partenariat.

^{65 -} Ainsi, dans le cas d'un partenariat conclu à l'étranger entre individus ayant un lien avec la France au moment de sa formation et dont la question de la reconnaissance en France se pose.

n'a pas à régir la validité du lien, sous peine d'une réponse « orientée » à cette question⁶⁶. Inversement, la loi du partenariat ne doit pas empiéter sur la compétence de la loi successorale⁶⁷. Aussi, on ne peut qu'adhérer à la critique de M. Devers à l'encontre de la loi allemande du 16 février 2001 qui favorise la reconnaissance de droits successoraux au profit du partenaire survivant lorsque la loi successorale ne lui ouvre aucun droit successoral en donnant alors compétence à la loi de l'institution⁶⁸.

Il est vrai que ce respect de la compétence respective de chaque loi peut poser d'éventuels problèmes d'adaptation. Ainsi, la loi successorale, et non la loi du lien familial de chaque candidat à la succession, est compétente pour désigner les successibles et les droits de chacun. Or, si cette loi ne connaît pas l'institution du partenariat, il faudra l'interpréter et au besoin l'adapter pour savoir, par exemple, si sa définition du « conjoint survivant » peut englober celle de « partenaire survivant » telle qu'envisagée par la loi de l'institution. Ces questions d'adaptation sont toutefois trop complexes pour être abordées dans le cadre restreint de cette intervention⁶⁹.

B. La révolution

Certains auteurs proposent, à l'égard des partenariats, une approche beaucoup plus novatrice, que l'on ne pourra malheureusement que rapidement évoquer et qui mérite certainement un examen plus approfondi ; la piste sera donc ici simplement ouverte.

On pourrait en effet se demander si, en matière de partenariat, il faut continuer à raisonner selon la méthode bilatérale classique qui paraît ici montrer ses limites. La recherche d'une qualification, celle d'un rattachement approprié, ne sont-elles pas vaines? Une démarche en termes de reconnaissance⁷⁰, ou purement unilatéraliste, n'est-elle pas préférable? En tout cas, même dans cette optique unilatéraliste, deux impératifs semblent devoir être maintenus si on attache quelque importance au souci de permanence du statut personnel des individus et à une certaine prévisibilité des solutions quant aux effets de l'union des partenaires. D'une part, sur le plan de la législation matérielle interne, chaque Etat devrait peut-être se montrer moins expansionniste dans l'application de sa propre loi, c'est-à-dire restreindre les critères d'attribution de son partenariat en exigeant des attaches fortes des deux

^{66 -} V. le très critiquable arrêt Ponnoucannamale, Req. 21 avr. 1931, S. 1931.1.1377, rapport Pilon, note Niboyet.

^{67 -} Tout au plus, on pourrait admettre que la loi régissant le partenariat doive préalablement prévoir une telle vocation successorale avant d'interroger la loi successorale.

^{68 -} A. Devers, Le concubinage en droit international privé, op. cit., n° 621 et s., p. 371.

^{69 -} Sur ces questions, v. P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, op. cit., n° 255 et s.

^{70 -} Sur cette méthode, voir, P. Lagarde, Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification : quelques conjectures, RabelsZ 2004, p. 225; P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *in* Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 547.

partenaires avec le territoire national; il limiterait ainsi, dans la mesure du possible, les risques de développement international problématique de son partenariat. D'autre part, une démarche unilatéraliste et/ou en termes de reconnaissance en ce qui concerne les partenariats étrangers devrait s'opérer dans une perspective d'accueil relativement libérale.

Une démarche unilatéraliste et en termes de reconnaissance n'est pas inconnue du droit positif. Ainsi s'oriente le droit international privé hollandais⁷¹: le partenariat enregistré à l'étranger est reconnu aux Pays-Bas s'il est valablement enregistré selon la *lex loci registrationis*, y compris ses règles de droit international privé⁷².

En doctrine, M. Mayer propose d'aborder la question des partenariats en termes de reconnaissance. L'auteur écrit, à propos de la reconnaissance d'un jugement, qu'outre le jugement, c'est la situation qu'il crée qui est reconnue de façon indirecte par l'ordre juridique du for, telle qu'elle a été énoncée par l'ordre juridique étranger. Ainsi, en reconnaissant le jugement étranger, « le for consacre la situation en tant qu'elle a été énoncée de façon concrète dans l'ordre juridique étranger »73. Or, M. Mayer envisage, à côté de la reconnaissance des décisions, une méthode distincte, celle la reconnaissance des situations74. Selon lui, cette méthode fait partie du domaine du conflit de lois et non de celui du conflit de juridiction, dans la mesure où la situation résulte d'une règle et non d'une décision et où il faut déterminer l'ordre juridique auquel appartient cette règle pour en admettre la reconnaissance. Toutefois, la méthode emprunterait certains traits à celle de la reconnaissance des jugements, en ce sens qu'il s'agirait, moyennant la vérification des conditions posées par le droit international privé du for, de consacrer dans l'ordre juridique du for un point de vue concret, non déduit du droit international privé du for mais extérieur et émanant d'un ordre juridique que le for estime compétent, et qui s'est « cristallisé », notamment du fait de l'intervention d'une autorité publique comme lors de l'enregistrement d'un partenariat⁷⁵. Selon cette logique, un partenariat devra, à certaines conditions, être reconnu en France tel qu'il est énoncé à l'étranger, ou tel que certains de ses effets ont été arrêtés à l'étranger. M. Mayer justifie sa démarche en partant du principe que certaines situations sont nécessairement régies par la lex auctoris, l'intervention d'une autorité publique impliquant que leurs conditions de

^{71 -} V. H. U. Jessurun d'Oliveira, Le partenariat enregistré et le droit international privé, op. cit., spéc. p. 91.

^{72 -} Les partenariats enregistrés en Hollande sont quant à eux soumis à la loi néerlandaise, même pour la capacité de chacun des partenaires. Cette solution unilatéraliste mais nationaliste est peu propice à l'harmonie internationale des solutions. Une bonne concliitation des impératifs en présence aurait plutôt conduit à reconnaître les institutions étrangères selon des règles relativement souples, mais à exercer de façon plus « mesurée » sa propre compétence législative.

^{73 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. cit., spéc. nº 7, p. 550.

^{74 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. cit., spéc. n° 19 et s., p. 558.

^{75 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. cit., spéc. n° 28 et s., p. 561.

validité et leurs effets soient nécessairement régis par la loi de cette autorité⁷⁶. Ainsi, l'auteur souligne à raison que le Pacs n'est pas un partenariat, mais le partenariat du droit français⁷⁷. Ce constat justifierait le raisonnement en termes de reconnaissance : un partenariat enregistré dans un pays ne peut produire que les effets prévus par la loi de ce pays ; aussi, la question ne serait pas celle de la loi applicable, mais celle des conditions auxquelles ce partenariat, soumis à la lex auctoris, est reconnu en France⁷⁸. Ces conditions devraient être le respect des exigences posées par la *lex auctoris*, l'existence d'un certain lien entre les partenaires et le pays d'enregistrement, et l'autorisation de la loi personnelle des individus. Le raisonnement est séduisant. Il semble toutefois trouver une limite dans le fait que l'on ne demandera pas toujours au juge du for de simplement reconnaître un partenariat, ou des effets arrêtés à l'étranger. Le juge sera parfois sollicité pour faire produire au partenariat des effets nouveaux en France ; on lui demandera parfois de modifier l'état de droit. Dans ce cas, la proposition de M. Mayer paraît beaucoup moins audacieuse. L'auteur déclare en effet : « Le fait que la reconnaissance ait pour objet le partenariat organisé par la lex auctoris n'exclut pas absolument que dans un second temps on soumette ses effets à la loi du pays dans lequel les partenaires viennent s'installer durablement »⁷⁹; ou encore : « La méthode de la reconnaissance des situations, comme celle de la reconnaissance des décisions, épuise ses effets avec l'établissement de la situation. Celle-ci une fois reconnue, le juge doit recourir pour déterminer ses effets à la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, en résolvant les problèmes de conflit mobile et d'adaptation qu'il est susceptible de rencontrer »80. Cette « autolimitation » de la démarche proposée par l'auteur paraît être son principal inconvénient : à quoi bon un tel détour par la reconnaissance ? Un raisonnement conflictuel n'est-il pas possible et finalement préférable car plus complet ? Par ailleurs, on peut rester réticent à la proposition de l'auteur de soumettre les effets du partenariat à d'autres lois que la lex auctoris. Cependant, il faut bien avouer qu'au final les deux techniques, conflit de lois ou reconnaissance, semblent très proches.

A l'issue de cet exposé, l'auditoire, probablement dérouté, se dira peutêtre que décidément, le droit international privé, plus jamais : il a essayé et on ne l'y reprendra plus ! Mais alors, ne concluez pas de partenariat comportant des éléments d'extranéité, ou ne sortez pas de chez vous une fois un tel partenariat conclu ... ou que le législateur, aujourd'hui plutôt européen, fasse quelque chose !

^{76 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. ctt., spéc. n° 40, p. 567.

^{77 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. cit., spéc. nº 41, p. 568.

^{78 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. cit., spéc. n° 42, p. 568.

^{79 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *op. cit.*, spéc. n° 42, p. 568.

^{80 -} P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, op. cit., spéc. n° 48, p. 572.

Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe?

De leur côté, les internationalistes peuvent au contraire plutôt se réjouir : après une période de relative disette et de mort annoncée du droit international privé sous les coups répétés d'une européanisation des règles de conflit posant peu de problèmes théoriques intéressants, ils ont hérité, grâce aux initiatives de quelques législateurs internes, d'un nouveau terrain de jeu. Nouveaux jouets, particulièrement stimulants pour une doctrine qui commençait à s'ennuyer un peu, les partenariats permettent à un internationaliste de conclure avec une seule certitude sur la question : merci le législateur !

TITRE 2 : UNE MODELISATION SUPRA-ETATIQUE ?

DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE AUX NOUVELLES CONJUGALITES: UNE MODELISATION SUPRA-ETATIQUE DES RELATIONS EXTRA-MATRIMONIALES PAR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Jean-Pierre Marguénaud

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges, OMIJ

C'est bien à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Amiens, réputée jusqu'à Limoges pour sa pétulance, qu'il revenait de proposer un colloque sur un thème aussi explosif et sulfureux que le PACS et les nouvelles conjugalités. Les organisateurs, dans leur grande sagesse, ont cependant choisi de contenir les débats dans les limites raisonnables et décentes puisque, en retenant le terme « conjugalité », ils se sont assez nettement arrimés à la notion de couple qui, certes peut être agencé de différentes manières mais qui est limité à deux personnes. Aussi ont-ils pris le risque inconsidéré d'être bientôt dépassés par les évènements. Parmi les affaires récemment soumises à l'examen de la Cour de Strasbourg, on relève en effet une affaire D.D. c/France¹ relative à la question de la répudiation unilatérale de la femme qui n'est pas tout à fait sans relation avec la polygamie, laquelle a d'ailleurs fait l'objet le 22 juillet 1970 d'une décision de la Commission EDH c/Royaume-Uni². On relève aussi une affaire S.B. c/Belgique, qui a donné lieu à une décision d'irrecevabilité le 6 avril 20043, où un requérant avait déjà posé la question de savoir si les obstacles à l'épanouissement d'une sexualité à partenaires multiples ne constituaient pas une atteinte au droit au respect de la vie privée.

Puisqu'il faut s'en tenir à la conjugalité, revenons-y docilement.

L'objectif serait de vérifier si l'interprétation dynamique de la CEDH par la Cour de Strasbourg ne serait pas en passe de substituer aux différentes sensibilités nationales une modélisation supra-étatique des nouvelles conjugalités qui proposerait aux couples d'autres formes d'organisation que le mariage (section I) ou qui ouvrirait le mariage à d'autres couples que le couple traditionnellement constitué d'un homme et d'une femme (section II).

^{1 -} Note d'information n° 65 sur la jurisprudence de la Cour, juin 2004, p. 43.

^{2 -} Rec. Déc. Vol. 35.108.

^{3 -} Note d'information n° 63 sur la jurisprudence de la Cour, avril 2004, p. 108.

Section I – L'élaboration d'un statut extra-matrimonial européen original

A l'examen de la jurisprudence strasbourgeoise, on se rend compte que le bilan est pauvre (A) et que les perspectives sont maigres (B).

A. Le bilan est pauvre d'abord parce que le modèle familial que la Cour EDH dessine au fil de ses très nombreuses décisions relatives au droit au respect de la vie familiale, garanti par l'article 8 de la Convention, n'a pas pour vocation première d'organiser les rapports des membres du couple. Il sert essentiellement à vérifier l'existence d'une famille que, selon le § 31 de l'arrêt Marckx du 13 juin 1979⁴, l'article 8 aurait présupposée, afin d'apprécier comment il faut établir ou protéger la relation entre un enfant et un de ses parents qui, bien souvent, n'a même pas eu le temps de constituer un couple avec l'autre. Aussi, du point de vue qui nous intéresse aujourd'hui, n'y a-t-il pas grand chose à tirer de la célèbre affirmation de l'arrêt Keegan c/Irlande du 26 mai 1994⁵ suivant laquelle la notion de famille visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens familiaux de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage ni de l'idée récemment rappelée par un arrêt Pini et autres c/Roumanie du 22 juin 20046 suivant laquelle même en l'absence de cohabitation ou de liens de facto suffisamment étroits, une famille peut exister comme élément préalable à la protection de la vie familiale lorsqu'il existe une simple relation potentielle, un simple projet de vie familiale.

Pour la modélisation des nouvelles conjugalités, il n'y a pas non plus grand chose à tirer de deux autres affirmations, essentielles pour avoir placé le droit au respect de la vie familiale sous l'influence prioritaire de l'intérêt de l'enfant : celle résultant de l'arrêt Fretté c/France du 26 février 2002⁷, reprise par l'arrêt Pini précité, suivant laquelle l'adoption consiste à donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille ; celle de l'arrêt X, Y et Z c/Royaume-Uni du 22 avril 1997⁸ selon laquelle « il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant ». Comme l'arrêt Fretté concernait le droit pour un homosexuel de pouvoir adopter et que l'arrêt X ; Y et Z était relatif au droit pour une femme, devenu l'homme d'un couple à la suite d'une opération de conversion sexuelle, de reconnaître l'enfant

⁴⁻Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, GACEDH, Puf, coll. Thémis 2^{ème} éd. 2004, n° 42 par A. Gouttenoire.

^{5 -} A.291 JCP G 1995, I, 3823 n° 312, chr. F. Sudre.

^{6 -} JCP G 2004, I, 161 nº 9 chr. F. Sudre.

^{7 -} RTDciv. 2002, p. 389, obs. J.P. Marguénaud.

^{8 -} D. 1997, jurisp., p. 584, note S. Grataloup.

Une modélisation supra-étatique des relations extra-matrimoniales par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

mis au monde par sa compagne à la suite d'une insémination artificielle, on n'était pas très loin de la question des nouvelles conjugalités qui, pour être directement abordée, commande de laisser provisoirement les enfants de côté puisqu'elle intéresse d'abord des couples qui ne peuvent pas procréer.

Ce qui est frappant, c'est qu'il n'y a pratiquement rien dans la jurisprudence de la Cour ou même dans celle de la défunte Commission européenne des Droits de l'Homme qui puisse servir à la construction d'un autre modèle que le mariage. Les quelques affaires, espagnoles pour la plupart, qui concernent directement l'organisation des relations des concubins entre eux sont en effet très décourageantes. S'agissant des concubins hétérosexuels qui, au moment de la séparation, se plaignent de ne pas pouvoir bénéficier comme les ex-conjoints d'avantages tels que l'attribution du domicile, ou le versement d'une prestation compensatoire, la Cour leur répond que la question relève sans doute du droit au respect de leur vie familiale mais que, dans la mesure où ils auraient pu librement régulariser leur situation avec leur partenaire de façon à pouvoir bénéficier, le cas échéant, des avantages économiques inhérents au statut de conjoint, ils ne sauraient invoquer une discrimination par rapport aux unions matrimoniales. Cette réponse a été apportée par une décision Saucedo Gomez c/Espagne, 19 janvier 19999 qui est une des premières décisions d'irrecevabilité rendues par une chambre de la nouvelle Cour. Elle est d'autant plus décourageante que, en l'espèce, le reproche de n'avoir pas régularisé la situation a été adressé à une concubine qui, au début de sa relation et pendant les sept premières années de vie commune, n'était pas, en réalité, libre de le faire puisqu'elle était déjà prise dans les liens d'un mariage auquel, en Espagne, le divorce ne pouvait pas encore mettre fin. Par cette décision Saucedo Gomez, la Cour a en outre précisé que si la réalité sociale démontrait l'existence d'unions stables entre hommes et femmes, fondées sur des liens de solidarité et d'appui mutuel constitutifs d'une vie commune pleine sur les plans affectif, économique et social, ne s'insérant pourtant pas dans le cadre juridique du mariage, il ne lui appartenait pas de dicter ni même d'indiquer à un Etat les mesures à prendre pour la prendre en compte. Autrement dit, la question de l'élaboration d'un statut extra-matrimonial pour les couples hétérosexuels relève de la marge d'appréciation des Etats.

S'agissant des concubins homosexuels, la situation est plus grave encore car une décision Mata Estevez du 10 mai 2001¹⁰ leur a signifié : 1/ que les relations homosexuelles ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale et que, en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé, les Etats jouissent encore d'une grande marge

^{9 -} Req. n° 37784/97.

^{10 -} Req. n° 56501/00.

d'appréciation pour procéder à une éventuelle reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables et durables entre homosexuels ; 2/ que le refus de leur accorder, au titre du droit au respect de la vie privée, les prestations reconnues au conjoint survivant est justifié par le but légitime de protéger le mariage. Quand on se souvient de la désinvolture dont la Cour avait fait preuve, quelques mois plus tôt, dans le célèbre arrêt Mazurek du 1er février 2000¹¹ en estimant « qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime », on ne peut manquer de relever un étonnant regain de vitalité de la famille fondée sur les liens du mariage. Il faut croire qu'elle est moins menacée de l'intérieur par le conjoint adultère que de l'extérieur par les homosexuels. En leur faveur, on ne peut guère faire état que de l'arrêt Karner c/Autriche du 24 juillet 200312 qui, grâce à la combinaison du principe de non discrimination de l'article 14 et de l'article 8, a jugé que l'exclusion des seuls couples homosexuels de l'application de la législation relative au transfert de bail au survivant est une mesure disproportionnée pour atteindre le but légitime, quoique plutôt abstrait, de protection de la famille traditionnelle. Cette solution est relativement encourageante car, pour pouvoir l'affirmer, la Cour, insistant sur la nécessité de garantir et développer les standards de la protection prévue par la Convention, n'a pas hésité à écarter le redoutable obstacle procédural tenant au décès, en cours d'instance, d'un requérant homosexuel dont aucun proche n'avait souhaité la poursuite de l'examen de sa requête. Encore faut-il souligner que, pour accorder cette victoire aux couples homosexuels, la Cour a refusé d'aborder la difficulté sous l'angle du droit au respect de la vie familiale pour se situer sur le terrain du droit au respect du domicile providentiellement consacré par le même article 8. Si l'on s'attendait à trouver dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg un modèle qui harmoniserait, à l'échelle européenne, le statut extra-matrimonial des couples homosexuels à partir du PACS français, du Lebensgemeinschaft allemand et du civil partnership anglais, la recherche est donc très décevante.

