



**HAL**  
open science

## Vers la reconnaissance des couples de même sexe

Daniel Borrillo, Marianne Schulz

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo, Marianne Schulz. Vers la reconnaissance des couples de même sexe : Analyse et propositions de AIDES. 1997. hal-01238390

**HAL Id: hal-01238390**

**<https://hal.science/hal-01238390>**

Submitted on 4 Dec 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

VERS LA  
RECONNAISSANCE DES  
COUPLES DE MEME SEXE

*Analyse et propositions de AIDES*

*Rapport rédigé par Daniel BORRILLO et Marianne SCHULZ*

*Avec la collaboration des membres du groupe de travail :  
Michel CANONGE, François COURTRAY, Danièle LOCHAK, Marc MOREL, Yann  
PEDLER, Hervé PILLOT, Georges VIVIEN*

*AIDES Fédération Nationale, 2<sup>ème</sup> édition, décembre 1997*

## Sommaire

<b>Introduction</b>	4
<b><u>I Etat des lieux</u></b>	5
<b>A) Difficultés spécifiques aux couples de même sexe</b>	6
• Droits patrimoniaux	6
Transmission du bail	
Logements sociaux	
Discriminations fiscales	
Affiliation à la sécurité sociale	
Avantages divers	
• Droits extra-patrimoniaux	8
Certificats de vie commune	
Maladie et funérailles	
Vis-à-vis des enfants	
<b>B) Difficultés générales à l'ensemble des couples non mariés</b>	
• Droits patrimoniaux	9
Successions	
Prestations sociales	
• Droits extra-patrimoniaux	9
Partenaire de nationalité étrangère	
Service national	
Dons d'organes	

## II Les chemins de la reconnaissance des couples homosexuels

<b>A) Le concubinage</b>	10
• Définitions	12
• Modes de preuve	12
• Effets juridiques	12
Droits patrimoniaux	
Droits extra-patrimoniaux	
<b>B) Les contrats de partenariat</b>	14
• Les différents projets successifs	14
• Analyse du contrat d'union sociale	15
• Les autres formes de partenariats	16
<b>C) Le mariage entre personnes de même sexe</b>	17
• Brève évolution du mariage	17
• Les arguments invoqués contre le mariage des homosexuels	18
• Plaidoyer en faveur du mariage des homosexuels	18
• Pour une vision moderne de la filiation	20
L'adoption	
L'insémination artificielle	
<b>Conclusion</b>	21
<b>Récapitulatif des propositions</b>	23
<b>Annexes</b>	25

## Introduction

1- Les années Sida ont montré clairement que les précarités juridiques sont indissociables des situations sanitaires de vulnérabilité. En effet, toute sous-citoyenneté apparaît désormais comme une menace latente de recrudescence de l'épidémie. La précarité juridique représente une forme particulièrement grave de vulnérabilité psychologique et sociale. Elle se manifeste aussi bien au plan individuel qu'au niveau du couple, de la famille et de la société dans son ensemble. En ce sens, il ne suffit pas d'octroyer des droits à l'être individuel sans prendre en compte son environnement affectif. Le couple, la famille dans toute sa diversité, les communautés auquel il appartient... sont autant de situations qui doivent être considérées sous peine d'isoler le sujet de droit.

2- Dans la lutte pour l'égalité des droits, la prise en compte de l'individu est certes une étape fondamentale mais elle ne peut pas se limiter à cela. Le concubinage et le mariage apparaissent de nos jours comme les formes sous lesquelles la société et le droit reconnaissent la vie du couple. Seule cette reconnaissance lui confère une protection efficace. Ces deux formes, l'une institutionnelle, le mariage, l'autre factuelle, le concubinage, sont, de par leur nature, susceptibles de modifications et par conséquent d'évolution. En tant que situations octroyant des droits et des obligations, le mariage et le concubinage doivent être élargis à l'ensemble des personnes majeures et capables, et ceci indépendamment de leur orientation sexuelle. En effet, bien que toute la société soit concernée, ce sont principalement les couples de même sexe qui sont victimes de discriminations ; écartés du mariage, ils ne se voient pas non plus reconnaître la qualité de concubins. L'hostilité aux homosexuels<sup>1</sup> (déguisée d'appels à la tradition juridique, à la nature historiquement sacramentale ou à la finalité reproductive du mariage, à l'ordre public, etc.) demeure le seul obstacle à la reconnaissance et à l'égalité des droits.