B. Il faut aussi convenir, que, pour l'heure, **les perspectives** sont maigres. Dans la mesure où ces institutions n'ont même pas 5 ans pour la plus âgée, le temps nécessaire à l'épuisement des voies de recours internes n'est pas encore écoulé et la Cour de Strasbourg ne peut pas encore se prononcer sur leurs éventuelles contrariétés aux articles de la CEDH. Il faut d'ailleurs bien comprendre que c'est seulement l'incompatibilité de tel ou tel aspect d'une institution nouvellement créée avec la CEDH ou ses protocoles additionnels qui pourrait être discutée

^{11 -} GACEDH op. cit. nº 44 par A. Gouttenoire.

^{12 -} RTDciv. 2003, p. 764, obs. J.P. Marguénaud.

à Strasbourg. A supposer qu'ils le souhaitent, les couples homosexuels auraient sans doute beaucoup de mal à faire reconnaître par la Cour de Strasbourg que le droit au respect de leur vie familiale engendre l'obligation positive pour l'Etat qui ne l'aurait pas encore fait de créer pour eux un statut extra-matrimonial spécifique. Par son arrêt Johnston c/Irlande du 18 octobre 198613, elle a en effet affirmé que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme exigeant d'instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés. En l'espèce, la catégorie particulière de couples non mariés était celle des amants hétérosexuels qui se heurtaient à une impossibilité juridique de se marier en raison de l'interdiction de divorcer en vigueur en Irlande. Tout ceux qui, comme, les homosexuels ou les trop proches parents et alliés, ne peuvent franchir les portes des mairies, n'ont donc, en l'état actuel de la jurisprudence européenne, aucun secours à attendre de l'article 8 pour obtenir un statut extra-matrimonial spécifique. Les chances d'amener la Cour de Strasbourg à se prononcer ex nihilo sur un tel modèle de statut extra-matrimonial sont d'autant plus réduites que, comme vient de le préciser la décision S.B. c/Belgique déjà évoquée, la prééminence du droit, la sécurité juridique, la prévisibilité de la loi et la proportionnalité, constamment utilisées par la Cour comme instruments d'interprétation de la Convention, ne peuvent pas fonder, en tant que telles, une requête. Il faut donc se tourner vers une autre forme de modélisation supra-étatique beaucoup plus dangereuse, mais, paradoxalement, beaucoup plus opérationnelle, qui consiste à ouvrir le mariage civil à des couples qui en étaient exclus.

Section II – La déconstruction européenne du mariage traditionnel

Dans la tradition européenne, influencée par le christianisme, le mariage est entendu comme « le rapprochement de deux sexes que la nature n'a faits si différents que pour les unir »¹⁴; il repose sur la prohibition de l'inceste et de la bigamie. Cette dernière interdiction résiste à l'influence européenne. En revanche, celle de l'inceste commence à être attaquée (A), quant à la différence de sexe, elle est de plus en plus frontalement discutée au nom de la CEDH (B).

A. Le mariage traditionnel entre un homme et une femme l'un et l'autre célibataire n'est pas ouvert à tous les couples hétérosexuels. Comme on le sait, **l'interdit de l'inceste** peut retirer toutes les espérances matrimoniales à certains d'entre eux. Comme on le sait aussi,

^{13 -} GACEDH op.cit. nº 41 par A. Gouttenoire.

¹⁴ - Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil $\it in$ Ecrits et discours juridiques et politiques, PUAM 1988, p. 36.

la force de cet interdit est si considérable que, en vertu de l'article 515-2 1° du Code civil, il peut même fermer la porte des greffes des tribunaux d'instance aux candidats à un PACS. Or, la Cour européenne des Droits de l'Homme ne va peut-être pas tarder à affaiblir la portée de cet interdit matrimonial. Elle est en effet saisie d'une affaire B et L c/Royaume-Uni¹⁵ dans laquelle le beau-père et sa belle-fille désormais divorcée se plaignent de ne pas pouvoir se marier. A quelques nuances près que je n'ai pas le temps de vous exposer, on se trouve donc dans une hypothèse qui, au regard de l'article 161 du Code civil et en l'absence de décès de la personne qui a créé l'alliance, constituerait un cas d'inceste absolue. Néanmoins, par une décision du 29 juin 2004, la Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé que cette interdiction britannique de mariage, qui ne frappe pas les autres liens d'affinité sans consanguinité, justifiait la recevabilité de la requête sous l'angle des articles 12 qui consacre le droit de sa marier et de fonder une famille et de l'article 14, qui pose le principe de non-discrimination. Lorsqu'une requête a franchi le cap de la recevabilité elle est déjà en très bonne voie, mais il est encore loin d'être assuré qu'elle débouchera sur un constat de violation. Si, d'aventure, un futur arrêt B et L c/Royaume-Uni venait d'ici la fin de l'année 200516 à condamner nos voisins sur cette question, le législateur français devrait sérieusement envisager une modification de l'article 161 pour se conformer à une première inflexion européenne du modèle du mariage traditionnel. En attendant, la Cour de Strasbourg a déjà récemment engagé une rupture plus fondamentale avec le mariage traditionnel, rupture déjà exposée dans un savant article publié à la RTDH¹⁷ par mon co-auteur et ami Michel Levinet avec lequel je me trouve néanmoins souvent en désaccord au nom du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture qui, comme on le sait, sont inhérents à une société démocratique.

B. Je vais donc devoir vous parler des deux célèbres arrêts de la grande Chambre du 11 juillet 2002¹⁸ I. et Christine Goodwin c/Royaume-Uni qui ont opéré un double et spectaculaire revirement de jurisprudence en matière de transsexualisme. Ces revirements, et plus particulièrement celui qui concerne le mariage des transsexuels, sont tellement connus que je pourrais aller vite même si la question est, à l'évidence au cœur de notre sujet. On sait que après avoir clamé haut et fort depuis l'arrêt Rees c/Royaume-Uni du 17 octobre 1986¹⁹ jusqu'à l'arrêt Sheffield et Horsham²⁰ toujours contre Royaume-Uni du 30 juillet 1998

^{15 -} Note d'information n° 65 sur la jurisprudence de la Cour, p. 31.

^{16 -} Adde un arrêt du 13 septembre 2005 a effectivement constaté une violation de l'article 12 dans cette affaire B. L.

¹⁷⁻La liberté matrimoniale au sens de la convention européenne des droits de l'Homme » RTDH 2004, p. 889.

^{18 -} GACEDH op. cit. nº 38 par M. Levinet.

^{19 -} A.106 JDI 1987, 796, chr. P. Rolland.

^{20 -} RTDH 1999, 646, note M. Levinet; RTD Civ. 1998, p. 1001, obs. J.P. Marguénaud.

Une modélisation supra-étatique des relations extra-matrimoniales par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

que l'article 12, en garantissant le droit de sa marier de l'homme et de la femme, vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent, la Cour, en 2002, a réexaminé la situation, notamment à la lumière de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et des bouleversements apportés à l'institution du mariage par l'évolution de la société. Cette réévaluation l'a conduite, d'abord à préciser que le droit de fonder une famille, également consacré par l'article 12, n'est pas une condition du droit de sa marier et que l'incapacité, pour un couple, de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi le priver du droit de convoler en justes noces ; ce qui rassurera beaucoup les couples hétérosexuels du 4^{ème} âge candidats à un 3^{ème} mariage; ensuite et surtout à reconnaître qu'aujourd'hui on ne peut plus continuer à admettre que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques. Jusque là, il y a une évolution mais pas une révolution : la Cour de Strasbourg ne dit pas que deux personnes du même sexe ont le droit de sa marier; elle dit seulement que l'on doit utiliser des critères moins archaïques pour apprécier que leur sexe est différent. L'honneur du mariage traditionnel est encore sauf... sauf à remarquer que si les traitements médicaux et le comportement social ont creusé, c'est presque le cas de le dire, une différence de sexe suffisante pour que le mariage soit accordé à un transsexuel en fonction de la nouvelle jurisprudence européenne, on aura quand même admis le mariage de deux personnes qui du point de vue chromosomique ont rigoureusement le même sexe. Le plus révolutionnaire tient à l'obiter dictum que je ne peux que rappeler : « La Cour constate également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux adoptée récemment s'écarte -et cela ne peut être que délibéré- de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme ». Cette prise en compte tonitruante de ce qui est présenté, en définitive, comme un signe de croissance du consensus européen sur la question du mariage homosexuel, autorise à dire que les arrêts du 11 juillet 2002 ont entr'ouvert les portes des mairies aux couples homosexuels.

Il reste à savoir de quoi pourrait dépendre une ouverture des portes à pleins battants qui consommerait une rupture complète avec le mariage traditionnel et offrirait un nouveau modèle matrimonial supraétatique. Il s'agirait à l'évidence de l'existence d'un dénominateur commun amplement partagé par les Etats européens. On se souvient que, en 2001, dans l'affaire Mata Estevez, la Cour de Strasbourg avait estimé qu'il n'existait même pas de dénominateur commun suffisant pour pouvoir conclure que les relations homosexuelles durables relèvent de la vie familiale au sens de l'article 8. On devrait donc pouvoir affirmer que, a fortiori, il n'existe pas de dénominateur commun amplement partagé qui pourrait déjà permettre de rattacher le droit au mariage des homosexuels à l'article 12 dans le prolongement des arrêts I et Christine Goodwin. Seulement il y a eu la loi néerlandaise du

21 décembre 2000 entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001 ; seulement il y a eu la loi belge du 28 février 2003 entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003 ; seulement il va y avoir la loi espagnole... Seulement, il y a des maires courageux pour les uns, dangereux pour les autres, qui n'hésitent pas à célébrer des mariages promis à une inéluctable annulation nationale à seule fin de créer les conditions procédurales nécessaires à un examen par la Cour de Strasbourg du mariage homosexuel. Seulement, il peut se trouver à Strasbourg des juges qui ont le temps de lire l'anthropologue Maurice Godelier qui est en passe de devenir une nouvelle coqueluche médiatique pour avoir décrit « les métamorphoses de la parenté »²¹ et avancé l'hypothèse étonnante et détonante suivant laquelle la famille ne serait pas le fondement de la société. Le Centre de Droit Privé et de Sciences Criminelles d'Amiens, Georges Fauré et Jacqueline Flauss-Diem qui nous ont déjà si bien accueillis ont donc encore beaucoup de colloques sur la planche.

^{21 -} Fayard, 2004.

DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROITS NATIONAUX DES NOUVELLES FORMES DE CONJUGALITE

Rémy Hernu

Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne Centre de recherche universitaire sur la construction européenne (CRUCE)

Comment aborder la contradiction apparente que suggère la lecture de ces deux éléments de motivation : « La décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, relève soit du choix du législateur, soit de l'interprétation effectuée par les juridictions nationales des règles juridiques de droit interne, sans que les particuliers puissent faire valoir aucune discrimination fondée sur le sexe en droit communautaire [...]. Une législation, telle que celle en cause au principal, qui [...] empêche un couple tel que K. B. et R de remplir la condition du mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre, doit être considérée comme étant, en principe, incompatible avec les exigences de l'article 141 CE »¹? La première phrase semble préserver l'exclusivité de la compétence des Etats pour déterminer les effets du mariage. La seconde marque, en revanche, une pénétration du droit communautaire dans l'exercice de leur compétence pour déterminer le régime de ces effets. La réponse se trouve dans les interstices du texte, dans un raisonnement fondé exclusivement sur la dynamique de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. L'arrêt K.B. donne ainsi acte d'une insertion du droit de l'Union dans les droits de la famille des Etats membres, y compris lorsqu'ils organisent l'une des formes parmi les plus traditionnelles d'institutions familiales et sociales : le mariage.

Il ne s'agit pas d'une évolution radicale ; plusieurs éléments permettent de lever l'effet de surprise immédiatement ressenti. Tout d'abord, les rapports entretenus entre le droit communautaire et le droit de la famille sont anciens, notamment en matière de fonction publique communautaire². Ensuite, l'arrêt ne constitue pas un cas isolé dans le domaine du droit civil, comme l'illustre fort bien la publication récente, au Dalloz, d'une chronique de « droit civil de l'Union européenne »³. Son auteur y constate l'émergence progressive d'un droit civil de l'Union

^{1 -} CJCE 7 janvier 2004, K.B. / National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, C-117/01, Rec. p. I-1, points 28 et 34, note J. Hauser, RTDciv. 2004, p. 266-267.

²⁻Voy., par exemple, les arrêts CJCE 7 juin 1972, Bertoni, épouse Sabbatini / Parlement européen, 20/71, Rec. p. 345 (à propos de la qualité de chef de famille reconnue à l'époux) et CJCE 20 février 1975, Airola / Commission européenne, 21/74, Rec. p. 221 (à propos de l'effet dévolutif de la nationalité du mari à l'épouse en cas de mariage).

^{3 -} C. Nourissat, Droit civil de l'Union européenne (1er semestre 2003), D. 2003, chr., p. 2450-2455.

qui procèderait selon la technique de la communautarisation des droits des Etats⁴. Il dresse ensuite le constat d'une imprégnation par le droit communautaire des régimes respectifs des obligations, de la responsabilité civile, des successions, des personnes et de la famille. Et encore faut-il préciser, pour aller plus loin, que le processus relevé ne révèle pas lui-même une tendance isolée, dès lors qu'on la replace dans une perspective élargie. En droit public, par exemple, des domaines traditionnellement considérés comme peu perméables aux influences extérieures, tels que la police administrative ou la domanialité publique, subissent de manière croissante les contraintes imposées par le droit européen⁵. Voici le cadre général tracé. Il reste à en mesurer la pertinence.

Une communautarisation progressive des droits de la famille devrait logiquement impliquer une modélisation d'un droit de la famille de l'Union, celle-ci conduisant à son tour à la définition d'institutions communautaires. Or, à l'heure actuelle, cela ne correspond à aucune réalité tangible, de sorte qu'il n'apparaît pas suffisant de dire la chose pour la faire exister. L'emploi du terme « communautarisation » ne renseigne pas sur la forme qu'elle peut, ou pourrait, prendre (harmonisation, unification, etc.), pas plus qu'il explicite ce qui la justifie au regard des finalités de l'ordre juridique communautaire. Il apparaît donc indispensable de partir de bases théoriques qui permettront de fonder l'hypothèse de la pénétration du droit communautaire et d'éclairer, en retour, toute la complexité des questions abordées. Il convient notamment de commencer par s'interroger sur la compétence de la Communauté européenne pour pouvoir y procéder.

Comme chacun le sait, l'article 5, paragraphe 1, du traité CE, prescrit la règle de l'attribution des compétences communautaires par les Etats membres. Or, qu'en est-il du droit applicable aux relations de couple qu'elles aient, ou non, un caractère matrimonial ? Le traité ne contient pas de dispositions relevant du domaine des politiques familiales⁶ et la Cour de justice a maintes fois rappelé, y compris dans ses arrêts les plus récents, que cette branche du droit relève de la compétence exclusive des Etats⁷. Il en ressort que les institutions de la Communauté ne disposent d'aucun titre à agir qui leur permettrait d'harmoniser ou d'unifier les droits de la famille. La pénétration ne prend donc pas cette forme.

Dans le même temps, le droit communautaire a pour vocation première de s'adresser à la personne, que ce soit en qualité de travailleur

^{4 - «}Le droit civil [...] paraît progressivement et inexorablement en voie de se communautariser » : *Ibidem*.

^{5 -} Voy., à cet égard, Conseil d'Etat, Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence, E.D.C.E., n° 53, Paris, 2002, La documentation française, 478 p.

^{6 -} La politique familiale n'apparaît pas non plus comme un objet de la Communauté qui pourrait justifier une extension de la compétence fonctionnelle des institutions sur le fondement de l'article 308 CE.

^{7 -} Voy. CJCE 7 janvier 2004, K.B., précité, point 28.

salarié ou indépendant8 ou, plus récemment, en qualité de citoyen européen, de demandeur d'asile ou encore de personne déplacée ayant été contrainte de quitter son pays d'origine. Or, en s'adressant à la personne, le droit communautaire établit nécessairement un lien avec sa famille9 et, notamment, avec son couple10. Il peut être amené à rencontrer des situations qui, tout en ne relevant pas du champ d'application du traité, sont susceptibles de l'intéresser. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les membres de la famille qui peuvent accompagner le travailleur migrant au titre du regroupement familial¹¹: le conjoint, le partenaire non marié, le partenaire ayant conclu un partenariat civil enregistré, les enfants ?, etc. Le droit au regroupement familial est ainsi apparu comme un facteur déterminant d'intégration dans l'Etat d'accueil, ce qui explique pourquoi la Cour et le législateur l'ont toujours rattaché aux objectifs sociaux de la Communauté¹². Cette inscription ne relève pas essentiellement de l'ordre du symbole. Elle fonde une démarche interprétative pétrie de téléologie qui consiste à voir dans les institutions familiales des obstacles ou, au contraire, des instruments facilitant la mise en œuvre effective du droit communautaire, qu'il s'agisse de la libre circulation des personnes, avec les droits qui l'accompagnent, ou de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité ou sur le sexe. Il en ressort que les droits internes de la famille sont abordés par le droit communautaire à travers les prismes du marché et des droits fondamentaux ; comme tout prisme, ceux-ci déforment la perception des objets qui sont appréhendés à travers eux¹³. On entre là au cœur du sujet : en dehors de toute compétence communautaire, le droit de l'Union accède, par la dynamique des droits fondamentaux, aux institutions du droit de la famille. L'hypothèse de la pénétration est alors tout à fait vérifiable. Elle repose sur une logique et sur des mécanismes qui peuvent être appréhendés à partir du triptyque "développement-éviction-autonomie".

^{8 -} Se référer, notamment, aux articles 39 et suivants du traité CE consacrés à la libre circulation des travailleurs et à l'article 141 CE relatif à « l'application du principe de l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ».

^{9 -} Voy. H. Gaudemet-Tallon, Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, R.M.C. 2000, p. 268. 10 - Voy. S. Ramet, Le droit communautaire et la famille, Thèse, Paris I, 2001, p. 1.

¹¹⁻ Voy. S. Poillot-Peruzzetto, L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille, *in* Démarche communautaire et construction européenne, sous la direction de F. Hervouët, Travaux de la CEDECE, Actes du colloque de Poitiers des 12, 13 et 14 octobre 2000, Paris, La documentation française, 2000, 2 volumes, volume 1, 441 p.

^{12 -} Voy. le règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, et notamment son préambule : « considérant que la libre circulation constitue pour les travailleurs et leur famille un droit fondamental ; [...] considérant que le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et à l'accès au logement, et aussi que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille, et les conditions d'intégration de cette famille dans le milieu du pays d'accueil » (J.O.C.E n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 2).

^{13 -} Voy. J. Raynard, Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible (CJCE 7 janv. 2004, aff. C-117/01), RTDciv. 2004, p. 375.

Le respect des règles du marché intérieur et des droits fondamentaux relève d'une même logique, celle de la mise en œuvre effective de droits subjectifs. Ce respect présente, pour les institutions communautaires, et notamment pour la Cour de justice, une dimension quasiment axiologique. Il participe d'un ordre public qui repose sur la dynamique de l'intégration. Il en résulte une logique de perpétuel développement qui, devant le juge, se traduit par le recours à des méthodes d'interprétation finalistes et évolutives des textes. Les arrêts peuvent aborder les institutions du droit de la famille, mais sans directement les saisir comme objet de litige. Par ce biais, ont ainsi été débattues des questions tout aussi déterminantes que l'assimilation des époux aux partenaires non mariés ou des couples homosexuels aux couples hétérosexuels, etc.14. Dans l'exemple cité, la Cour de justice se prononce sur l'impossibilité pour une personne transsexuelle d'accéder à l'institution du mariage. Le sujet n'est traité qu'au travers du seul principe de l'élimination des discriminations fondées sur le sexe en matière de rémunération des travailleurs, celles-ci représentant à la fois une atteinte à un intérêt fondamental de l'individu et une souffrance auxquelles le droit communautaire entend remédier. La conjonction tombe dès lors sous le sens : le droit objectif doit évoluer. Il le doit par l'effet du principe de primauté qui commande une logique d'éviction du droit interne dès lors qu'il présente des éléments incompatibles avec le droit de l'Union.

Intégrés au droit communautaire, les concepts du droit de la famille font ensuite l'objet d'un traitement autonome. Ses institutions ne sont pas appréhendées en tant que telles ; la famille n'est pas abordée comme noyau de la culture nationale ou comme ciment de la cohésion sociale, ce qui explique le peu de pertinence des considérations relevant de l'ordre de la sauvegarde de la tradition, du lien sociologique ou anthropologique. L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer le rappelle fort bien : ces concepts doivent être interprétés « conformément à l'esprit et à la finalité de la norme qui y fait référence »¹⁵. Les législations nationales sont dans ce cadre traitées comme de purs faits appelant une qualification. Mais comme l'observe Mme Poillot-Peruzzeto, cette rencontre pose problème compte tenu de la différence d'objets des deux droits, ce qui induit une différence assez radicale de perspectives : « le droit communautaire, avec la création du grand marché et ses principes de libre circulation et concurrence construit une dynamique tandis que le

¹⁴⁻On pourra certes affirmer qu'il ne s'agit pas là d'une situation révolutionnaire et que c'est au nom du respect de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe que des domaines relevant le plus directement de la souveraineté des Etats membres ont été attraits dans le droit communautaire, au titre de situations susceptibles de l'intéresser : composition des corps de policiers en uniforme utilisant des armes (CJCE 15 mai 1986, Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 222/84, Rec. p. 1651), composition du corps des commandos de marines au Royaume-Uni (CJCE 26 octobre 1999, Sirdar / The Army Board, Secretary of State for Defense, C-273/97, Rec. p. 1-7403), accès aux emplois militaires comportant l'utilisation d'armes en Allemagne (CJCE 11 janvier 2000, Kreil / Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, Rec. p. 1-69).

^{15 -} Conclusions prononcées dans l'affaire K.B., précité, point 19.

droit de la famille construit plutôt une statique, une permanence, une fixité et si le droit de la famille organise des structures, le droit communautaire les dépasse pour se construire à partir d'objectifs »¹⁶. Le droit communautaire ne retient donc du droit de la famille que ce qui sert sa propre dynamique¹⁷.

Si le constat d'autonomie peut être dressé, il ne faut pour autant pas l'exagérer. En effet, il convient également de noter que la famille est abordée à partir de notions qui sont communes aux droits des Etats membres. Elles sont simplement formulées en des termes suffisamment vagues pour ménager l'impératif d'uniformité de leur interprétation et, corrélativement, pour embrasser l'hétérogénéité des droits nationaux : famille, conjoint, partenaires non mariés, partenariats enregistrés, etc. Dans cette perspective, le droit communautaire propose des définitions de la famille, et notamment du couple, y attache des conséquences juridiques (droit au séjour, non-discrimination, etc.), mais n'en détermine jamais les régimes (qualités et conditions requises pour contracter, formalités, opposition, nullité, droits et obligations). Ces définitions, en raison du caractère finaliste du droit communautaire, varient en fonction des contextes juridiques dans lesquels elles sont mobilisées. Autant dire que, de ce point de vue, aucune modélisation n'est envisageable. Bien inspiré serait celle, ou celui, qui pourraient nous enseigner ce qu'est une famille en droit communautaire.

Le droit communautaire progresse donc lentement vers la famille et notamment vers les nouvelles formes de conjugalité. Il y procède par des voies qui ne sont pas celles de l'harmonisation, faute de compétence communautaire. On constate ainsi que la Cour de justice, qui n'est pas réputée pour sanctifier la lettre du traité, a toujours veillé à adopter des solutions qui pourraient être acceptées par l'ensemble des Etats membres, ou au moins par la plupart d'entre eux. Ce "suivisme" qui caractérise la matière explique alors pourquoi la position du juge, hormis l'hypothèse du transsexualisme, est toujours demeurée en retrait par rapport aux législations les plus avant-gardistes de l'Union européenne. La pénétration du droit communautaire dans le droit des nouvelles formes de conjugalité se veut donc en constante évolution. Elle est entièrement à mesurer. Il conviendra, pour la clarté de l'exposé, d'envisager, dans un premier temps, l'étendue de cette pénétration (section I) avant d'analyser, dans un second temps, les problèmes inhérents aux méthodes et aux conceptions retenues pour en assurer la réalisation (section II).

^{16 -} S. Poillot-Peruzzetto, op. cit.

^{17 -} Sur cette question, voy. P. Maddalon, La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Paris, L.G.D.J, Bibliothèque de droit public, à paraître.

Section I – L'étendue de la pénétration du droit communautaire

Les prises de position adoptées par les institutions communautaires en la matière révèlent des conceptions médianes. Rapportées à l'objectif d'une mise en œuvre effective des droits fondamentaux, elles fournissent logiquement des cas où les obstacles ont pu être levés (B), alors que d'autres ont été confortés par une pratique institutionnelle et par une jurisprudence qui, il faut le rappeler, sont en permanente évolution (A).

A. Les obstacles confortés

Compte tenu de l'absence de compétence communautaire, la Cour, notamment, doit composer avec les droits civils des Etats membres et rechercher les institutions qui leur sont communes. Tel est assurément le cas du mariage de sorte qu'il est impossible de le dissocier, dans la jurisprudence, du traitement des nouvelles formes de conjugalité ; ils sont systématiquement comparés ou associés (1). La démarche comparative a pu conduire le juge à isoler, parmi les diverses formes de conjugalité, la question des couples formés entre personnes de même sexe (2).

1. Le mariage et les partenariats non mariés

En matière de libre circulation, les droits accordés aux membres de la famille dérivent de la qualité de la personne ayant exercé à titre principal les prérogatives tirées des instruments communautaires pertinents (citoyen européen, travailleur migrant ressortissant communautaire, travailleurs migrants ressortissants d'un Etat tiers, entre lesquels il faut d'ailleurs établir des distinctions selon qu'ils sont ressortissants d'Etats associés, demandeurs d'asile, bénéficiaires d'un régime de protection en cas d'afflux massif sur le territoire de l'UE, etc.). L'entourage de la personne concernée bénéficie, « par ricochet », de la liberté de circulation et de séjour au titre du regroupement familial¹⁸.

Des problèmes surviennent inévitablement dès lors que se pose la question de l'identification des membres de la famille. En ce qui concerne le couple, tout repose, ou presque, sur la notion de conjoint. L'article 10 du règlement du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs lui réserve le droit au regroupement¹⁹. Mais à quelle situation de couple l'usage du terme se rattache-t-il ? La Cour, dans l'arrêt Reed du

^{18 -} M. Fallon, Droit matériel général de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2002, 2 ene éd., 904 p., spéc. p. 480. 19 - « Art. 10

 $^{1. \} Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un \'{\rm E}tat membre employ\'e sur le territoire d'un autre \'{\rm E}tat membre, quelle que soit leur nationalit\'e :$

a) son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge;

b) les ascendants de ce travailleur et de son conjoint qui sont à sa charge ».

17 avril 1986, a jugé qu' « en utilisant le mot 'conjoint', l'article 10 du règlement vise seulement un rapport fondé sur le mariage »²⁰. Est ainsi rejeté l'argument défendu par le requérant suivant lequel l'évolution sociale permettrait d'assimiler les époux et les partenaires non mariés. Mais l'argument n'est pas pour autant inopérant ; la Cour n'exclut pas l'éventualité d'une assimilation dès lors qu'elle serait réalisée dans l'ensemble de la Communauté²¹.

Quoiqu'il en soit, la position adoptée en 1986 apparaît assez restrictive puisqu'elle revient à exclure l'existence d'une famille en cas d'union libre²². Les partenaires non mariés du travailleur migrant sont exclus du droit au regroupement familial, de même que leurs enfants s'ils ne sont pas ses descendants. Peu importe à cet égard que tous cohabitent pour former une seule et même famille.

C'est également au moyen d'un renvoi au droit national que le juge détermine l'existence ou la disparition du lien conjugal. Il « ne peut être considéré comme dissous tant qu'il n'y a pas été mis un terme par l'autorité compétente. Tel n'est pas le cas des époux qui vivent simplement de façon séparée, même lorsqu'ils ont l'intention de divorcer ultérieurement »23. La solution s'explique logiquement puisque, on l'a vu, la Communauté européenne ne dispose d'aucune compétence pour conférer ou retirer un statut matrimonial. Sa cohérence est encore renforcée par la circonstance que le juge est en présence d'une convergence des droits internes relatifs à la validité du mariage. Mais il en résulte un paradoxe, au fond : les seuls liens juridiques valides du mariage suffisent à admettre le regroupement, sans que les époux aient à cohabiter, alors que le partenaire non marié cohabitant avec un travailleur migrant n'en dispose pas²⁴. La jurisprudence enregistre un obstacle à la réalisation de l'objectif poursuivi qui est de faciliter, par le regroupement familial, l'intégration pleine et entière du travailleur.

Cette interprétation sera transposée au droit de la fonction publique communautaire et, notamment, au régime des pensions familiales que le statut réserve au conjoint. La prise de position est très révélatrice de la sensibilité des termes du débat dans la mesure où cette branche du droit communautaire se distingue nettement du régime des libertés de circulation. Elle a tous les caractères d'un droit administratif interne à la Communauté, applicable aux relations qu'entretiennent les agents communautaires avec leurs employeurs. Il en ressort notamment que les dispositions du statut doivent être interprétées de manière autonome, dès lors qu'elles ne comportent aucun renvoi au

^{20 -} CJCE 17 avril 1986, Etat néerlandais / Reed, 59/85, Rec. p. 1283, point 15.

^{21 -} Arrêt Reed, précité, point 13.

^{22 -} H. Gaudemet-Tallon, La famille face au droit communautaire, *in* Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 85.

^{23 -} CJCE 13 février 1985, Diatta / Land Berlin, 267/83, Rec. p. 567.

^{24 -} Voy. S. Ramet, op. cit., p. 149.

droit des Etats membres. La référence aux droits nationaux n'est envisageable que si le juge ne peut déceler dans le droit communautaire ou dans ses principes généraux les éléments lui permettant de préciser le contenu et la portée d'une disposition communautaire²⁵. La transposition en question n'y apparaissant pas aussi évidente qu'il y paraît, l'option retenue par le juge permet donc de révéler sa conception de la famille des agents.

Dans l'arrêt Arauxo-Dumay du 17 juin 1993 se posait la question de l'interprétation de la notion de mariage²⁶. L'affaire concernait le refus d'octroi d'une pension de survie à la veuve d'un fonctionnaire communautaire, pension dont l'attribution est conditionnée par le statut à une durée de mariage de plus de cinq années avant le décès de l'agent. En l'espèce, la requérante avait vécu maritalement neuf années avec son partenaire, avant de pouvoir se marier deux années seulement avant son décès. L'impossibilité de remplir la condition requise trouvait son origine dans l'opposition au divorce de l'épouse du fonctionnaire décédé.

Le Tribunal ne fait pas droit à la demande de la requérante qui, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, sollicitait une assimilation des périodes de vie maritale et de vie conjugale : « selon leur définition juridique, autant que selon leur sens ordinaire, les termes 'conjoint', 'veuve' et 'épouse' se réfèrent à des personnes ayant formellement contracté un mariage civil reconnu par la loi, avec tous les droits et obligations qui en découlent »²⁷. Il n'appartiendrait dès lors qu'au législateur de modifier le statut. Pour le Tribunal, enfin, l'état d'indigence dans lequel se trouvait la requérante ne permet pas davantage d'accueillir sa demande. Or, cette dernière assertion dans l'arrêt suffit à elle seule à caractériser la conception du juge. En effet, il faut souligner qu'en d'autres domaines, le Tribunal a parfois été conduit à écarter l'application des dispositions générales du statut, dès lors que, dans des cas particuliers, celle-ci pouvait engendrer des situations injustes ou inéquitables. Et tel est précisément le cas lorsque des circonstances présentées par le juge comme « fortuites » entraînent de graves désavantages pour le requérant²⁸. Ce n'est pas la voie suivie par le Tribunal qui n'a pas cru bon devoir faire droit à la demande par le recours à un motif d'équité praeter legem²⁹. Une austérité analogue caractérise le traitement de la question des couples formés par des partenaires de même sexe.

^{25 -} TPICE 18 décembre 1992, Diaz-Garcia / Parlement européen, T-43/90, Rec. p. II-2619.

^{26 -} TPICE 17 juin 1993, Arauxo-Dumay / Commission, T-65/92, Rec. p. II-597.

^{27 -} Ibid., point 28.

 $^{28\,}$ - Voy., par exemple, TPICE 4 mars 1998, da Graça de Abreu / Cour de justice des Communautés européennes, T-146/96, Rec. FP, p. 281.

^{29 -} Sur ce point, voy. R. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, 558 p., spéc. p. 201-204.

2. Les couples homosexuels

Dans l'arrêt Grant³⁰, la discrimination apparaît dans toute son évidence : l'employeur de la requérante refuse de lui octroyer une réduction de transport au motif que l'avantage est réservé aux couples de partenaires hétérosexuels. La question se rapporte alors essentiellement à la délimitation du champ d'application du traité : une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est-elle incluse dans la notion de « discrimination fondée sur le sexe » interdite par le droit communautaire³¹? La Cour répond négativement et exclut l'existence d'une discrimination directe sur la base d'un raisonnement axé sur le critère de différenciation utilisé : la condition de la réglementation litigieuse est « appliquée indépendamment du sexe du travailleur concerné. Ainsi, les réductions sur le prix des transports sont refusées à un travailleur masculin s'il vit avec une personne du même sexe de la même manière qu'elles sont refusées à un travailleur féminin s'il vit avec une personne du même sexe »32. En d'autres termes, les préjugés relatifs au comportement sexuel d'un individu ne sont pas fondés sur son sexe et il n'appartient pas au juge, en l'état du droit communautaire, de les sanctionner. Cette question relève de la compétence exclusive du législateur communautaire à qui il revient d'adopter des instruments destinés à combattre ce type de discriminations sur le fondement de l'article 13 TCE³³.

En cette matière, on assiste à un même basculement du régime général du traité vers celui de la fonction publique. L'arrêt D / Conseil rendu par le Tribunal de première instance le 28 janvier 1999 concerne le refus d'attribution d'une allocation de foyer du chef du partenariat enregistré homosexuel contracté par le demandeur, celle-ci étant conditionnée par l'existence d'un mariage³⁴. D soutient qu'il est victime d'une discrimination directement fondée sur le sexe. Il serait privé de l'allocation, contrairement à ses collègues mariés, pour la seule raison que son partenaire est du même sexe que lui. Il demande alors l'assimilation, aux fins de l'application du statut, du partenariat civil enregistré au mariage. Tout d'abord, le Tribunal estime que le Conseil n'est pas dans l'obligation d'assimiler au mariage la situation d'une personne entretenant avec un partenaire de même sexe une relation durable, même si cette situation a fait l'objet d'un enregistrement officiel dans un Etat membre.

^{30 -} CJCE 17 février 1998, Grant / South-West Trains Ltd, C-249/96, Rec. p. I-621.

^{31 -} CJCE 15 juin 1978, Defrenne / Société anonyme de navigation aérienne (Sabena), 149/77, Rec. 1365.

^{32 -} Arrêt Grant précité, point 28. Constitue une discrimination directe le fait de fonder directement et sans justification une mesure sur un critère interdit par l'ordre juridique communautaire (la nationalité, le sexe, etc.).

^{33 - «} Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celuici confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

^{34 -} TPICE 28 janvier 1999, D. / Conseil, T-264/97, Rec. FP p. 1.

Ensuite, il rejette le grief relatif à l'existence d'une discrimination sur le fondement de la jurisprudence Grant: les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne constituent pas des discriminations fondées sur le sexe. Mais D soutient un argument nouveau ; il estime être victime d'une discrimination indirecte, celle-ci se définissant comme une mesure qui, par l'application de critères neutres du point de vue des critères d'appréciation interdits (le sexe, ici), envisage des éléments susceptibles, in abstracto, de concerner tous les individus, mais qui, in concreto, désavantage, sans justification, une proportion substantiellement plus importante de personnes qui ne peuvent être identifiées qu'à partir de tels critères³⁵. L'hypothèse d'une discrimination indirecte n'est pas envisageable dans un tel cas, ce qui souligne encore les limites de la protection que le droit communautaire pourrait apporter aux personnes homosexuelles. En effet, son contrôle nécessite toujours de comparer les situations respectives de femmes et d'hommes. En bonne logique, le juge serait conduit à vérifier que les hommes, ou les femmes, concernés subissent un désavantage du fait de la relation homosexuelle qu'ils entretiennent avec leur partenaire par rapport, respectivement, aux femmes et aux hommes entretenant des relations hétérosexuelles. Il conviendrait ensuite d'établir la proportion d'individus affectée par la mesure, ce qui aboutirait à un résultat absurde : constater qu'une part substantiellement plus importante d'hommes que de femmes (ou inversement) sont défavorisés en raison de leur préférence sexuelle et donc qu'une part substantiellement plus importante d'hommes que de femmes (ou inversement) entretiennent des relations homosexuelles.

La pénétration progressive du droit communautaire, placée sous l'égide de la protection des droits fondamentaux, se révèle tout aussi lente que prudente. Les institutions communautaires doivent composer avec des systèmes normatifs nationaux dont l'évolution relève de la compétence exclusive des Etats membres. Dans d'autres circonstances, ces institutions ont pu, dans les limites des compétences conférées, lever les freins posés à l'intégration exigée par le traité.

B. Les obstacles levés

Les positions adoptées sont, là encore, particulièrement contrastées, qu'il s'agisse de l'activité de la Cour de justice (1) ou de celle du législateur communautaire (2).

- 1. Les obstacles levés par la Cour de justice
- a) Les obstacles relatifs à la capacité de contracter mariage

^{35 -} R. Hernu, op. cit., p. 269.

Dans de nombreuses hypothèses, le droit national réserve l'allocation d'avantages sociaux aux couples mariés. La restriction peut rencontrer le droit communautaire dès lors qu'elle conduit à traiter différemment les conjoints, d'une part, et les concubins, d'autre part, qu'ils aient ou non la capacité de contracter mariage. Telle est précisément l'hypothèse fournie par l'arrêt *K.B.*³⁶: est en cause l'impossibilité pour le partenaire transsexuel du requérant de bénéficier d'une pension de réversion en cas de décès. L'origine directe de l'impossibilité légale tient à l'incapacité du couple de contracter mariage. En droit anglais, en effet, la notion de veuf ou de veuve implique l'existence d'un conjoint survivant ; la pension est réservée aux personnes mariées, le mariage étant défini comme une union volontaire entre un homme et une femme, eux-mêmes définis comme individus de sexes biologiquement différents. La relation qu'entretiennent le transsexuel et son partenaire est considérée comme une relation homosexuelle.