3- Depuis sa création, AIDES se bat contre toutes les formes de discrimination dont sont victimes les personnes atteintes ou leurs proches. Ainsi en est-il des discriminations liées à l'orientation sexuelle. Cette action prend plusieurs formes : d'une part, par l'assistance aux personnes qui veulent faire valoir leurs droits en justice, afin de faire évoluer la jurisprudence, aujourd'hui hostile aux couples de même sexe (voir infra n°6). D'autre part la négociation avec les instances publiques pour mettre fin aux nombreuses situations conflictuelles, (transfert du bail au survivant du même sexe, allègement des charges fiscales dans la transmission de biens entre concubins, égalité dans les délais de prise en charge par la sécurité sociale de l'ayant droit, etc.), permet d'ouvrir un débat social et politique indispensable à une prise de conscience collective.

---

<sup>1</sup> « L'homophobie est fortement liée au sexisme. Elle est en effet l'intériorisation du sexisme dans ses rapports aux autres. L'homophobie est la discrimination envers les personnes qui montrent, ou à qui l'on prête certaines qualités (ou défauts) attribués à l'autre genre. Ainsi sexisme et homophobie organisent la discrimination envers les personnes, hommes ou femmes, qui ne se conforment pas aux images stéréotypées des genres. Sexisme et homophobie sont les produits d'une pensée essentialiste, pour laquelle les rapports entre les sexes sont immuables », Welter-Lang, Dutey et Dorais ; VLB éditeurs, Québec 1994 p. 17

En ce sens, AIDES, qui a initié le contrat d'union sociale (CUS), soutient les deux propositions de lois déposées à l'Assemblée Nationale le 23 juillet 1997<sup>2</sup>, malgré certaines lacunes et replis par rapport au projet initial. Le CUS/CUCS constitue aujourd'hui un lieu très riche de débats et de réflexions, dont l'objectif est d'amender et de perfectionner les textes de référence.

En défendant la recommandation du Parlement européen de 1994 (voir annexes) invitant les Etats membres à reconnaître aux homosexuels les mêmes droits qu'aux couples mariés, nous nous inscrivons dans une dynamique européenne dépassant le cadre national. En effet, seule la mise en œuvre de cette recommandation mettra fin aux discriminations. Rappelons que même les législations les plus avancées comme celles du Danemark, de la Suède ou de la Norvège n'accordent pas des droits identiques aux couples homosexuels et aux hétérosexuels, notamment en ce qui concerne la filiation, médicalement assistée ou adoptive ; ces législations sont ainsi en deçà de la recommandation du Parlement Européen. L'absence de reconnaissance de ces partenariats dans les autres pays de l'Union Européenne constitue en outre une entrave à la libre circulation des personnes, puisque les partenariats créateurs de droits et d'obligations dans les pays qui les reconnaissent sont nuls dans ceux qui n'ont pas instauré une législation similaire et conclu un accord de réciprocité.

4- La reconnaissance juridique de l'union des personnes de même sexe constitue un droit fondamental. Sa négation implique une atteinte aux principes d'égalité et de non discrimination. Cette union doit aussi constituer un fondement de la notion juridique de famille. Ces deux droits fondamentaux, l'union et la libre circulation sont essentiels à la mise en œuvre des principes de non-discrimination et d'égalité défendus par le Parlement Européen, lorsqu'il invite les Etats membres à : "ii) reconnaître des droits aux couples homosexuels au même titre qu'aux couples mariés", fondement essentiel de nos revendications.

Après un état des lieux du droit positif en vigueur (I), le présent rapport traitera des chemins possibles pour la reconnaissance des couples homosexuels (II), en envisageant les moyens graduels pour obtenir l'égalité : le concubinage, les contrats de partenariat, et enfin le mariage. Notre démarche est de donner une réponse de principe au problème posé et de présenter des propositions transitoires ou définitives selon les cas.

## I Etat des lieux

5- **Le droit ignore les couples de même sexe** : si quelques prérogatives ou avantages leur sont concédés, ce n'est pas sur la base du lien affectif les unissant, mais par l'application de règles ayant une portée générale.