Selon le demandeur, il en résulte une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 141 du traité CE relatif à l'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et travailleurs masculins. La Cour de justice accueille l'argumentation en se référant à un arrêt P./S. du 30 avril 1996³⁷. Le précédent est important puisque la Cour y a jugé que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ne peut être réduite aux discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe biologique. L'interdiction s'applique également « aux discriminations qui trouvent leur origine [...] dans la conversion sexuelle de l'intéressée ». Elles sont fondées, selon le juge, « essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressée »38. P. est victime d'une discrimination directe dans la mesure où elle avait été licenciée par son employeur après lui avoir manifesté son intention de se soumettre à un processus de conversion sexuelle. Mais l'affaire K.B. présente une hypothèse assez radicalement différente puisque le refus d'allocation ne repose pas directement sur le transsexualisme du partenaire de K.B. mais sur l'inexistence d'un mariage. Il ne saurait dès lors être question de discrimination directe, ce que la Cour relève fort justement : « une telle exigence ne peut pas, par elle-même, être regardée comme une discrimination en fonction du sexe [...] puisque le fait que le demandeur soit un homme ou une femme est indifférent au regard de l'allocation de la pension de réversion »³⁹. Il ne saurait pas davantage être question de discrimination indirecte⁴⁰. La démarche reviendrait à considérer qu'ils appartiennent à un troisième sexe.

^{36 -} Arrêt K.B., précité.

^{37 -} CJCE 30 avril 1996, P./S., C-13/94, Rec. p. I-2160.

^{38 -} Ibid., points 20 et 21.

^{39 -} Arrêt K.B., précité, point 29.

^{40 -} Pour les mêmes raisons que dans l'affaire Grant : voy. supra.

De quelle forme de discrimination s'agit-il donc ? L'arrêt K.B. est assurément un arrêt fondateur, faisant référence à une discrimination d'un nouveau type, ni directe, ni indirecte et qui porte sur les conditions d'accès au droit à l'égalité de traitement. Il s'agit d'une différence de traitement ne mettant pas directement en cause le bénéfice d'un élément de rémunération, mais qui se rapporte à une condition indispensable à son octroi : la capacité de contracter mariage⁴¹. L'ordre public communautaire des droits de l'homme, et notamment l'exigence d'efficacité dans la mise en œuvre du principe de non-discrimination, rencontre ici frontalement le droit anglais de la famille. Le rattachement au droit communautaire est opéré au moyen d'un élargissement considérable des termes de la comparaison. Puisqu'il n'apparaît pas possible de comparer les situations respectives des individus eu égard à leur appartenance sexuelle, la Cour constate une différence de traitement dans la capacité de se marier entre des situations de couples qu'elle estime comparables. Les couples "biologiquement" hétérosexuels ont toujours la possibilité de se marier, alors que les couples transsexuels, couples "socialement" hétérosexuels, n'en disposent jamais⁴². Si l'arrêt ne se prononce pas sur la reconnaissance du droit au mariage aux transsexuels, mais sur l'incompatibilité avec le droit communautaire de l'incapacité en cause, il n'en demeure pas moins que le juge renonce nettement à une conception réservant le droit au mariage à des personnes de sexes biologiques différents⁴³.

b) Le regroupement familial des partenaires non mariés

L'arrêt Eyup du 22 juin 2000 infléchit sensiblement le formalisme de la jurisprudence Diatta⁴⁴. En effet, la Cour de justice a pour la première fois reconnu qu'une période de cohabitation hors mariage est synonyme de vie familiale ouvrant droit au regroupement⁴⁵. Qu'on ne s'y trompe pas, le juge n'assimile pas le concubinage au mariage. Il se réfère aux éléments factuels particuliers de l'affaire et à l'objectif consistant à favoriser le regroupement familial⁴⁶ poursuivi par l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie du 19 septembre 1980⁴⁷. Le regroupement doit être maintenu à l'égard d'une personne ayant été autorisée à rejoindre un travailleur

^{41 -} Arrêt K.B., précité, point 29.

^{42 -} Sur cette distinction entre le sexe biologique et le sexe social, voy. infra.

^{43 -} Voy. J. Raynard (J.), op. cit., p. 375.

 $^{44 -} Voy. \ supra. \ CJCE\ 22\ juin\ 2000, \ Ey\"up\ / \ Landesgesch\"aftsstelle\ des\ Arbeitsmarktservice\ Voralberg, \ C-65/98, \ Rec.\ p.\ I-4747.$

^{45 -} S. Ramet, op. cit., p. 181.

^{46 -} CJCE 17 avril 1997, Kadiman, C-351/95, Rec. p. I-2133.

^{47 -} Décision n° 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie du 19 septembre 1980, relative au développement de l'association, non publiée.

turc en tant que conjointe, lorsque cette dernière, après avoir divorcé, a cependant, en fait, continué à vivre avec son ex-époux de manière ininterrompue jusqu'à la date où les deux ex-conjoints se sont mariés de nouveau⁴⁸.

En ce qui concerne les ressortissants communautaires, la Cour de justice est parvenue à pallier la restriction réglementaire consistant à réserver expressément le regroupement familial au conjoint. Ainsi, la faculté pour un travailleur migrant de se faire accompagner par son concubin constitue un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68⁴⁹. Cette disposition imposant aux Etats d'accueil l'égalité de traitement⁵⁰, il en ressort, selon la Cour, qu'un Etat qui permet à ses nationaux d'obtenir que leurs partenaires non mariés, non ressortissants de cet Etat membre, séjournent sur son territoire ne peut refuser d'accorder le même avantage aux travailleurs migrants ressortissants d'autres Etats membres⁵¹. Il est une nouvelle fois fait appel à la finalité d'intégration des travailleurs dans le milieu social qui les accueille⁵².

Cette jurisprudence est susceptible de prolongements intéressants dans deux directions. Tout d'abord, elle apparaît transposable à la situation des partenaires de même sexe dès lors que leur union est reconnue, de jure ou de facto, dans l'Etat d'accueil. Celui-ci ne pourrait certainement pas refuser de reconnaître le regroupement familial à des époux ou à des partenaires non mariés homosexuels si ces unions sont admises, par lui, sur son propre territoire. Une justification tirée de la protection du mariage traditionnel ne satisferait assurément pas les critères de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, critères au demeurant très strictement contrôlés par la Cour. A contrario, il faut en tirer la conséquence que l'Etat d'accueil ne peut refuser le regroupement qu'en interdisant sur son territoire les relations de couple de cette nature, ce qui ne paraît pas envisageable.

Ensuite, la jurisprudence Reed pourrait être opposée aux restrictions imposées par certaines législations nationales ayant institué un mariage civil homosexuel. En Belgique, par exemple, le mariage n'est ouvert

^{48 -} Il apparaît que cette solution équitable pourrait être transposée à une situation analogue vécue par le partenaire non marié d'un travailleur migrant ressortissant communautaire. Il faut en effet relever que les parties à l'accord d'association ont convenu de s'inspirer des règles de libre circulation des ressortissants communautaires pour l'interprétation ainsi que pour l'application de ses dispositions : Voy. CJCE 6 juin 1995, Bozkurt, C-434/93, Rec. p. I-1475.

^{49 -} Arrêt Reed, précité.

^{50 -} Sur le territoire des autres Etats membres, le travailleur ressortissant d'un État membre « y bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux ».

^{51 -} Arrêt Reed, précité, dispositif.

^{52 -} Finalité qui a d'ailleurs conduit à une interprétation particulièrement extensive de la notion d'avantage social. Voy. CJCE 31 mai 1979, Even, 207/78, Rec. p. 2019 : il s'agit de « tout avantage qui, lié ou non à un contrat d'emploi, est généralement reconnu aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleur ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté ».

qu'aux ressortissants belges, lorsqu'ils décident de s'unir avec un autre ressortissant belge, ou aux personnes qui, en vertu de leur statut personnel (Néerlandais et Espagnols), pourraient conclure un tel mariage⁵³. Or, aussi avant-gardiste soit-elle, il n'en demeure pas moins que la possibilité de conclure un mariage homosexuel constitue, pour le travailleur migrant résidant en Belgique, un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement de 1968. Et on peut pousser le raisonnement plus loin encore. La Cour a jugé que les intentions qui ont pu inciter un travailleur d'un Etat membre à chercher un emploi dans un autre Etat sont « indifférentes » dès lors qu'il « exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective »⁵⁴. Un travailleur communautaire pourrait dès lors poursuive le dessein de se rendre en Belgique, aux Pays-Bas ou en Espagne, afin d'y exercer une activité professionnelle et, accessoirement, d'y contracter un mariage homosexuel.

Le problème se transporte alors sur la reconnaissance du mariage par l'Etat d'origine, notamment lorsqu'il est conclu entre un citoyen européen et un ressortissant d'un Etat tiers. Là encore, la jurisprudence apporte des éléments de réponse. Dans un arrêt Singh du 7 juillet 1992, la Cour a pour la première fois imposé une exigence de reconnaissance des différents statuts personnels des membres de la famille en vigueur dans les Etats membres⁵⁵. Un ressortissant d'un Etat membre pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine s'il ne pouvait bénéficier, lors de son retour « de facilités au moins aussi équivalentes à celles dont il peut bénéficier sur le territoire d'un autre Etat membre », notamment en vertu des dispositions du droit dérivé relatives au droit au regroupement familial⁵⁶. Tel serait particulièrement le cas si le conjoint ou les enfants n'étaient pas autorisés au retour (entrée et séjour) dans des conditions au moins équivalentes à celles qui leur sont reconnues dans l'Etat d'accueil. Et la Cour juge encore que les intentions qui ont pu inciter le couple à migrer vers un autre Etat « ne sont pas davantage pertinentes pour apprécier la situation juridique du couple au moment du retour dans l'Etat membre dont le travailleur est ressortissant »57. Lorsque le mariage est authentique, l'Etat d'accueil ne peut opposer son inexistence pour refuser le séjour au conjoint du citoyen européen, ressortissant d'un pays tiers, avec lequel il vivait dans l'Etat membre

^{53 -} Voy. Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, « Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes du même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres », avis n° 1/2003, 10 avril 2003, p. 1-15. Le Conseil d'Etat belge avait, en son temps, expliqué cette restriction par le fait que « de telles unions ne seront, le plus souvent pas reconnues dans d'autres pays pour inexistence du mariage ou, à tout le moins, contrariété à l'ordre public international de ces pays » : Avis n° 32.008/2.

^{54 -} CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, Rec. p. 1035, point 23.

^{55 -} CJCE 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, Rec. p. I-4265.

^{56 -} Ibid.

^{57 -} CJCE 23 septembre 2003, Akrich, C-109/01, Rec. p. I-6907, point 56.

qu'il quitte⁵⁸. Il n'en irait autrement, suivant la Cour, que si les facilités offertes par le traité étaient utilisées pour contracter des mariages de complaisance⁵⁹. Sur ces différents points, il apparaît donc que la jurisprudence de la Cour de justice met tout autant en échec les règles de droit international privé relatives à la défense de l'ordre public international du for que les dispositions du droit des étrangers portant sur l'entrée et le séjour des conjoints des citoyens européens.

Il ressort de ces exemples que l'on est en présence d'une jurisprudence assez peu homogène. Ces contrastes résultent essentiellement, on l'a dit, de l'absence de compétence communautaire. Mais il ressort également que le droit de l'Union ne peut rester à la marge du droit des Etats, dès lors que l'évolution se généralise. Il ne saurait constituer luimême un obstacle à cette évolution et il est ainsi apparu difficilement soutenable que la situation des couples ayant conclu des partenariats civils enregistrés continue d'être traitée comme celle des célibataires. Relais a donc été pris par le législateur communautaire.

2. Les obstacles levés par le législateur communautaire

a) L'extension du droit au regroupement familial

On assiste, depuis quelques années, à un mouvement de coordination des législations nationales qui progresse lentement vers le droit de la famille. Tout d'abord, l'institution d'une citoyenneté européenne par le traité de Maastricht de 1992 a connu un prolongement remarquable dans la directive du 29 juin 2004 qui aborde très directement le droit des nouvelles formes de conjugalité⁶⁰. Ensuite, la communautarisation d'une partie du troisième pilier de l'Union consacrée à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice s'est traduite par l'adoption d'actes de droit dérivé dans les cinq années suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, soit avant le 1er mai 2004. Ont été adoptées des directives consacrées à la protection temporaire accordée aux personnes déplacées⁶¹, à l'asile⁶² et au regroupement

^{58 -} Incidemment, on notera que l'Etat membre n'a pas la possibilité de refouler le conjoint à la frontière, lorsqu'il tente de pénétrer sur son territoire, dès lors que la personne concernée est en mesure de prouver son identité et son lien conjugal : CJCE 25 juillet 2002, Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, C-459/99, Rec. p. I-6591.

^{59 -} Arrêt Akrich précité, point 57.

^{60 -} Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 75/148/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE et 93/96/CEE, J.O.U.E. n° L 158 du 30 avril 2004, p. 35.

^{61 -} Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, J.O.C.E. n° L 212 du 7 août 2001, p. 12.

⁶² - Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, J.O.U.E. n° L 31 du 6 février 2003, p. 18.

familial⁶³. Elles n'ont pas pour objet d'harmoniser les droits nationaux, mais de les coordonner afin de faciliter l'exercice des droits conférés par le traité. Il en résulte que le couple, comme la famille, reçoivent des définitions qui différent selon le contexte juridique dans lequel ils sont inscrits.

La directive du 29 avril 2004 est d'une importance déterminante en la matière, procédant à une révision de l'article 10 du règlement 1612/68⁶⁴. S'agissant des couples, le regroupement familial est étendu au partenaire avec lequel le citoyen européen contracte un partenariat civil enregistré. Il convient dès lors qu'il soit reconnu comme équivalent au mariage dans l'Etat membre d'accueil⁶⁵.

La directive attache à l'assimilation des conséquences qui sont loin d'être négligeables. Par exemple, une protection spécifique entoure les membres de la famille. Ils conservent à titre propre leur droit au séjour en cas de décès ou de départ du citoyen⁶⁶. En cas de séjour de plus de cinq ans, le conjoint et le "partenaire reconnu", de même que leurs ascendants et descendants directs bénéficient d'un droit de séjour permanent⁶⁷. Leur expulsion est par ailleurs rendue extrêmement difficile puisque le comportement de la personne « doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »⁶⁸.

La situation du mariage et du partenariat civil enregistré reconnu contraste donc avec celle du concubinage non enregistré, ou non reconnu. Dans cette hypothèse, en effet, l'Etat d'accueil n'est pas dans l'obligation d'accorder le regroupement. Il n'est tenu que de « favoriser » l'entrée et le séjour des concubins⁶⁹. On notera toutefois que la directive rappelle au respect des droits fondamentaux et invite les Etats à procéder à la transposition « sans faire, entre les bénéficiaires [...], des discriminations fondées notamment [...] sur l'orientation sexuelle »⁷⁰.

Le régime applicable aux membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat tiers diffère. La directive du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial limite sa reconnaissance au conjoint, sans l'étendre au partenaire non marié, que le partenariat soit enregistré,

⁶³ - Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, J.O.U.E. $n^{\circ}\,L$ 251 du 3 octobre 2003, p. 12.

^{64 -} Les mesures de transposition doivent intervenir avant le 30 avril 2006.

^{65 -} Art. 2, paragraphe 2.

^{66 -} Art. 12, paragraphe 1.

^{67 -} Art. 16.

^{68 -} Art. 27, paragraphe 2.

^{69 -} Art. 3, paragraphe 2. On notera, sur ce point, qu'à la différence du partenariat enregistré reconnu, la relation doit être à la fois durable et dûment attestée, ce qui correspond aux conditions posées à la reconnaissance d'une situation de concubinage en droit civil français.

^{70 -} Paragraphe 31 du préambule de la directive. L'exigence est également expressément rappelée au paragraphe 5 de la directive du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial et implicitement au paragraphe 5 de la directive du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile, à la différence de la directive du 20 juillet 2001 relative à la protection temporaire des personnes déplacées.

ou non⁷¹. L'Etat d'accueil a simplement la possibilité d'octroyer le droit en cause au partenaire non marié dès lors qu'il entretient avec le regroupant une relation durable, stable et dûment prouvée, ainsi qu'à la personne liée par un partenariat civil enregistré⁷². La directive opère une différence entre les couples non mariés, non enregistrés, et ceux qui le sont puisqu'ils n'auront d'autre preuve à fournir que celle de leur union formelle.

Des objectifs spécifiques de protection visant certaines catégories de ressortissants d'Etats tiers justifient un élargissement de la notion de « membre de la famille » bénéficiaire du droit au regroupement. Ainsi, la famille du demandeur d'asile est constituée par le demandeur, son conjoint ou son partenaire non marié, s'ils sont engagés dans une relation stable, ainsi que par leurs enfants mineurs, non mariés et à charge, sans distinguer selon le type de filiation⁷³. Mais l'extension réalisée n'est pas aussi importante qu'en matière de citoyenneté puisqu'il faut que la législation ou la pratique de l'Etat membre d'accueil réservent au partenariat non marié un traitement comparable au mariage, en vertu de sa législation sur les étrangers. S'agissant de la France, aucune disposition de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers ne procède à une telle assimilation⁷⁴. La directive prévoit également que la famille doit avoir été fondée dans l'Etat d'origine et que n'y appartiennent que les membres présents dans l'Etat d'accueil. En d'autres termes, le demandeur, son conjoint ou son concubin ne constituent pas une seule et même famille s'ils se trouvent dans un autre Etat membre ou s'ils sont demeurés dans l'Etat d'origine.

Ce régime peut être rapproché de celui de la directive du 20 juillet 2001 relative à la protection des personnes déplacées. Constituent une famille le regroupant, son conjoint ou son partenaire non marié engagés dans une relation stable dès lors que la législation sur les étrangers de l'Etat d'accueil assimile le mariage au concubinage, de même que les enfants du regroupant et de son conjoint, sans distinction de filiation⁷⁵. Mais à la différence de la directive "demande d'asile", les enfants du partenaire non marié sont exclus du regroupement, sauf à pouvoir justifier la qualité de parent proche vivant au sein de l'unité familiale au moment des évènements ayant entraîné l'afflux⁷⁶, et sous réserve de l'obligation imposée aux Etats d'accueil de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁷.

^{71 -} Art. 4, paragraphe 1.

^{72 -} Art. 4, paragraphe 3.

^{73 -} Art. 2, d), de la directive du 27 janvier 2003.

⁷⁴⁻Voy. les articles 12 bis, 7) et 29 de l'ordonnance n° 45/2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, J.O.R.F. du 4 novembre 1945, p. 7225 (version consolidée au 14 septembre 2004).

^{75 -} Art. 15, paragraphe 1, a).

^{76 -} Art. 15, paragraphe 1, b).

⁷⁷⁻ Art. 15, paragraphe 4.

On le constate, ces différents instruments rendent vaine toute tentative de définition unifiée du couple et, plus largement, de la famille, en droit communautaire.

b) L'élimination des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit de la fonction publique

Le règlement du 22 mars 2004 modifiant le statut des fonctionnaires réalise une assimilation des partenariats non mariés au mariage⁷⁸. En rupture avec la jurisprudence "D / Conseil", le législateur communautaire a décidé que s'agissant du régime des pensions et des congés, le partenaire non marié d'un fonctionnaire « est considéré comme son conjoint »⁷⁹. Mais il n'entend pas réaliser une harmonisation, fût-elle indirecte, des droits nationaux. Il s'agit, comme l'indique son préambule, « de veiller à l'application du principe de non-discrimination [...] sans considération de sexe, de capacité physique, d'âge, d'identité raciale ou ethnique, d'orientation sexuelle ou de situation matrimoniale »80. Dès lors, « il importe que les fonctionnaires engagés dans une relation non matrimoniale reconnue par un Etat membre comme partenariat stable et qui n'ont pas accès au mariage se voient accorder les mêmes avantages que les couples mariés »81. Il s'agit simplement de mettre en œuvre l'interdiction des discriminations, celle-ci n'étant en aucune façon attributive de droits et ne permettant pas de déterminer un régime matrimonial communautaire.

Il en ressort des conditions qui représentent autant de limites à l'assimilation. L'article 1er, paragraphe 2, c), de l'annexe VII relative à la rémunération et aux remboursements de frais dispose ainsi que le partenariat doit être dûment attesté par un Etat membre (i), que les partenaires ne doivent être ni mariés, ni engagés dans un autre partenariat (ii), qu'ils ne doivent pas avoir de liens de parenté⁸² (iii) et, enfin, qu'ils ne peuvent avoir accès au mariage civil dans un Etat membre (iv). Le statut ne vise donc qu'à pallier l'impossibilité pour le couple de contracter mariage ; il ne saurait interférer dans le choix d'un partenariat nonmatrimonial par préférence au mariage. Ce faisant, le règlement exprime bien plus que de la neutralité à l'égard des différentes formes de relations de couple. Les partenaires qui ont accès au mariage civil, quelles que soient leurs préférences sexuelles, doivent opter pour cette

^{78 -} Règlement n° 723/2004 du 22 mars 2004 modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, J.O.U.E. n° L 124 du 27 avril 2004, p. 1.

^{79 -} Art. 72, paragraphe 1, 2ème alinéa, du statut ; art. 6, 3ème alinéa de l'annexe V du statut.

^{80 -} Préambule du règlement du 22 mars 2004, paragraphe 7.

^{81 -} Ibid., paragraphe 8.

^{82 -} Le règlement indique les liens de parenté visés : parents, parents et enfants, grands-parents et petitsenfants, frères et sœurs, tantes, oncles, neveux, nièces, gendres et belles-filles.

forme d'union pour pouvoir prétendre au bénéficie des congés spéciaux, des prestations versées au titre de l'assurance maladie et de l'allocation de foyer. Enfin, compte tenu de son caractère fonctionnel, l'assimilation n'est pas intégrale. Elle ne concerne pas les autres formes de congés et de pensions⁸³.

La pénétration du droit communautaire est une réalité. Mais elle est essentiellement limitée, relative et fonctionnelle, ce qui n'est pas sans poser d'importants problèmes.

Section II – Les problèmes inhérents à la pénétration du droit communautaire

Il ne saurait être ici question ni possible d'envisager l'ensemble des problèmes posés par la pénétration du droit communautaire dans les droits de la famille. Il s'agira donc, à partir d'exemples que l'on peut considérer comme topiques, d'identifier les difficultés liées aux méthodes retenues pour réaliser le phénomène analysé (A) et d'observer les problèmes qui, corrélativement, découlent des présupposés extra juridiques qui déterminent le raisonnement utilisé par les juges pour parvenir aux résultats escomptés (B).

A. Les problèmes inhérents aux méthodes retenues

Deux exemples sont particulièrement révélateurs des problèmes posés par la forme que prend la pénétration du droit communautaire. Liés l'un et l'autre à un défaut de compétence communautaire, ils concernent respectivement la question de l'application du droit communautaire (1) et celle de la détermination de ses sources (2).

1. L'absence d'uniformité d'application du droit communautaire

L'absence de compétence communautaire s'est traduite par le choix d'une méthode de coordination minimale des législations nationales qui ne pouvait aller jusqu'à imposer aux Etats membres des réformes touchant au droit de la famille. Il en ressort que le droit positif continue à réserver le bénéficie automatique du droit au séjour au conjoint du citoyen européen puisque les partenariats civils enregistrés doivent être reconnus comme équivalent au mariage dans l'Etat d'accueil. La directive du 29 avril 2004 n'affecte donc pas les législations qui ne connaissent pas de partenariat civil enregistré, ou encore qui

^{83 -} Pas plus qu'elle ne vise les dispositions relatives au respect par les fonctionnaires des obligations professionnelles prescrites par le statut, notamment en ce qui concerne leur indépendance. A cet égard, on ne voit pas ce qui justifie la restriction de l'obligation faite aux membres du personnel de ne déclarer l'activité professionnelle que de leur conjoint (art. 13 du statut).

l'établissent mais qui ne le reconnaissent pas comme équivalent. Elle permet juste de prendre en compte l'évolution des droits nationaux.

Au risque d'être schématique, on peut dire que l'option retenue pose autant de problèmes qu'elle en résout. Tout d'abord, elle ne préserve pas les citoyens européens du risque que l'Etat d'accueil utilise la possibilité qui lui est offerte de ne pas procéder à l'assimilation comme instrument de protection de son territoire contre une immigration non souhaitée. Ensuite, l'option engendre des discontinuités dans l'exercice du droit au séjour des couples non mariés, en fonction des législations respectives de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil. Un couple ayant conclu un partenariat civil enregistré risque de ne pas pouvoir continuer à cohabiter dès lors que l'Etat d'accueil ne connaît pas de régime de partenariat ou encore ne le reconnaît pas comme équivalent84. La différence de traitement affecte également la situation des descendants du couple. Le droit de l'enfant de rester avec ses deux parents est directement fonction de la question de savoir si les parents sont mariés et de l'endroit où ils s'installent85. De ce point de vue, l'article 2 de la directive du 29 avril 2004 entre potentiellement en contradiction avec l'article 24, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui consacre un droit pour l'enfant d'entretenir des relations régulières avec ses deux parents⁸⁶. On notera que ce risque de discontinuité est encore augmenté par le critère d'assimilation retenu : l'équivalence. Il s'agit d'une notion floue qui suscitera sans doute possible des problèmes d'interprétation dès lors que l'Etat d'accueil en retiendra un sens plus ou moins extensif, de la quasi-identité des situations à la simple analogie⁸⁷.

Il convient enfin de se demander si le conjoint homosexuel d'un citoyen européen bénéficie automatiquement du droit au séjour, à l'instar du conjoint hétérosexuel. *A priori*, on ne voit pas ce qui pourrait justifier une exclusion dans la mesure où le droit communautaire procède par renvoi au droit interne pour déterminer l'existence d'un mariage⁸⁸.

^{84 -} Sous réserve de l'application de la jurisprudence "Reed". Une exception concerne toutefois le Danemark et la Suède (auxquels il faut associer le Norvège et l'Islande) qui ont signé un accord de reconnaissance mutuelle intégrale de tout couple enregistré par l'un de ces Etats. On notera, par ailleurs, que parmi les nouveaux Etats membres, il semblerait que seule la Hongrie dispose d'une législation permettant l'enregistrement des couples non mariés (Relevé par BELL (M.), La famille, le couple et l'enfant dans l'Union européenne, traduit par Pierre Noël, Rapport de l'ILGA-Europe, avril 2003, 35 p., p. 15). On notera également que la directive 2004/38/CE n'a été adoptée que deux jours seulement avant la date de l'élargissement.

^{85 -} M. Bell, op. cit., p. 19 et s.

^{86 - «} Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

^{87 -} On sait à quel point une définition extensive de cette notion conditionne l'application des dispositions du traité lorsqu'elles y font référence. Il suffira de se reporter aux principaux emplois du terme dans le domaine de la libre circulation des marchandises (interdictions des taxes d'effet équivalent à des droits de douane (Art. 25 TCE) et des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (Art. 28 TCE)).

^{88 -} On rappellera que le préambule de la directive de 2004 invite les Etats membres à ne pas pratiquer de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : Paragraphe 31.

Pourtant, telle ne semble pas être la voie retenue par les auteurs du texte. A l'occasion de son élaboration, un amendement proposé par le Parlement européen visait à assimiler les deux formes de mariage en introduisant une référence explicite au conjoint du même sexe⁸⁹. La Commission les rejetait au motif qu'il s'agit de « modifications qui ne peuvent pas être acceptées »⁹⁰. Sous réserve d'une évolution générale du droit matrimonial au sein des Etats membres, le mariage paraît donc continuer de désigner une union entre des personnes de sexes différents.

2. La détermination des sources du droit communautaire

On sait que pour parvenir à une protection effective des droits fondamentaux, la Cour de justice recourt assez largement à la technique des principes généraux du droit. Ils lui permettent de dégager et d'interpréter des droits subjectifs à partir d'instruments exogènes au système communautaire. A cet égard, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'application qui en a été faite par la Cour européenne des droits de l'homme fournissent une source essentielle d'inspiration au juge communautaire⁹¹. L'arrêt K.B. renouvelle assurément la question de la détermination des sources du droit communautaire des droits fondamentaux, mais selon une méthode qui ne devrait pas emporter la conviction des juristes les plus férus de formalisme et de logique juridique.

Tout d'abord, il faut relever que, dès le stade de l'instruction, le greffe de la Cour a demandé au juge de renvoi si une décision préjudicielle était encore utile compte tenu du sens de la décision rendue par la Cour EDH dans l'arrêt Goodwin / Royaume-Uni du 11 juillet 2002°. La démarche apparaît tout aussi originale que déconcertante. En effet, l'article 234 du traité CE, qui détermine le mécanisme de coopération juridictionnelle, doit conduire la Cour de justice à interpréter le droit communautaire et rien que le droit communautaire. Si la jurisprudence de la Cour EDH fournit des indications utiles, il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue pas une source formelle du droit des Communautés,

^{89 -} Commission des Communautés européennes, Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil, COM (2003) 199 final.

^{90 -} Ibid., p. 11. La Commission fait référence aux arrêts Reed et D / Conseil.

^{91 -} Tel est particulièrement le cas en matière de droit de la famille. Voy., par exemple, CJCE 18 mai 1989, Commission / Allemagne, 249/86, Rec. p. 1263, point 10 (Art. 8 CEDH et droit au regroupement familial); CJCE 30 avril 1996, P/S., précité, point 16 (Art. 12 CEDH et CEDH 17 octobre 1986, Rees, Série A n° 106); CJCE 17 février 1998, Grant, précité, points 33 et 34 (Art. 12 CEDH et CEDH 17 octobre 1986, Rees, précité, ainsi que CEDH 27 septembre 1990, Cossey, Série A n° 184); TPICE 28 janvier 1999, D. et Suède / Conseil, précité (Art. 12 CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne, sans toutefois proposer de références).

^{92 -} CEDH grande chambre, 11 juillet 2002, Goodwin / Royaume-Uni, req. n° 28957/95. L'arrêt est relevé par l'avocat général Colomer au point 12 des conclusions. La *Court of Appeal* répondra fort heureusement qu'une réponse demeurait nécessaire étant donné que l'arrêt Goodwin avait un objet différent de celui de la procédure au principal (point 13 des conclusions).

faute d'adhésion de celle-ci à la convention EDH. La jurisprudence en question n'appartient pas plus au droit positif qu'elle ne constitue une interprétation authentique du droit communautaire.

En second lieu, l'utilité de la question apparaissait évidente, au moins par sa nouveauté. Dans l'arrêt Goodwin, la Cour EDH a jugé que l'impossibilité de contracter mariage pour les transsexuels britanniques était contraire à l'article 12 de la Convention. Or, l'objet du litige soumis à la Cour de justice est différent et ce pour au moins deux raisons. Il ne s'agit pas de se prononcer directement sur l'existence d'un droit au mariage, mais de déterminer si le partenaire de la requérante pouvait prétendre au bénéfice d'une pension de réversion. Par ailleurs, il ne s'agit pas non plus pour la Cour de statuer sur la compatibilité de la législation britannique avec le droit communautaire puisqu'elle n'en a pas la compétence⁹³. Telle n'est pourtant pas la voie retenue par le juge qui utilise la jurisprudence de la Cour EDH en tant que source directe du droit communautaire pour conclure à l'incompatibilité de la loi : « Une législation, telle que celle en cause au principal, qui, en violation de la CEDH, empêche un couple tel que K.B. et R de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre, doit être considérée comme étant, en principe, incompatible avec les exigences de l'article 141 CE »94. L'arrêt illustre assurément les nouvelles formes que peut prendre le dialogue pratiqué par les juges européens95.

A ces difficultés méthodologiques correspondent des problèmes plus profonds puisqu'ils concernent directement les conceptions retenues par les juges.

^{93 - «} Dans le cadre de la procédure préjudicielle, la Cour ne peut ni appliquer le traité à une espèce déterminée, ni statuer sur la validité des mesures de droit interne au regard de celui-ci » (CJCE 15 juillet 1964, Costa / ENEL, 6/64, rec. p. 1141, p. 1158). L'incompétence sera étendue à l'appréciation de la compatibilité des règles nationales avec le droit communautaire dans l'arrêt CJCE 12 octobre 1978, Eggers Sohn / Freie Hansestadt Bremen, 13/78, rec. p. 1935. Comme le souligne MM. Isaak et Blanquet, « vérifier la compatibilité d'une législation nationale avec le droit communautaire serait faire une application de celui-ci, tâche qui est réservée au juge national » : G. Issak et M. Blanquet, Droit communautaire général, Paris, Armand Colin, 8^{eme} éd., 2001, p. 331.

^{94 -} Arrêt K.B. précité, point 34.

^{95 -} Sur cette question, voy. D. Simon, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », Pouvoirs, n° 96, 2001, p. 31. On relèvera que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Goodwin, se réfère à la rédaction de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour justifier l'extension du droit au mariage aux transsexuels. Elle note que cette disposition « s'écarte – et cela ne peut qu'être délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme » (§ 100). Mais d'exclusion il n'y a point et la Cour fait dire aux auteurs de la Charte autre chose que ce qu'ils avaient voulu y inscrire. Il apparaît ainsi tout aussi délibéré que « Cet article se fonde sur l'article 12 de la CEDH qui se lit ainsi : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit » » : *Praesidium* de la Convention, Texte des explications relatives au texte complet de la Charte, CHARTE 4473/1/00 REV 1, p. 12.

B. Les problèmes inhérents aux conceptions retenues

Les arrêts rendus en matière de transsexualisme et d'homosexualité illustrent très bien une tendance des juges européens à faire reposer leurs décisions sur des présupposés extra juridiques, qu'ils relèvent de l'ordre de la morale, de la médecine ou de la sociologie. Le pouvoir de jurislateur est alors considérable. Ces présupposés fondent, en partie, des solutions qui, du point de vue des couples, sont essentiellement divergentes selon que leurs membres sont homosexuels ou transsexuels.

1. La dévalorisation du couple homosexuel dans le raisonnement du juge

Dans les arrêts Grant et D / Conseil, le juge communautaire refuse de prendre en compte l'évolution contemporaine des mentalités vis-àvis de l'homosexualité, à la différence du transsexualisme, et juge que « les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées » 96. Or cette conclusion apparaît à plusieurs égards contestable.

Il convient de rappeler que dans l'arrêt Grant la Cour de justice commence par établir que les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne peuvent entrer dans la catégorie des discriminations directement fondées sur le sexe. Elle constate ensuite qu'il appartient au législateur d'adopter des instruments destinés à les combattre. Mais le juge ne se contente pas du constat d'incompétence et dévoile la conception qui est la sienne du couple de personnes de même sexe. Il entend ainsi comparer la situation du mariage et des partenariats hétérosexuels, d'une part, avec celle des partenariats homosexuels, d'autre part, question qui n'avait pas même été suggérée par le juge de renvoi.

La solution sera confirmée de manière très discutable dans l'affaire D. / Conseil. A l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal, l'avocat général Mischo souligne ainsi ce qui importe : « en vue de la solution du présent litige, c'est le fait que la Cour a déclaré que la relation stable entre deux personnes du même sexe était différente de la relation stable entre deux personnes de sexe opposé. Dans le cadre de cette comparaison, le seul élément de différence pris en compte n'était donc pas l'état civil des personnes considérées, mais la nature, hétérosexuelle ou homosexuelle, de leur couple »⁹⁷. Or, tel n'est pas l'objet du litige. Le statut de la fonction publique réserve l'octroi de l'allocation de foyer aux conjoints et le refuse indirectement aux couples non mariés, enregistrés ou non, et surtout quelle que soit la préférence sexuelle de leurs membres.

^{96 -} Arrêt Grant, précité, du 17 février 1998, point 35 ; arrêt D. / Conseil, précité, du 28 janvier 1999, point 28. 97 - Conclusions sur l'arrêt CJCE 31 mai 2001, D. et Royaume de Suède / Conseil, C-122/99 P et C-125/99 P, Rec. p. I-4319.

La critique doit ensuite être portée sur la technique de contrôle de la comparabilité des situations utilisée par le juge. Il estime en effet que le partenariat civil enregistré n'a pas à être considéré comme un mariage. Les deux situations qui ne sont pas identiques doivent être distinguées98. En ce domaine, le choix des termes de la comparaison n'est de toute évidence qu'apparemment technique puisqu'il conditionne le résultat du contrôle et l'étendue corrélative de l'obligation d'identité de traitement. En vertu d'une jurisprudence constante, une discrimination consiste « à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »99. L'identité de traitement ne vise donc pas des situations inscrites dans un rapport d'identité, mais celles qui relèvent d'une relation plus souple de similarité. Or, deux situations similaires sont à bien des égards singulières, ce qui ne permet pas, pour autant, de les traiter différemment¹⁰⁰. En droit, limiter l'obligation d'égalité de traitement aux situations identiques révèle donc un choix qui vise à en exclure du bénéfice l'un des sujets de la comparaison.

Corrélativement, la comparaison des situations doit présenter un caractère objectif, c'est-à-dire être en rapport direct avec l'objet de la réglementation et avec ses objectifs. Il ne s'agit ici de comparer ces institutions qu'aux fins de l'application du statut. Or, aussi bien l'objet des dispositions statutaires litigieuses (à savoir l'attribution d'une allocation de foyer) que l'objectif poursuivi (à savoir l'assimilation et l'intégration du fonctionnaire européen dans l'Etat d'accueil) ne permettent pas de considérer que le mariage et le partenariat suédois se présentent comme des situations différentes. S'il est vrai qu'en matière de partenariats homosexuels, les Etats ont refusé de reconnaître certains droits, liés notamment à la filiation, il n'en demeure pas moins qu'un rapprochement a été opéré et qu'il concerne, pour l'essentiel, les droits financiers et sociaux (protection sociale, bail, avantages fiscaux, etc.)¹⁰¹. Tel est précisément le cas du partenariat suédois et de l'allocation de foyer qui vise à compenser les dépenses liées à l'installation du partenaire sur le lieu d'exercice de la fonction en vue d'attirer vers les institutions de la Communauté des collaborateurs compétents.

^{98 -} Arrêt D. / Conseil précité du 28 janvier 1999, point 30.

^{99 -} CJCE 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne / Commission de la C.E.E., 13/63, Rec. p. 334, p. 360.

^{100 -} Comme le précise M. Perelman, « si l'idée d'égalité est associée à l'idée de justice, c'est qu'elle doit promouvoir certaines valeurs qui justifient le rôle normatif qu'on lui accorde. Mais, en même temps, elle sera adaptée au rôle qu'on veut lui faire jouer, et cessera d'être cette notion claire dont l'usage en logique et en mathématiques ne soulève aucun problème. En effet, l'égalité dont il s'agit en droit et en morale, c'est l'égalité de traitement. Quand un traitement égal est-il juste? A première vue, ce que l'on exige c'est le traitement égal d'êtres ou de situations égales. Le problème serait facile à résoudre s'il s'agissait d'êtres ou de situations identiques, mais comme ce n'est jamais le cas, nous voyons le problème de l'égalité (de traitement) déboucher sur un problème de valeur, à savoir quelles différences sont négligeables ou non pour le traitement égal des objets pris en considération »: C. Perelman, Egalité et valeurs *in* L'égalité, volume 1, Bruylant, 1971, p. 319. Il s'agit là d'une question récurrente, commune à toutes les pensées relatives à l'égalité.