6- Les textes qui attribuent des droits aux concubins n'ont jamais défini la portée et le champ d'application des notions telles qu'union libre, vie maritale ou concubinage. Les tribunaux, saisis dans les années 80 de deux affaires, ont ainsi été amenés à se prononcer et à définir ces notions. L'un de ces litiges concernait l'affiliation d'une concubine à la sécurité sociale comme ayant-droit de sa partenaire, l'autre portait sur le bénéfice des avantages du

<sup>2</sup> Proposition n°88 visant à créer un contrat d'union civile et sociale déposée par le groupe RCV ; proposition n°94 relative au contrat d'union sociale déposée par le groupe socialiste

statut du personnel d'Air France au profit du concubin d'un steward. La Cour de cassation, dans deux arrêts de la chambre sociale rendus le 11 juillet 1989, a débouté les demandeurs au motif que les notions de « vie maritale » et « conjoint en union libre » devaient s'entendre comme la situation de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme.

7- Reprises, commentées et citées dans les manuels de droit, ces décisions sont aujourd'hui les seules émanant de la juridiction suprême. Elles sont majoritairement analysées comme des décisions de principe fermant la porte à toute reconnaissance jurisprudentielle du concubinage homosexuel, à tort selon nous. D'une part, ces arrêts ne sont que le reflet de la Chambre sociale et non de l'Assemblée plénière, ce qui aurait alors défini une position de principe ; de plus, ces affaires se référaient aux notions de « conjoint en union libre » prévue par le statut du personnel d'Air-France et de « vie maritale » prévue par la loi, dont les demandeurs réclamaient l'application ; les expressions de « vie maritale » ou « conjoint en union libre » contiennent en elles-mêmes une référence directe au mariage. L'exclusion des couples homosexuels peut alors juridiquement se justifier si on estime que ces couples sont ceux qui vivent comme des couples mariés et qui en donnent l'apparence aux yeux des tiers. La portée de ces décisions est ainsi limitée et ne devrait être étendue au concubinage, rien ne permettant de justifier l'exclusion des couples de même sexe des dispositions concernant le concubinage, celui-ci étant juridiquement fondé sur l'existence d'une relation stable et notoire entre les partenaires. Comme le signale le professeur Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI à propos de ces décisions, "l'exclusion du concubinage homosexuel peut paraître tout à fait arbitraire, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une situation que le droit réprovoque" <sup>3</sup> et le refus de l'appellation de concubins à des couples homosexuels "nous paraît sur ce point bien erroné et risque d'entraîner des conséquences fâcheuses".

La comparaison faite entre les couples hétérosexuels et homosexuels pour déduire une discrimination envers ces derniers n'est pas valable dans tous les cas. En effet, s'il est des situations spécifiques aux couples de même sexe (A), d'autres concernent tous les couples non mariés (B), montrant ainsi les lacunes et insuffisances des droits accordés aux concubins. Il est vrai que dans ce second cas, l'inégalité provient du fait que certains peuvent se marier et d'autres pas.

## A) difficultés spécifiques aux couples de même sexe

- *Droits patrimoniaux*

8- **Transmission du bail** : la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation prévoit dans son article 14 la continuation ou le transfert de bail au profit « du concubin notoire qui vivait avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile ou du décès » ; cette loi ne s'applique pas de droit au profit du concubin homosexuel, compte tenu de la jurisprudence telle qu'aujourd'hui interprétée (supra n° 6). Il n'est pas rare de voir ainsi le compagnon privé de tout droit lors du décès de son partenaire, mis à la porte du logement commun du jour au lendemain, et confronté aux pires difficultés pour récupérer ses biens et effets personnels. Quelques décisions de première instance ont cependant contredit cette interprétation et admis la

<sup>3</sup> Revue trimestrielle de droit civil 89 (1) janvier-mars 1990, p 55

validité du transfert de bail, montrant ainsi que la valeur de la solution jurisprudentielle n'est pas acquise (voir infra n° 25).

9- Les couples de même sexe n'ont pas dans la majorité des cas accès aux **logements sociaux** ; de nombreux couples se voient refuser un logement auquel ils auraient droit s'ils étaient hétérosexuels, ou connaissent de graves difficultés lorsqu'ils fondent un foyer ensemble. Ils ne peuvent bénéficier ensemble de l'allocation logement, puisqu'ils ne sont pas juridiquement considérés comme un couple de concubins. Les demandes ne peuvent être établies que par l'un, en tenant compte de ses seuls revenus.

**10- Discriminations fiscales** : l'article 83-3 du Code général des impôts prévoit la déduction des frais de transport du domicile vers le lieu de travail éloigné lorsque des circonstances particulières justifient cet éloignement (au delà de 30 km selon la jurisprudence). Cette disposition s'applique aux époux, et a été étendue "au contribuable dont le domicile où demeure aussi la personne avec laquelle il vit en concubinage de manière stable et continue, est éloigné de la localité où il travaille mais proche du lieu où cette personne exerce sa propre activité professionnelle" (avis du conseil d'Etat, 10 décembre 1993). Jusqu'à présent, l'administration fiscale refuse d'appliquer cette disposition aux couples homosexuels. En outre, chaque partenaire est considéré comme célibataire et effectue sa déclaration de manière séparée. Cette situation est inéquitable lorsqu'il y a un gros écart de revenu : celui qui dispose des plus bas revenus est exonéré ou faiblement taxé, tandis que l'autre qui supporte les charges du ménage est imposé en tant que célibataire (il ne peut bénéficier de déductions que si son partenaire est handicapé et à sa charge). Si cette situation concerne aussi les couples hétérosexuels, il est possible que la situation change à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999 : les députés ont adopté le 17 novembre 1997 un amendement qui permettrait aux concubins de faire une déclaration commune de leurs revenus à condition « d'avoir obtenu pendant deux années consécutives une attestation de concubinage notoire », mais cette disposition n'est pas, à ce jour, définitivement adoptée.

**11- Affiliation à la sécurité sociale** : selon l'article L 161-14 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale, la personne qui vit maritalement avec un assuré et est à sa charge effective, totale et permanente a la qualité d'ayant droit sans condition de délai. Pour que la qualité d'ayant-droit soit reconnue au partenaire homosexuel, la loi impose une durée minimale de 12 mois consécutifs (article 78 de la loi n°93-121 du 27 janvier 1993).

#### **12- Avantages divers :**

- *Vie professionnelle* : les différents avantages tirés du Code du travail ou des conventions collectives (tarifs préférentiels pour le concubin du salarié...) ne concernent pas les homosexuels, sauf cas exceptionnels. Le statut de la fonction publique ne reconnaît pas les couples homosexuels qui ne disposent donc pas des mesures en faveur du rapprochement de conjoint à l'instar des couples non mariés.

- *Transports* : Si certaines entreprises accordent des réductions dont peuvent bénéficier les couples homosexuels, ce n'est pas en raison du lien les unissant. La SNCF accorde des réductions dès lors que deux personnes voyagent ensemble, indépendamment de toute autre considération. En tout état de cause, il ne s'agit pas d'un droit, mais d'un avantage commercial. Air France accorde à ses agents, depuis avril 1997 deux billets par an « compagnons de voyage » à une ou deux personnes choisies par l'agent. Pour en bénéficier, l'agent doit être civilement libre (célibataire, veuf, divorcé) ou séparé de corps par jugement, ou ne pas avoir déclaré à la compagnie de conjoint en union libre. Si le concubin homosexuel bénéficie de cette

disposition, encore une fois ce n'est pas en raison du lien qui l'unit à l'agent, et cette disposition demeure discriminatoire par rapport aux concubins hétérosexuels qui bénéficient d'un nombre illimité de billets à tarif réduit dans l'année.

- *Droits extra-patrimoniaux*

**13- Certificats de vie commune** : depuis quelques années, des maires délivrent de tels documents aux couples de même sexe. Il faut rappeler que ces certificats sont sans fondement juridique, qu'ils n'ouvrent donc aucun droit, et que le maire n'a nullement l'obligation d'en délivrer à qui que ce soit. Certains maires refusent en toute légalité le principe même de leur délivrance, d'autres les délivrent à tous les groupes de deux personnes partageant un même logement, quels que soient leurs liens. Au mieux, ces certificats permettent d'obtenir quelques avantages. Leur intérêt est avant tout d'ordre symbolique et constitue un embryon de reconnaissance sociale (environ 300 villes en délivrent aux couples homosexuels, parmi lesquelles, Lille, Montpellier, Toulouse, Strasbourg...).

**14- Les entraves à la libre circulation des personnes** : les contrats de partenariats conclus par des ressortissants communautaires dans les pays qui les ont instaurés (Danemark, Pays-Bas, Suède ...) ne sont pas reconnus en France. Saisi en 1996 par l'ambassade de Suède en France, auprès de laquelle plusieurs demandes de « mariages » homosexuels avaient été déposées, le ministère français de la justice a estimé que la loi suédoise en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995 contrevenait aux principes du droit français tout en risquant de compromettre l'ordre public. De plus, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère que la notion de vie familiale telle qu'elle est exprimée dans l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme ne s'applique pas aux couples de même sexe, justifiant de ce fait l'expulsion du partenaire homosexuel.