^{101 -} K. Berthou, A. Masselot, Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois, C.D.E. 2002, p. 679.

2. La surdétermination de l'individu dans le traitement de la question du transsexualisme

L'arrêt KB s'inscrit dans une tendance de plus en plus marquée des juges européens à surdéterminer la place de l'individu dans la relation qu'il entretient à la société et à l'autorité publique. La démarche consiste pour les juges à adopter une approche « compassionnelle » des problèmes rencontrés ; le droit qu'ils façonnent est directement issu de la souffrance ressentie et dévoile une philosophie morale très clairement identifiable¹⁰². Il ne s'agit pas ici d'en contester la pertinence, mais de montrer comment l'approche retenue peut déterminer le résultat du procès.

Pour l'avocat général Tesauro, la question du transsexualisme doit être envisagée à la lumière d'une « société actuelle, où l'on assiste à une rapide mutation des coutumes et de la morale, dans laquelle la protection des libertés est toujours plus grande et approfondie, dans laquelle les études sociales et juridiques s'enrichissent toujours plus de valeurs actuelles et donc de ce fait réelles »¹⁰³. Il n'existe pas de permanence et de stabilité *a priori* des valeurs et des institutions qui reposent sur une morale immédiate et réelle¹⁰⁴, contrastant elle-même avec la morale ancienne vécue comme un ensemble de devoirs imposés par la communauté à ses membres. Leur pérennité est contingente d'un espace temps déterminé : le présent. M. Tesauro en tire la conséquence que le « droit ne peut pas être isolé de la réalité sociale et ne saurait se dispenser de s'adapter à cette réalité le plus rapidement possible »¹⁰⁵. Tel est, selon lui, l'apanage dont se pare le droit des « pays les plus évolués »¹⁰⁶.

Au cœur de cette démarche figurent la sauvegarde de la dignité de la personne humaine et la promotion de la liberté individuelle 107. Ces principes matriciels déterminent eux-mêmes un principe de l'autonomie personnelle et de la pleine réalisation de soi en vertu duquel l'individu est, ou doit pouvoir être, le législateur de sa propre vie 108. Dans cette perspective, ce n'est pas le statut ou la position d'un individu par rapport à ses congénères qui peuvent poser problème, mais son rapport personnel à une loi déterminée en fonction d'une donnée morale traditionnelle. La résolution du conflit résultant éventuellement de cette rencontre passe par le recours au droit à l'autonomie personnelle

^{102 -} P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann, La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la CEDH en matière de transsexualisme, R.T.D.H. 2003, p. 1157-1183, p. 1175.

^{103 -} Conclusions prononcées dans l'affaire P./S., précitée, point 9.

^{104 -} Gilles Lipovetski évoque l'idée d'une « morale de l'instant » : G. Lipovetski et C. Charles, Les temps hypermodernes, Paris, Grasset, 2004, 196 p., p. 104.

^{105 -} Conclusions, op. cit., point 9.

^{106 -} Ibid., point 24.

^{107 -} Rappelons que pour la Cour de justice, « Tolérer une telle discrimination [fondée sur la conversion sexuelle] reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger » : arrêt précité P./S, point 22 (ajouté par nos soins).

^{108 -} G. Lipovetski, op. cit., p. 136.

qui vient régler la tension entre l'ordre individuel et l'ordre collectif, pour ne pas dire entre l'ordre individuel et l'ordre social. Ce principe a ainsi été utilisé par la Cour EDH dans l'arrêt Goodwin / Royaume-Uni pour justifier un spectaculaire revirement jurisprudentiel¹⁰⁹. La Cour juge que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »110. A l'issue d'une longue analyse de la jurisprudence antérieure et de l'évolution juridique et sociale, la Cour en conclut que l'équilibre entre l'intérêt de l'individu à obtenir la reconnaissance de sa conversion sexuelle et celui de la société à voir réglementer l'enregistrement des naissances devait être déterminé comme suit : « l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation »¹¹¹. La contrainte imposée par le législateur constitue une ingérence injustifiable parce qu'elle est vécue comme telle. La loi doit donc en prendre acte et permettre aux personnes concernées de vivre « conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances »112.

Si la solution apparaît juste et, pour le dire plus simplement, humaine, le raisonnement utilisé soulève en revanche un certain nombre de problèmes. Il repose tout d'abord sur des considérations essentiellement subjectives qui relèvent du domaine de l'émotion ressentie, celle-ci étant nécessairement conjoncturelle et relative¹¹³. Ensuite, la reconnaissance d'un droit pour chacun d'établir les détails de sa propre identité humaine évacue ou dissout le caractère tout aussi fondamental de la transcendance et de l'unité de la qualité d'Homme. Potentiellement, l'autonomie personnelle peut venir heurter toute forme de contrainte juridique, subie par l'individu, dès lors qu'elle est ressentie comme une discrimination qui viendrait attenter à sa dignité¹¹⁴.

^{109 -} Arrêt qui a largement inspiré la motivation proposée par la Cour de justice dans l'arrêt K.B.

^{110 -} Arrêt Goodwin, précité, point 90.

^{111 -} Idem, point 93.

^{112 -} Ibidem, point 91.

^{113 -} G. Lipovetski, *op. cit.*, p. 53. Comme le souligne l'avocat général Colomer dans ses conclusions, « Les transsexuels subissent une souffrance obsessionnelle, car ils sont convaincus d'être victimes d'une erreur de la nature. Beaucoup d'entre eux choisissent le suicide », point 79.

^{114 -} A comparer avec la théorie de la justice et de l'égalité élaborée par John Rawls : « les notions de distinction arbitraire et d'équilibre adéquat [...] sont laissées ouvertes à l'interprétation de chacun, selon ses propres principes de justice » : RAWLS (J.), Théorie de la justice et de l'égalité, trad. de l'anglo-américain par C. Audard, Paris, éd. du Seuil, coll. point, 1997, 666 p., p. 32. Le "subjectivisme" qui caractérise cette théorie se retrouve dans la motivation des décisions de certains juges anglo-saxons. Pour la Cour suprême du Canada, « au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée » : Law / Canada, (1999)1 R.C.S. 497, cité par M.-Th. Meulders-Klein, Egalité et non-discrimination en droit de la famille – le rôle des juges, RTDH 1993, p. 1185-1202, p. 1201.

Ces données générales sont essentielles à la compréhension des décisions de la Cour de justice rendues en matière de transsexualisme. L'interdiction des discriminations fondées sur le changement de genre conduit la Cour à élargir considérablement le champ d'application du principe. En premier lieu, il est indiqué que le droit communautaire ne prohibe pas uniquement les discriminations exercées en raison du sexe d'un individu, mais interdit également celles qui sont fondées sur le sexe. Mais que comparer ? Un transsexuel femme n'est pas traité différemment d'un transsexuel homme et, pourtant, leur situation n'est pas comparable à celles des hommes et des femmes, en général.

La discrimination contestée ne pouvant qu'être interdite, il importe de dépasser la dichotomie traditionnelle "hommes – femmes", et la distinction non moins traditionnelle entre sexe féminin et sexe masculin ; « le sexe est pertinent en tant que convention, que paramètre social », nous dit l'avocat général Tesauro¹¹⁵. La nouvelle définition permet d'inclure le problème posé par l'identité sexuelle de l'individu. Le sexe pertinent n'est pas le sexe biologique, chromosomique ou gonadique, il s'agit du sexe social correspondant au rôle et à l'image attribués au transsexuel par la société. La Cour de justice retiendra le raisonnement¹¹⁶.

La Cour est alors conduite à recourir à des techniques de comparaison des situations particulièrement audacieuses qui contrastent singulièrement avec celles qui sont utilisées pour aborder la question des couples homosexuels. Dans l'arrêt P, elle compare la situation de la requérante avec elle-même, c'est-à-dire avec la situation qui aurait été hypothétiquement la sienne si elle n'avait pas fait pratiquer l'opération de conversion. La Cour constate ainsi que P a « fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération »117. Une telle qualification retentit évidemment sur la conception retenue du principe d'égalité et pose des problèmes théoriques assez considérables. En principe, c'est la relation entre individus, et donc la relativité, qui permet de qualifier une situation d'égalité; l'égalité implique la comparaison entre au moins deux personnes. Or, dans l'affaire P./S, la comparaison se concentre sur deux situations contradictoires vécues douloureusement par un seul individu : une appartenance sexuelle rejetée et une volonté d'appartenance au sexe opposé. On assiste par-là à une individualisation du traitement de l'égalité qui vient régler un conflit intérieur opposant l'appartenance et l'identité sexuelles d'une seule et même personne.

De toute évidence, le coup de force jurisprudentiel ne peut reposer que sur des avis autorisés et sur un système de références éthiques articulées autour d'une certaine idée du progrès. La nouvelle approche est

^{115 -} Conclusions de l'avocat général Tesauro, op. cit., point 20.

^{116 -} Arrêt P./S., précité, points 20 et 21.

^{117 -} Ibidem.

tout d'abord soutenue par les milieux médicaux et scientifiques. Comme l'indique l'avocat général Tesauro, le dépassement de la classification traditionnelle y est soutenu avec de plus en plus de force¹¹⁸. L'opinion est d'ailleurs étayée par l'évolution sociale et les progrès scientifiques enregistrés dans le domaine¹¹⁹. Dans l'affaire K.B., l'avocat général Colomer ne procède pas différemment lorsqu'il pose comme vérité psychique indiscutable que « le transsexualisme se distingue nettement des états liés à l'orientation sexuelle (hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel), dans lesquels l'individu accepte sans ambiguïté son sexe, les problèmes se situant fondamentalement dans l'expression de l'affectivité »¹²⁰.

La référence au progrès constaté a ensuite pour fonction de faire évoluer les valeurs et les institutions qui apparaissent dépassées. La méthode la plus efficace pour conforter le nouveau discours est de qualifier les nouvelles valeurs en disqualifiant les anciennes. L'avocat général Tesauro s'y livre avec un humour non dissimulé; l'ancienne approche qui consiste « à raisonner en termes d'Adam et Eve » est dépassée¹²¹. L'argumentation de l'avocat général Colomer est quant à elle beaucoup plus directe puisqu'elle revient à présenter le mariage comme « un simple contrat formel »122. Il conviendrait dès lors de rechercher si ce simple contrat est « apte à représenter une communauté solidaire, ou tout au moins, si des relations d'une autre nature ne méritent pas une protection semblable »123. Mais l'institution du mariage et la nouvelle forme de conjugalité envisagée dans cette affaire ne sont pas traitées de manière équivalente. Il poursuit : « Apanage d'une société mature, ce type d'analyse, dans laquelle le fond l'emporte sur la forme, fait son chemin dans la pratique »124. Il faut retenir la solidité de l'argument. Une pétition de principe (la société mature) et un poncif douteux (le fond l'emporte sur la forme) viennent sous-tendre l'ensemble du raisonnement.

Que signifie le fond l'emporte sur la forme dans la pratique ? En la matière, existe-t-il un fond sans la forme ? Assurément non, si l'on retient la revendication permanente des couples non mariés pour faire enregistrer par le droit, et donc par la forme, leur couple. Et d'ailleurs, lorsqu'on évoque la question du mariage n'est-il question que de forme pour la forme ? Ne faut-il pas l'envisager comme une institution sociale fondamentale organisant une relation de couple, voire une forme de cohabitation entre des parents et des enfants ? Cette dimension est

^{118 -} Conclusions précitées, point 17.

^{119 -} Ibid., point 20; argument réitéré au point 24.

^{120 -} Conclusions précitées, point 25.

¹²¹⁻ Conclusions précitées, point 17.

^{122 -} Notons, par ailleurs, que l'obstacle que constitue l'impossibilité de contracter mariage ne représente qu'une simple considération technique qui pourrait être résolue par la « création ponctuelle d'une fiction de mariage » (point 78 des conclusions).

^{123 -} Conclusions précitées, point 63.

^{124 -} Ibidem.

délibérément occultée. Enfin, le fait que le fond l'emporte sur la forme signifie-t-il que des relations d'une autre nature que le mariage l'emportent elles-mêmes sur le simple contrat formel que représenterait le mariage ? La lecture de la suite des conclusions parait le confirmer.

Voici l'opposition que l'avocat général présente pour étayer sa proposition : « Ainsi, d'une part, il est permis de mettre en cause la réalité du mariage dans le domaine, par exemple, du droit de l'immigration, tandis que, d'autre part, pour des raisons d'équité, on assimile au lien matrimonial des situations caractérisées par une véritable cohabitation, dépourvues de reconnaissance officielle »125. Outre que la remise en cause de la réalité du mariage des ressortissants étrangers peut paraître choquante, par sa généralité, on ne voit pas en quoi l'équité peut constituer un critère pertinent de la distinction suggérée entre le mariage sans cohabitation des époux et le couple non marié avec cohabitation des partenaires. L'argument est commode. Il permet une nouvelle fois de conclure à la nécessité d'une évolution du droit, commandée par une exigence impérative de justice sociale. On constate ainsi que, dans les deux affaires, les avocats généraux achèvent leur démonstration par une citation des conclusions incantatoires prononcées par l'avocat général Trabucchi dans un arrêt de 1975 : « si nous voulons qu'il existe un droit conforme à l'idée de justice sociale et aux exigences de l'intégration européenne au niveau non seulement de l'économie mais aussi des peuples, nous ne pouvons pas décevoir les espérances placées en nous »126. Mais ces citations viennent au soutien d'analyses absolument anachroniques puisqu'elles ne traduisent pas les idées de leur auteur. N'est-ce pas l'avocat général Trabucchi qui, quelques semaines plus tôt, concluait à propos de l'effet dévolutif de la nationalité italienne à l'épouse d'un ressortissant italien que « le droit communautaire ne peut pas refaire le monde des rapports sociaux et humains selon son point de vue. Il ne peut pas s'opposer à ce qu'en réglementant ses rapports internes, chaque Etat tienne compte du principe de l'unité familiale selon une conception qui lui est propre »127. La Cour ne le suivra pas.

Ces quelques lignes ont montré que l'hypothèse d'une pénétration du droit communautaire dans les droits de la famille des Etats membres était parfaitement vérifiable. Elle soulève de nombreuses difficultés compte tenu de l'absence de compétence communautaire. Pourtant, ce qui pourrait être analysé comme une lacune du traité pourrait être en partie résolu par l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, son article III – 269, paragraphe 3,

^{125 -} *Ibidem.* Relevons encore que ces raisons d'équité ne vont pas jusqu'à permettre l'assimilation au mariage des partenariats homosexuels.

^{126 -} Conclusions présentées dans l'affaire CJCE 17 juin 1975, F., 7/75, Rec. p. 679 : citées par l'avocat général Tesauro (point 24 de ses conclusions) et par l'avocat général Colomer (point 80 de ses conclusions).

^{127 -} Arrêt Airola précité du 20 février 1975, Rec. p. 262-263.

Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?

dispose que « les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par une loi ou loi-cadre européenne du Conseil. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen ». Si la compétence des institutions de l'Union est reconnue, la sauvegarde de l'identité des Etats apparaît assurée par le choix d'un mode d'adoption des lois européennes à l'unanimité. Mais cette même disposition instaure une « clause passerelle » permettant de substituer un mode de décision majoritaire à la règle de l'unanimité. On relèvera que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2004, a jugé que cette possibilité portait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, soulignant ainsi les enjeux politiques fondamentaux de la question et exigeait, dès lors, une révision du texte constitutionnel¹²⁸. Affaire à suivre.

128 - Conseil constitutionnel, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, J.O. du 24 novembre 2004, p. 19885.

RAPPORT DE SYNTHESE

Hugues Fulchiron

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III Directeur du Centre de droit de la famille

Pacs. Rarement un mot rempli d'espoir et de douceur, de quiétude, de promesse de lendemains enchanteurs, n'aura suscité autant de passions, de critiques et, parfois, d'invectives. Vilipendé par les uns lors de sa création, présenté par les autres comme une avancée essentielle vers une société plus juste et plus tolérante, le Pacs est assurément un objet paradoxal.

Paradoxe d'ordre juridique tout d'abord. En tant qu'objet juridique, le Pacs a fait à peu près l'unanimité : c'est un monstre, un monstre juridique s'entend ; un contrat qui relève en réalité de l'état des personnes, un engagement qui n'engage pas, un régime de liberté patrimoniale plus contraignant que la communauté légale, plus solidaire que le régime primaire, plus dangereux, en toute hypothèse, que le mariage. Tout cela pour des concubins qui avaient choisi la liberté!

Et pourtant, et c'est là un second paradoxe, ce monstre qu'une doctrine quasi unanime promettait à une apocalypse judiciaire, n'engendre presque pas de contentieux. Un arrêt du Conseil d'Etat, un arrêt de la cour d'appel de Douai et un jugement du tribunal de grande instance de Lille transposant aux partenaires pacsés une jurisprudence vieillotte sur le constat d'adultère : l'apocalypse tourne au vaudeville.

Paradoxe également dans l'utilisation du Pacs. Voici un statut de toutes les audaces, porteur d'une nouvelle forme de conjugalité qui, si l'on tente d'analyser des chiffres que le respect de la vie privée rend aussi partiels que mystérieux, semble plébiscité... par de faux concubins hétérosexuels, fonctionnaires ou assimilés, désireux de gagner quelques points pour un concours ou pour un rapprochement de « conjoints ».

Paradoxe d'ordre politique car ce statut révolutionnaire dont le Parlement accoucha naguère dans le bruit et la fureur est aujourd'hui défendu par ceux-là mêmes qui brandissaient contre lui l'arme de la morale et de l'ordre social : l'anathème a cédé la place aux cajoleries réformatrices. Il faut, dit-on, réformer pour améliorer le Pacs et créer, on y reviendra, un véritable statut du couple hors mariage, sur le modèle des partenariats étrangers. Au contraire, les partisans les plus fervents du Pacs en 1999, ceux qui se faisaient les défenseurs de la modernité tout en jurant que le Pacs n'était qu'un simple contrat destiné à organiser la vie des concubins homosexuels comme des

concubins hétérosexuels, sans aucun lien avec l'état des personnes et moins encore avec la famille, regardent le Pacs comme un objet quasi préhistorique.

C'est que, ultime paradoxe, ce qui, il y a cinq ans apparaissait comme une audace suprême, a été brusquement dépassé, démodé, ringardisé. Il n'est plus question aujourd'hui que de mariage et d'homoparentalité, deux mots que les promoteurs du Pacs rejetaient naguère avec des mines effarouchées. Tant il est vrai que la question des statuts du concubinage est, aujourd'hui plus encore qu'hier, celle du statut des couples homosexuels.

Voilà pourquoi les pères du Pacs le rangeraient volontiers au musée des antiquités juridiques. Voilà pourquoi ses détracteurs les plus virulents s'en font les plus ardents défenseurs. Il se dit même que le Gouvernement, pour écarter le spectre du mariage et de filiation homosexuels, aurait passé un traité : une loi contre l'homophobie et une réforme du Pacs en échange d'un armistice dans la guerre du mariage et de l'homoparentalité.