**15- Lors de la maladie et des funérailles** : Face à la maladie, l'hospitalisation, aux choix thérapeutiques ou à l'accompagnement en fin de vie, les textes mentionnent "les proches" (voir en ce sens la charte du patient hospitalisé du 6 mai 1995), sans les définir. Nous constatons sur le terrain de graves difficultés pour le compagnon de même sexe à voir sa place reconnue par les soignants et la famille du patient. Si celui-ci n'a pas donné de consignes strictes sur les personnes qu'il souhaite à ses côtés et s'il n'est plus en état d'affirmer sa volonté, le partenaire se trouve écarté dans la majorité des cas. Lors des funérailles de son compagnon, il n'est pas rare de le voir ignoré, la famille ne l'informant même pas de la date des obsèques. Celle-ci a tout pouvoir, puisque le partenaire est juridiquement inexistant, sauf si le défunt avait écrit ses volontés, mais il arrive que la famille ne tienne pas compte de ce document, voire qu'elle le fasse disparaître. La loi prévoit que c'est aux proches d'organiser les funérailles ; en cas de litige, la jurisprudence est chargée de trancher d'après la volonté présumée du défunt. De manière générale, les tribunaux privilégient les ascendants/descendants au concubin, même hétérosexuel.

**16- Vis-à-vis des enfants**, deux situations sont possibles : soit le parent homosexuel a eu des enfants lors d'un passé hétérosexuel, soit il désire en concevoir ou en adopter avec son partenaire. Dans le premier cas, les juges se montrent parfois réticents à confier l'enfant à ce parent, au nom du prétendu intérêt de l'enfant et il arrive que soient prescrites des restrictions au droit de visite accordé à un père homosexuel : obligation de discrétion en

imposant l'absence de tiers lors des visites. S'il est possible que la résidence de l'enfant soit fixée chez sa mère homosexuelle, c'est souvent avec des clauses restrictives, en excluant formellement toute cohabitation avec une tierce personne. Quant au second cas, les possibilités sont extrêmement restreintes (voir infra n° 57) : les techniques de procréation médicalement assistées sont réservées aux demandes de couples formés d'un homme et d'une femme pour lesquels un intérêt thérapeutique commande l'utilisation de ces méthodes (article L.152-2 du Code de la santé publique). L'adoption, théoriquement ouverte aux personnes célibataires, se révèle en pratique très difficile pour un homosexuel. D'une part, l'agrément, obligatoire pour toute procédure d'adoption est quasiment impossible à obtenir (voir infra n° 54) ; d'autre part, le déséquilibre entre le nombre d'enfants adoptables et le nombre de parents potentiels ne plaide pas en faveur des demandes de célibataires.

## B) Difficultés générales à l'ensemble des couples non mariés

Au delà de ces spécificités, certaines difficultés sont communes aux couples homosexuels et aux concubins hétérosexuels. Malgré tout, la situation est plus préjudiciable aux couples de même sexe qui n'ont aucune alternative, les hétérosexuels pouvant résoudre leur situation par le mariage.

### • Droits patrimoniaux

**17- La loi successorale** ignore le concubin qui ne figure pas au rang d'héritier ; hériter suppose qu'un testament ait été établi, ce qui est loin d'être fréquent, surtout pour les malades du sida, souvent jeunes, pour qui envisager leur propre décès est psychologiquement très difficile. Si des mesures pour transmettre ses biens sont prises, les dispositions de la loi concernant la réserve<sup>4</sup> et les droits de succession prohibitifs à acquitter (60 % au delà de l'abattement de 10 000 F) ne permettent pas, en fait, de transmettre son patrimoine à son concubin. En revanche, la loi fiscale reconnaît le concubinage lorsqu'il s'agit de supprimer certains avantages fiscaux (envers les concubins ayant des enfants, loi de finance 1996).

**18- Les prestations sociales** prévues par les différents régimes de sécurité sociale soumises à condition de ressources (allocation veuvage, pension de réversion...) ne concernent que les couples mariés. Ainsi, de nombreux couples vivant en concubinage depuis des années convolent en justes noces lorsque l'âge de la retraite approche, non pas pour se prouver leur amour, mais uniquement dans l'objectif de s'assurer une sécurité juridique et matérielle.