Il est vrai que les pressions sont fortes. Aux forces internes, se conjuguent les forces externes liées à la multiplication des statuts du partenariat en Europe, dont la cohérence et la consistance sont infiniment supérieures à celles du Pacs. Or la densité même de ces statuts conduit à poser de façon de plus en plus pressante la question de l'accès des couples homosexuels au mariage et à la filiation.

Au-delà des différents droits européens, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice des Communautés européennes contribuent au mouvement; non pas qu'elles se prononcent en faveur des innovations souhaitées par certains. Elles affichent au contraire des positions assez traditionnelles. Mais, le mythe de cours toujours plus « progressistes » l'emporte parfois sur la réalité de la jurisprudence, comme si certains voulaient se convaincre que la pente irréversible des droits européens comme du droit européen ne pouvait que conduire, par une sorte de fatalité sociale autant que juridique, à la reconnaissance du mariage et de la filiation par des couples de même sexe.

Prétendre synthétiser une journée aussi riche est assurément une mission impossible. Tout au plus peut-on, pour tenter de répondre à la question « Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe », poser une affirmation et une interrogation : les statuts du couple hors mariage se généralisent en Europe (section I) ; s'achemine-t-on vers la reconnaissance par l'Europe du mariage et de la filiation homosexuelle (section II) ?

Section I - La généralisation en Europe des statuts du couple hors mariage

Des pays de plus en plus nombreux en Europe ont adopté sous une forme ou sous une autre un statut du concubinage ou un statut du partenariat. Du Nord (les pays scandinaves firent œuvre de pionniers), la vague des partenariats est descendue lentement vers le Sud. Sans doute y a-t-il encore quelques exceptions, comme l'Italie. Mais viendra peutêtre un temps où, comme en matière de divorce, seuls les irréductibles Maltais résisteront dans leur île aux bouleversements qui ébranlent les structures familiales européennes. Pour autant, ce qui frappe lorsque l'on entend la présentation des différents points de vue nationaux (et les exposés de ce matin étaient, de ce point de vue, particulièrement éclairants), c'est l'extrême diversité de ces droits, au milieu desquels le Pacs apparaît désormais comme bien dépassé et bien isolé.

Il convient d'insister sur cette diversité (A), avant de s'interroger sur l'avenir, dans un tel contexte, du Pacs à la française (B).

A. La diversité des statuts

Il a suffi de trois exposés ce matin pour apprécier cette diversité. Que de différences, par exemple, entre le statut belge que nous a présenté Monsieur Renchon, statut à forte composante contractuelle, ouvert à toutes les formes de vie à deux, statut asexué ou plutôt asexualisé, statut que l'on prétend avant tout patrimonial et en tout cas non familial, et le civil partnership anglais tel que nous l'a présenté Madame Flauss-Diem, ce vrai faux mariage qui crée des liens de famille sans être nécessairement sexualisé, bien que l'on puisse y accrocher une filiation ; ou encore avec le partenariat allemand décrit par Madame Werner, réservé aux homosexuels, produisant des effets d'ordre familial, y compris en matière de nom ou d'autorité parentale, mais non de filiation.

En fait, chaque pays semble faire sa petite cuisine sur son petit réchaud, ce qui peut paraître étrange à l'heure où l'on ne parle que d'harmonisation ou d'unification, ce qui ravira en tout cas les comparatistes mais désespérera les internationalistes. Comme l'a fort bien montré Monsieur Seraglini, si les partenariats posent de délicats problèmes en droit interne, ils en posent de redoutables en droit international privé. Comment parvenir en effet à coordonner par des règles de conflit, des systèmes aussi différents ?

Si l'on se risquait toutefois à une typologie, apparaîtraient plusieurs axes de classification.

Tantôt, le partenariat offre à ses adhérents un véritable statut, plus ou moins copié sur le mariage; tantôt il ne s'agit que d'un simple cadre plus ou moins largement ouvert aux volontés individuelles. Dans le premier cas, on peut parler de partenariat cadre; dans le second, de partenariat statut.

Tantôt le partenariat, cadre ou statut, est offert aux couples homosexuels comme aux couples hétérosexuels; tantôt il est réservé aux homosexuels, qui ne peuvent accéder au mariage.

Brochant sur le tout, intervient désormais la question du mariage. Tantôt le partenariat homo/hétérosexuel existe parallèlement à un mariage également ouvert aux couples hétéro comme aux couples homosexuels (tel est le cas, comme le rappelait Monsieur Renchon, de la Belgique aujourd'hui et de l'Espagne demain). Tantôt le partenariat est la seule possibilité offerte aux couples homosexuels (comme en Allemagne, nous expliquait Madame Werner).

Au sein même de ces différentes catégories, les droits et devoirs ouverts ou imposés sont des plus divers : certains statuts sont des clones du mariage ; d'autres tentent d'offrir ce qu'il convient d'appeler un « modèle alternatif ».

Enfin, par-dessus tout, mais sans qu'il y ait nécessairement de lien de cause à effet, se pose la question de l'adoption et de la filiation que l'on attache ou non à ces statuts.

Rien d'étonnant donc à ce que l'internationaliste hésite. Comment assurer la circulation ou, au moins, la coordination de ces différentes institutions? Que faire en Allemagne d'un Pacs français? Que fera-t-on en France d'un *civil partnership* lorsque celui-ci aura vu le jour en Angleterre?

Comme l'a souligné Monsieur Seraglini, il me semble que la solution la plus raisonnable est le rattachement à la loi de l'institution, i.e. à la loi qui institue le partenariat, *i.e.* à la loi du pays dans lequel le partenariat a été enregistré. Il s'agit là d'un rattachement original en matière personnelle ; et certains ont dénoncé un retour à l'antique théorie des droits acquis. Tel est pourtant le meilleur moyen d'assurer une libre circulation des partenariats à travers les frontières, sous réserve bien sûr de l'ordre public de chaque Etat « importateur ».

Plusieurs pays mettent en place actuellement des règles de conflits de lois en la matière. La plupart retiennent le rattachement à la loi du pays dans lequel le partenariat a été enregistré, que le rattachement soit direct, comme en Allemagne, ou qu'il soit indirect comme aux Pays-bas.

Les différences d'approche conduisent cependant à s'interroger sur l'opportunité qu'il pourrait y avoir à élaborer des règles communes de conflit, sans attendre que chaque pays adopte ses règles propres. La Conférence de DIP de La Haye en serait le cadre idéal. Serait ainsi assurée la reconnaissance internationale des statuts existants.

Dans un contexte international marqué par la diversité, quelle place occupe le Pacs, et, surtout, quel peut être son avenir ?

B. Quel avenir pour le Pacs?

Lorsque l'on confronte le Pacs à nombre de partenariats étrangers, et je ne parle pas encore des débats actuels sur le mariage homosexuel et l'homoparentalité, le Pacs paraît bien timide. Ce qui semblait révolutionnaire il y a cinq ans apparaît aujourd'hui comme un compromis bien tiède. Peut-être est-ce d'ailleurs parce qu'il est dépassé qu'il pose si peu de problèmes en pratique. Son apparent succès naîtrait-il de ses insuffisances ?

Il n'est question aujourd'hui que de réformer le Pacs. Même ses adversaires les plus résolus en 1999 ne parlent que de le consolider, de le compléter par de nouveaux droits, peut être aussi de nouveaux devoirs, bref, de le « relooker » pour en faire un véritable statut du couple ancré dans le droit des personnes. À vrai dire, la tâche est immense, tant le système actuel, comme l'ont montré les orateurs ce matin, manque de cohérence. Certes, le Pacs a gagné depuis 1999 une certaine densité en matière personnelle, ce qui facilite son rapprochement avec les partenariats. Mais ses déficiences techniques restent criantes.

- Plus de densité en matière personnelle. Je n'entends pas revenir trop longuement sur une décision lilloise dont Monsieur Labbée nous a parlé ce matin. Mais enfin, voilà un juge qui comme au bon vieux temps des vaudevilles, mande un huissier et un commissaire de police pour constater au petit matin... la violation de prétendues obligations contractuelles. Que le terme de vie commune soit inscrit dans le Code civil et qu'il suppose, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel, une vie de couple, ne signifie pas juridiquement qu'il y ait obligation de communauté de vie au sens matrimonial du terme et moins encore obligation de fidélité. Le monopole des relations sexuelles est une obligation qui doit être inscrite dans la loi. On ne peut « forcer » le contrat pour l'y faire entrer, fût-ce au titre de l'obligation d'exécution de bonne foi ou au nom de la loyauté contractuelle. Que l'on s'entende bien : il n'est pas interdit d'être fidèle entre partenaires; mais la liberté individuelle s'oppose à ce que l'on s'y engage par contrat ou que l'on puisse obtenir en justice des dommages intérêts pour non respect d'une obligation que l'on prétendrait inscrite, expressément ou implicitement, dans le contrat. Tout au plus pourrait-on invoquer la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle pour obtenir réparation du préjudice moral ou matériel subi par le partenaire. Pour parodier Loysel, on serait tenté de dire que « En Pacs, il trompe qui peut ; mais pas n'importe comment ».

Ce qui vaut pour la prétendue obligation de fidélité vaut également pour les autres obligations de nature personnelle : le Pacs n'est pas le mariage.

Pour autant, le Pacs n'est pas un simple contrat : il intéresse l'état des personnes et c'est en cela que, comme l'a fort bien montré Monsieur Labbée, il prend toute sa dimension, toute sa consistance personnelle. Il n'y a rien d'évident à cela si l'on en reste au droit interne : la définition du Pacs fait expressément référence à une qualification contractuelle (selon l'article 515-1, le Pacs « est un contrat... »). Mais l'on a fait observer que le Pacs n'en était pas moins inscrit au livre « Des personnes » (juste après les incapables, ont ricané certains). Surtout, les obligations légales qui en découlent, les conditions de formation et de publicité ainsi que les modes de dissolution, conduisent inéluctablement à inscrire le Pacs dans l'état des personnes.

D'ailleurs toute hésitation s'évanouit lorsque quittant le droit interne, on s'interroge sur la nature du Pacs en droit international privé. Dès lors en effet que l'on tente de faire circuler internationalement le Pacs et, corrélativement, de l'articuler avec les institutions étrangères comparables (à défaut d'être similaires), la cause est entendue : le Pacs, comme nous l'a montré Monsieur Seraglini, n'appartient pas à la catégorie contrat, quoi qu'on ait pu dire à sa naissance, mais bien à la catégorie statut personnel. Le Pacs est une institution relevant de l'état des personnes, un statut du couple à base contractuelle.

Au demeurant, on serait tenté de dire que c'est moins l'évolution intrinsèque du Pacs que celle du mariage qui, par rapprochements successifs, donne au Pacs plus de densité personnelle. Que l'on songe notamment à la récente loi sur le divorce. En reconnaissant à chacun des époux un véritable *droit au divorce, i.e.* le droit d'obtenir la rupture du lien par volonté unilatérale, sur simple constat d'une séparation de fait de deux ans, et sans obligation de prise en charge des conséquences, la loi du 26 mai 2004 change, par contrecoup, la nature du mariage : statut du couple largement ouvert aux volontés individuelles dans sa formation, ses effets et sa rupture, le mariage se rapproche sinon du Pacs, du moins des partenariats.

La tendance semble d'ailleurs irréversible : que l'on songe par exemple aux récentes lois bioéthique ou aux débats actuels sur l'autorité parentale et, surtout, sur la filiation.

Si la nature personnelle du Pacs est aujourd'hui clarifiée, de graves ambiguïtés demeurent sur ses effets patrimoniaux.

- De graves déficiences techniques en matière patrimoniale. Que n'a-ton dit, notamment, sur les présomptions d'indivision dans le Pacs! Certes, il ne manque pas d'auteurs de bonne volonté, Madame Tisserand nous en a offert ce matin une éblouissante démonstration, pour tenter d'ordonner, d'articuler, de donner un sens à ce qui n'en a guère. Mais les vices de construction sont trop graves. Il faut refaire la copie. De fait, les résultats sont pour le moins paradoxaux : voilà des partenaires qui entendent s'engager, mais pas trop ; et on leur impose un régime de présomptions d'indivision dont nul ne sait s'ils peuvent toujours les écarter dans leur contrat. Le plus souvent il est vrai, si l'on en croit les praticiens, les partenaires, ignorant les chausse-trappes de la loi ne rédigent qu'un contrat simplifié, renvoyant pour le reste aux prévisions du Code. Est-il d'ailleurs satisfaisant de construire le Pacs sur un contrat dont le seul but serait de faire échapper les partenaires au carcan dans lequel le législateur les a inconsciemment enfermés ? Il ne s'agit plus alors que de refaire contractuellement du Pacs un régime de liberté... Sinon, autant se marier, pour les couples hétérosexuels du moins: les contraintes patrimoniales sont moins lourdes et une pratique plusieurs fois centenaire a forgé des règles de gestion, de compensation et de répartition adaptées à la vie de couple.

Plus communautaire que la communauté, le Pacs est aussi un régime plus solidaire que le mariage, puisque le législateur n'a pas jugé bon de prévoir pour les dettes de la vie courante (art. 515-4 al. 2), les tempéraments qu'il avait prudemment mis en place pour les dettes ménagères (art. 220). Encore les créanciers n'en profiteront-ils qu'avec peine, Madame Tisserand le rappelait ce matin, compte tenu des règles de publicités du Pacs. Et l'on se heurte là à un nouveau paradoxe : celui de concubins qui s'engagent et réclament des droits à la société, mais dont la loi organise, en quelque sorte, l'anonymat...

Et il y aurait beaucoup de choses à dire sur la fiscalité du Pacs, dont Monsieur Delattre nous a brossé ce matin un ample tableau.

Malfaçons, incohérences, absurdités... Et pourtant, elle tourne ! Pourtant le Pacs « marche » ou du moins n'engendre pas de contentieux particulier. C'est là, comme le soulignait ce matin Monsieur Fauré, un des grands mystères du Pacs, et, en un sens, une leçon d'humilité pour

les juristes car on saisit là les limites du droit. Certes, pour expliquer l'absence de contentieux, on peut invoquer le manque de recul (mais après cinq ans, tout de même; y a-t-il tant de mariages qui durent si longtemps?). Les pessimistes émettront l'hypothèse qu'une partie de ces Pacs, rompus en fait ou en droit, sont autant de bombes à retardement que juges, notaires et avocats, anciens pacsés, nouveaux conjoints et jeunes héritiers, verront bientôt ressurgir avec leurs indivisions non liquidées qui auront continué à fonctionner dans l'ignorance générale, ou, pis encore, avec leurs superpositions d'indivisions si d'aventure un nouveau Pacs avant été conclu sur les ruines d'un Pacs dissous mais non liquidé, sans parler des superpositions d'indivision et de communauté si les pacsés se sont mariés entre eux, ou avec un tiers.

Mais ces prophéties de malheur sont-elles vraiment de saison? Certes, il y aura du contentieux un jour, notamment lorsque l'un des pacsés mourra et qu'il faudra tenter de dénouer l'inextricable afin d'attribuer à chacun ce qui lui revient en droit, ou en équité. Mais en attendant, on pourrait se contenter de constater qu'il n'y a pas de contentieux... parce qu'il n'y a pas de conflit. Mais s'il n'y a pas de conflit, est-ce parce que le Pacs n'est pas pathogène, ou parce que les pacsés ignorent leurs droits? Ou qu'ils sont persuadés que leurs litiges n'intéressent pas la justice, qu'ils doivent les régler hors du droit, sans le droit, dès lors que pour eux le Pacs n'est affecté que d'une faible dose de juridicité et qu'en choisissant le Pacs et non le mariage (du moins pour les couples hétérosexuels), ils se sont placés aux frontières du droit? Et puisque les partenaires, à la différence des époux, n'ont nulle obligation de recourir au juge et à ses auxiliaires pour mettre fin au Pacs, ils s'en passent.

En ce sens, l'expérience du Pacs pourrait se révéler très intéressante au titre du règlement extra judiciaire des conflits familiaux. De là à un faire un modèle dans la perspective de la consécration d'un divorce sans juge, il y a un pas... que certains s'empresseront sans doute de franchir : le Pacs comme modèle !

Pour répondre à ces critiques, le Gouvernement s'est engagé semble-t-il dans la voie des réformes. Mais face à la pression interne (celle des groupes de pression qui harcèlent le législateur français) et, surtout, face à la pression indirecte mais infiniment plus forte, des droits européens et, peut-être demain, du droit européen, la question n'est elle pas de savoir si l'on ne risque pas de s'acheminer *volens nolens*, vers la reconnaissance par l'Europe du mariage et de la parenté homosexuels ?

Section II - Vers la reconnaissance par l'Europe du mariage et de la parenté homosexuels ?

L'ampleur prise depuis quelques années par la question du mariage et de l'homoparentalité en Europe a quelque chose de stupéfiant. Un monde s'écroule, un autre surgit, sans que l'on soit vraiment sûr que les fondations en soient bien solides et, surtout, sans savoir si ce que l'on construit a vraiment un sens. Sans vouloir vexer nos amis et voisins belges, on serait tenté de dire que l'on assiste depuis quelque temps à une « bruxellisation » du droit de la famille : bruxellisation parce que Bruxelles se mêle de plus en plus de droit de la famille (et de mariage, à travers notamment la Charte de Nice), mais aussi bruxellisation au sens architectural du terme, *i.e.* la destruction de pans entiers de notre patrimoine juridique, comme l'on détruit à Bruxelles des quartiers entiers, pour construire du neuf, du neuf, coûte que coûte, au nom de la modernité.

Quelques mots sur les facteurs (A) et sur les enjeux (B) d'une telle évolution.

A. Les facteurs de transformation

Si le débat sur le mariage homosexuel et sur l'homoparentalité a connu un tel regain de vigueur en France, c'est, en grande partie, en raison des réformes annoncées en Espagne, et, dans une moindre mesure, en Belgique. Mais le phénomène d'entraînement ne naît pas seulement de l'évolution de certaines législations étrangères (ce que l'on appellera, avec une pointe d'ironie, les vertus de l'exemple). Elle vient aussi d'une menace que fait peser sur nos bons vieux systèmes juridiques cette arme de destruction massives que peut constituer lorsqu'elle est maniée par des mains inexpertes, ou parfois trop expertes, le principe de non-discrimination.

— Les vertus de l'exemple. À ceux qui disaient hier que le mariage homosexuel était *impensable*, on répond aujourd'hui : les Hollandais l'ont fait. Certes, mais ce sont les Hollandais. Mais les Belges aussi l'ont fait. Oui, mais ce sont les Belges. Et les Espagnols le feront demain. Là, que dire ? Un pays latin, de forte tradition catholique... De proche en proche, de pays en pays, l'argumentaire sur la nature du mariage faiblit. Et les adeptes de la théorie des dominos s'interrogent : quand la France basculera-t-elle ?

La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les nécessités du droit international privé lui donnent un caractère tout à fait actuel. Quels effets reconnaître en France aux mariages homosexuels hollandais ou belges ? Va-t-on les rejeter au nom de l'ordre public ou leur laisser produire un certain nombre d'effets, au nom de l'effet atténué de l'ordre public ? Si des couples étrangers demandent au juge de

dissoudre leur union, appliquera-t-on les dispositions du Règlement communautaire Bruxelles 2 bis, en mettant en avant une définition autonome du mariage, ou renverra-t-on aux droits nationaux le soin de définir ce qu'il faut entendre par lien matrimonial? Car si l'on admettait d'aventure que le Règlement Bruxelles 2 bis concerne le mariage sous toutes ses formes connues en Europe, ne serait-ce pas une façon de forcer indirectement les Etats réfractaires à reconnaître au moins indirectement le mariage entre personnes de même sexe ?

La force du droit international privé est d'autant plus grande qu'elle déploie ses effets dans l'espace communautaire. Car on aurait tôt fait de crier à l'entrave à la libre circulation des biens et des personnes, ou à la discrimination fondée sur la nationalité. Le barrage de l'ordre public tiendra-t-il longtemps ? La réponse à la question est d'autant plus incertaine que la Charte de Nice a déjà reconnu, au moins implicitement, le mariage homosexuel.

On en vient ainsi au second facteur de perturbation : l'argument de la discrimination.

- L'argument de la discrimination. En 1999, on invoquait des considérations de justice et d'humanité. Aujourd'hui, il n'est plus question, tout simplement, que d'égalité. Or, dans un monde occidental en général, et dans un monde européen en particulier, saisis d'une véritable obsession anti-discriminatoire, l'argument est d'une redoutable efficacité. Que l'on s'entende bien : le principe d'égalité et le refus des discriminations constituent des valeurs essentielles de notre système juridique : l'œuvre réalisée par la Cour européenne des droits de l'Homme, comme l'a rappelé Monsieur Marguénaud, et par la Cour de Justice des Communautés européennes, comme nous l'a dit Monsieur Hernu, est à cet égard tout à fait exemplaire. On peut être plus dubitatif en revanche face à la tendance actuelle à voir de la discrimination partout et à crier au loup dès que l'on aperçoit au loin des disparités de statut ou des différences de règles applicables. En vérité, on en vient à présumer la discrimination dès lors que l'on constate une différence de traitement. Celui qui prétend maintenir cette différence est sommé de se justifier en prouvant qu'elle est fondée, parce que, notamment, les situations ne seraient pas identiques, ni même similaires, ni même comparables (mais on sent bien que le degré d'exigence ne cesse de monter) et/ou qu'elle ne dépasse pas les bornes du raisonnable et/ou du nécessaire.

Cet argumentaire anti-discrimination pourrait faire évoluer les choses bien plus loin et bien plus vite que ce que l'on pouvait imaginer jusqu'à une date récente. Certes, ni la Cour européenne des droits de l'homme, Monsieur Marguénaud le rappelait tout à l'heure, ni la Cour de Justice des communautés européennes, dont la jurisprudence nous a été retracée par Monsieur Hernu, n'ont dit que refuser le mariage aux couples homosexuels constituait une discrimination. Au contraire l'une et l'autre restent fidèles à une définition « traditionnelle » du mariage, même si. comme le soulignait Monsieur Marguénaud, les derniers arrêts de la Cour EDH semblent plus ambigus. Mais le barrage résistera-t-il longtemps? En fait, le danger pour les uns, l'espoir pour les autres, pourrait bien venir de Luxembourg, plus que de Strasbourg. De fait, la Cour de Justice fonde ses décisions sur la conception majoritaire de l'institution matrimoniale dans les pays de l'Union. Quid si les pays qui admettent les mariages entre personnes de même sexe deviennent sinon majoritaires, du moins suffisamment nombreux pour qu'on ne puisse plus les ignorer? Certes, on ne pourrait imposer aux législateurs nationaux (même si certains en rêvent déjà) de consacrer de telles unions. Mais ce qui ne peut être fait directement pourrait l'être indirectement. En effet, le refus dans un Etat de l'Union de traiter comme un mariage « ordinaire » une union homosexuelle valablement célébrée dans un autre Etat membre, ne sera-t-il pas considéré comme une discrimination ? Et un pays membre tel que la France pourra-t-il longtemps se retrancher derrière le principe selon lequel le statut personnel étant régi par la loi nationale, le mariage d'un Français, célébré en Belgique ou aux Paysbas, doit être considéré comme nul en France ? En cela, les pays qui admettent le mariage homosexuel pourraient bien forcer la main à leurs voisins européens. Car de fil en aiguille, la réception des unions homosexuelles étrangères, risque fort, au nom de l'égalité entre ressortissants communautaires et nationaux, et tout simplement par la force des habitudes, de ruiner les défenses des systèmes juridiques les plus hostiles.

Or le domino du mariage ne peut qu'entraîner dans sa chute le domino de la parenté. De fait, les débats sur le mariage homosexuel sont étroitement liés aux débats sur la parenté homosexuelle, ne serait-ce que parce que la parenté est par nature, pourrait-on dire, liée au mariage. Et l'on aura beau dire que la question de la parenté homosexuelle revêt une tout autre dimension que celle de la conjugalité; on aura beau dire qu'il n'y a pas discrimination, en ce sens que les situations ne sont pas identiques et que la différence de traitement repose sur des justifications objectives et raisonnables; on aura beau dire qu'il faut se garder de vouloir faire du même avec du semblable, qu'une chose est d'accueillir un enfant qui existe au sein d'un couple homosexuel, une autre de créer un enfant pour ce couple; on aura beau dire; qui pourrait être certain que cette espèce de fuite en avant à laquelle nous assistons aujourd'hui ne triomphe de tous les obstacles?

Après il sera bien tard ; après il sera trop tard. Pourtant, les enjeux d'une telle évolution sont considérables.

B. Les enjeux de l'évolution

Ces enjeux ont été parfaitement exposés par Monsieur Renchon, et je me contenterai de renvoyer à ce qu'il nous a dit ce matin.

— Enjeux quant au sens et à la nature même du mariage: le mariage ne serait-il plus cette institution qui fait le lien entre le public et le privé, entre le couple, la famille et la société, mais un simple statut du couple parmi d'autres, ou, pour reprendre la formule citée par Monsieur Renchon, une « relation intime entre deux personnes » juridiquement reconnue et protégée? Dès lors, le législateur ne pourrait qu'adopter une attitude de neutralité, se contenter d'ouvrir tous les possibles, d'offrir tous les droits, ou en tout cas les mêmes droits, en laissant aux individus le choix de leur statut. Le mariage n'aurait guère plus de sens que le partenariat, sauf à ce que les individus y mettent ce qu'ils veulent bien y mettre: un peu d'éternité (mais le droit ne garantit rien), un peu de fidélité (mais le droit ne sanctionne rien), un peu de solidarité (mais on en a tout autant hors mariage), un peu de responsabilité (mais en tant que personne, non en tant que conjoint). Un mariage à la carte, en quelque sorte; un mariage en kit, sans garantie juridique.

— Enjeu quant à la construction de la parenté: car malgré les promesses faites ici ou là, il est difficile de prétendre séparer conjugalité et parentalité. Et l'on en revient alors au problème de l'adoption et, plus généralement, de la filiation. Encore faut-il lutter contre les amalgames.

Pour cela, il convient tout d'abord de distinguer parenté et parentalité. Une chose est en effet de se rattacher un enfant par un lien de filiation, une autre de prendre en charge un enfant, d'établir et d'assumer à son égard une *responsabilité parentale*. Si l'on souhaite assurer la prise en charge de l'enfant du conjoint ou du partenaire, la création d'un véritable statut du tiers serait suffisante. Il n'est pas besoin de « bricoler » les liens de filiations. Et s'il s'agit de transmettre les biens à l'enfant que l'on a élevé, que l'on se contente d'une réforme de la fiscalité qui serait d'ailleurs utile pour tous les beaux-parents.

Il est également indispensable de distinguer création de liens de filiation par adoption et création de liens de filiation par utilisation des règles de la filiation par le sang. Une chose est en effet de créer des liens fictifs (au sens juridique du terme), qui rattachent l'enfant à un couple ou à l'un des membres du couple, ce en pleine connaissance du caractère fictif de ces liens, selon une technique qui, certes, n'a pas été imaginée pour ce type

de situations, mais qui conserve une certaine cohérence ; une autre est de créer des liens de filiation en utilisant les règles de la filiation légitime ou naturelle, i.e. des règles entées sur une filiation biologique, alors que chacun sait qu'en aucun cas l'enfant ne peut être né de ses deux « pères » ou de ses deux « mères ». Aussi absurde que soit un tel système, aussi contradictoire soit-il avec la tendance contemporaine à valoriser la filiation véritable, au sens biologique du terme, il n'en tente pas moins certains apprentis législateurs. Il se trouve même des Etats, comme le Québec, qui créent des liens de filiation entre l'enfant et le partenaire de son père ou de sa mère biologique, avec présomption de co-maternité (en attendant une présomption de co-paternité ?).

La confusion, favorisée par un usage dévoyé du principe de non-discrimination, est à son comble.

Arrivés au terme de cette journée, je crains que nos travaux n'aient pas vraiment permis de lever tous les doutes. Du moins repartironsnous à la fois plus riches et plus humbles : plus riches de tout ce que nous aurons appris ; plus humbles d'avoir pris conscience de la complexité des questions abordées et de l'importance de leurs enjeux.

POSTFACE

Après le brillant rapport de synthèse du Professeur Fulchiron, il est bien délicat d'ajouter quelques observations personnelles. Toutefois, après lecture des rapports relatifs au droit français, il est apparu remarquable qu'aucun auteur n'ait adopté la même orthographe dans l'abréviation désignant le pacte civil de solidarité! Si la ligne éditoriale fut d'unifier dans les titres en usant de l'expression dans son entier, par respect pour les auteurs, l'orthographe qu'ils avaient utilisée dans leur communication est conservée. Or ces variantes révèlent toute l'ambiguïté du pacs, que chacun approche avec sa sensibilité, et montrent à quel point le pacs est encore un «ojni», un objet juridique non identifié, dans le ciel des relations d'alliance entre deux personnes. Cette indétermination est bien la conséquence de l'absence de choix clair du législateur français ; mais à l'heure d'une éventuelle réforme de la loi de 1999, les législations étrangères ne permettent guère de lever l'ambiguïté. Bien au contraire, on y relève une polymorphie du statut des relations conjugales allant du mariage au partenariat avec des déclinaisons discriminantes selon que l'une ou l'autre voie est réservée aux couples de même sexe ou de sexes différents. Toute tentative de mettre de l'ordre en classant les modèles selon une certaine typologie paraît vouée à l'échec quand on examine le système des Pays-Bas, qui autorise les permutations entre mariage -hétéro ou homosexuel- et partenariat, et vice versa. C'est bien l'union à la carte qui nie toute stabilité du lien et toute sécurité juridique, en particulier pour les tiers, mais tend également à gommer la distinction entre mariage et partenariat. Leur statut, reflétant leur situation du moment, devient la chose des parties à la relation. Ceci ne peut que favoriser la nature contractuelle des unions, sans pour autant affirmer que les relations engendrées ne soient que patrimoniales. Quoiqu'il en soit, devant cette grande variété, d'une part, le spécialiste de droit international privé peut se livrer avec jubilation à des exercices de qualification de l'institution étrangère,-mais pourquoi ne pas user de l'ordre public atténué pour laisser produire en France des effets à une situation régulièrement constituée à l'étranger ou de la théorie de l'apparence ?- et, d'autre part, réjouir la comparatiste à laquelle son professeur avait enseigné que le droit de la famille était la branche du droit qui opposait le plus de résistance à l'uniformisation. Pourtant, ils peuvent redouter la standardisation qui, inévitablement dans les prochains temps, s'imposera par le biais de décisions prises au niveau européen. Certes, pour l'instant, les juridictions européennes ont une conception «classique» du mariage, mais après la modification opérée sur ce point par l'Espagne à l'égard des homosexuels, il est fort à parier que la Cour de Strasbourg, saisie directement de la question, va trouver qu'une majorité des Etats signataires ouvre le droit au mariage à tout individu quel que soit son sexe...et contraindre les Etats, îlots de résistance, à adapter leur législation. Du côté de l'Union européenne, on sait que la Commission s'empare de plus en plus, parfois de façon incidente, du droit de la famille et des personnes. A quand la distorsion des règles de concurrence empêchant la réalisation du marché unique des assurances, par exemple, par la différence de qualité d'héritier reconnue à un partenaire dans un pays et non dans un autre ? En réalité, dans cet « espace de liberté, sécurité et justice », dominé par le libéralisme économique, le statut protéiforme des couples, en général, est l'un des épiphénomènes trahissant la désintégration du collectif au profit de l'individuel dans la société européenne actuelle, et la déliquescence de l'Etat, notamment dans les relations familiales, même si celui-ci essaie de sauvegarder ses fonctions de police sur l'état civil de ses citoyens.

Jacqueline Flauss-Diem

Table des matières

Liste des contributions	. 3
Préface	
Par Georges Fauré	. 5
PREMIERE PARTIE:	
L'ETAT DES LIEUX APRES UN QUINQUENNAT DE PACS	. 7
Petits propos introductifs sur les nouvelles formes de conjugalité	
Par Françoise Monéger	. 7
TITRE 1: LA SITUATION EN FRANCE	11
Le pacte civil de solidarité et la sexualité	
Par Xavier Labbée	
Section I - L'obligation de vie commune	
A. En matière de mariage	
B. Le Pacs	
Section II - Une morale bourgeoise	
A. La monogamie et la prohibition de l'inceste	
B. Le devoir de fidélité existe-t-il dans le Pacs ?	17
Le notaire et le pacte civil de solidarité	
Par Catherine Philippe	21
Section I - L'information	21
A. S'informer	
B. Informer et conseiller	23
Section II - La rédaction	24
A. La forme	
B. Le fond	25
Les aspects patrimoniaux du pacte civil de solidarité	
Par Alice Tisserand-Martin	
Section I - La solidarité des partenaires	
A. La solidarité entre partenaires	28
B. La solidarité vis-à-vis des tiers	29
1. Les incertitudes	30
2. Les lacunes	
Section II - La vocation communautaire du pacte	
A. L'étendue de la vocation communautaire du pacte	
1. Le domaine d'application des présomptions d'indivision	
2. La nature des présomptions d'indivision	
B. Les conséquences de la vocation communautaire du pacte	
1. Les retombées de l'application des présomptions	
2. L'éviction des présomptions	37

Les paradoxes du régime fiscal du pacte civil de solidarité :	
de la défiscalisation annoncée à la re-fiscalisation ambitionnée	
Par Jean Delattre	39
Section I - La loi du 15 novembre 1999 :	
la hantise d'une défiscalisation par le pacte	
A. Les obstacles adressés aux pactes de complaisance	41
B - La crainte excessive de l'évasion fiscale	42
Section II - La loi de finances pour 2005 :	
le pacte, instrument de re-fiscalisation ?	46
A. Le relatif alignement des couples de partenaires sur les	
couples mariés	47
B - La re-fiscalisation de la famille hors mariage?	50
TITRE 2: LA SITUATION DANS QUELQUES PAYS EUROPEENS	57
Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel	
Par Eva Wenner	_
Section I - Conclusion et dissolution du partenariat	
A. L'enregistrement du partenariat	
B. La dissolution du partenariat	
Section II - Le fonctionnement du partenariat	
A. Les rapports entre les partenaires	
1. Les rapports extra-patrimoniaux	
2. Les rapports patrimoniaux	
B. Les rapports avec les tiers	63
Le <i>civil partnership</i> en droit anglais	
Par Jacqueline Flauss-Diem	
Section I - La formation du partenariat civil ou le faux mariage	
A. Les faux-fuyants de la célébration	
1. La prohibition des formes religieuses pour le partenariat civil	
2. La création d'un registre spécifique au partenariat	
B. Les trompe-l'œil des conditions de fond du partenariat	
1. Des conditions d'âge et de célibat identiques à celles du mariage	
2. Des conditions de parenté et d'alliance apparemment semblables	
Section II - La vie et la mort du partenariat ou l'assimilation au mariage	
A. Les conséquences légales de l'enregistrement d'un partenariat civil	
1. Un parfait parallèle avec le mariage en droit social	75
2. Des effets identiques à ceux du mariage sur les plans	
personnels et patrimoniaux?	
B. La disparition du partenariat ou le vrai démariage	
1. Des causes identiques de disparition pour les deux types d'unions	
2. Un déroulement procédural identique au divorce	81
3. Des effets identiques pour cause de mort ou de divorce	82

Les conjugalités en droit belge	
Par Jean-Louis Renchon	85
Section I - Les réformes du droit belge	85
A. Le contexte politique	85
B. La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale	89
1. La proposition de la loi relative au contrat de vie commune	89
2. Le statut de la cohabitation légale	
C. La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes	
de même sexe	99
Section II – Les leçons du droit comparé	108
A. La signification du mariage	108
B. La signification de la filiation	112
DEUXIEME PARTIE: LES NOUVELLES CONJUGALITES	
AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL	115
TITRE 1: LES DIFFICULTES RENCONTREES EN DROIT	
INTERNATIONAL PRIVE	115
Les nouvelles formes de conjugalité : nouveau « jouet » pour la doctrine de droit international privé ? Par Christophe Seraglini	115
	121
de droit international privé face aux partenariats	121
A. Les incertitudes de la qualification	121 122
1. Contrat ou statut personnel?	122
2. Au sein de la catégorie « statut personnel », « mariage »	125
ou « catégorie nouvelle » ?	125 128
	129
	129
2. La loi applicable au mariage ?	129
au sein du statut personnel?	136
Section II - Vers un éclaircissement ou une plus grande confusion	138
A. La réforme	138
1. Objectifs et impératifs des règles	138
2. Mise en œuvre	140
B. La révolution	143
TITRE 2: UNE MODELISATION SUPRA-ETATIQUE?	147
Du pacte civil de solidarité aux nouvelles conjugalités : une modélis tion supra-étatique des relations extra-matrimoniales par la jurispro dence de la Cour européenne des droits de l'homme Par Jean-Pierre Marguénaud	u-

Section I – L'élaboration d'un statut extra-matrimonial	
européen original	148
A. Bilan	148
B. Perspectives	150
Section II – La déconstruction européenne du mariage traditionnel	151
A. La remise en cause de l'interdiction de l'inceste	
B. La discussion relative à la différence de sexe	-
	->-
Droit communautaire et droits nationaux des nouvelles formes	
de conjugalité	
Par Rémy Hernu	155
Section I – L'étendue de la pénétration du droit communautaire	160
A. Les obstacles confortés	160
1. Le mariage et les partenariats non mariés	160
2. Les couples homosexuels	163
B. Les obstacles levés	164
1. Les obstacles levés par la Cour de justice	164
a) Les obstacles relatifs à la capacité de contracter mariage	164
b) le regroupement familial des partenaires non mariés	166
2. Les obstacles levés par le législateur communautaire	169
a) L'extension du droit au regroupement familial	169
b) L'élimination des discriminations fondées sur l'orientation	
sexuelle en droit de la fonction publique	172
Section II – Les problèmes inhérents à la pénétration du droit communautaire	173
A. Les problèmes inhérents aux méthodes retenues	173
1. L'absence d'uniformité d'application du droit communautaire	173
2. La détermination des sources du droit communautaire	175
B. Les problèmes inhérents aux conceptions retenues	177
1. La dévalorisation du couple homosexuel dans le raisonnement du juge	177
	1//
2. La surdétermination de l'individu dans le traitement de la question	170
du transsexualisme	179
Rapport de synthèse	
Par Hugues Fulchiron	185
Section I - La généralisation en Europe des statuts du couple hors mariage	187
A. La diversité des statuts	187
B. Quel avenir pour le Pacs?	189
Section II - Vers la reconnaissance par l'Europe du mariage	
et de la parenté homosexuels ?	193
A. Les facteurs de transformation	193
B. Les enjeux de l'évolution	
	-/-
Postface	
Par Jacqueline Flauss-Diem	199
	-//