### • Droits extra patrimoniaux

**19- Le Partenaire de nationalité étrangère** ne bénéficie d'aucun droit de séjour, du fait du lien qui l'unit à son compagnon de nationalité française. Seul le conjoint d'un ressortissant français peut obtenir une carte de résident après un an de mariage, sous réserve des conditions prévues par l'ordonnance du 2 novembre 1945, à savoir entrée et séjour réguliers et vie commune. Il ne peut pas non plus bénéficier des dispositions concernant le regroupement familial. Ici encore, le lien entre deux personnes de même sexe est nié, aucune solution n'étant possible pour résoudre leur situation, à

<sup>4</sup> Les descendants, ou à défaut les ascendants héritent automatiquement d'une part du patrimoine, entre 1/4 et 3/4 des biens.

la différence des hétérosexuels qui peuvent se marier, et mettre ainsi fin à la précarité juridique de leur union.

**20- Le service national** : la notion de soutien de famille permettant d'être dispensé du service national (article R 56 du Code du service national) ne s'applique qu'aux couples mariés et sur des critères économiques. Le soutien d'ordre psychologique ou affectif (maladie...) n'est pas pris en compte, en particulier pour les couples homosexuels dont l'un est touché par le VIH.

**21- Les dons d'organes**, effectués sur une personne vivante, ne peuvent l'être qu'au profit des parents, enfants, frères ou soeurs de celui-ci, et exceptionnellement au conjoint. La loi bioéthique de 1994 a volontairement exclu toute autre personne, y compris le concubin, dans le but d'éviter soi-disant les chantages du donneur vis-à-vis du receveur ; comme si la famille était le seul rempart contre de telles pressions !

**22-** L'éventail de ces situations montre à quel point il est indispensable de voir le droit évoluer pour répondre aux changements des modes de vie en vigueur aujourd'hui. Le regard de la société vis-à-vis de l'homosexualité se modifie ; de phénomène tabou, honteux, l'homosexualité est devenue un choix de vie respectable, qui doit à ce titre être reconnu, tendance confirmée par différents sondages récents<sup>5</sup>. L'acceptation de l'homosexualité est en progression constante, comme en témoigne l'engagement de nombreux intellectuels (voir en ce sens l'appel des 234 "pour une reconnaissance légale du couple homosexuel", in le Nouvel Observateur du 9 mai 1996).

## II Les chemins de la reconnaissance des couples homosexuels

Les solutions préconisées sont progressives et de plus en plus ambitieuses, la reconnaissance des couples homosexuels pouvant être obtenue par trois voies, non exclusives les unes des autres. La voie minimale concerne un aménagement du droit actuel, afin de répondre aux besoins les plus urgents, en améliorant et en étendant les effets du concubinage aux concubins homosexuels (A). La voie moyenne est relative à un statut juridique offert à tous les couples, à mi-chemin entre l'union de fait et le mariage (B), tel que l'envisage le contrat d'union sociale. La dernière étape est celle de la parfaite égalité entre les couples : le droit au mariage (C).

### A) Le concubinage

**23-** De phénomène marginal, le concubinage est devenu une situation de plus en plus répandue et admise. En effet, plus de 12% des couples recensés vivent en concubinage. A Paris, ce chiffre atteint 63% des couples. Que ce soit pour des raisons financières ou pour des motifs personnels, beaucoup de couples préfèrent l'union libre et ceci malgré les avantages accordés par le mariage et les facilités données au divorce depuis la réforme de 1975.

<sup>5</sup> Voir sondage IFOP pour l'Express du 15 juin 1995 : 79 % des personnes interrogées estiment que les couples homosexuels doivent pouvoir hériter l'un de l'autre, et 63 % sont d'accord pour qu'ils aient les mêmes avantages que les couples qui vivent en concubinage notoire. Une faible majorité (51%) se déclare favorable à leur mariage.

24- Pendant longtemps son existence se révélait seulement à l'occasion d'un contentieux, soit entre les concubins, soit lorsque le survivant engageait une action contre le responsable du décès accidentel de l'autre. La jurisprudence, en constatant le concubinage, en essayant de réguler ses effets, lui a ainsi donné des limites plus au moins précises, toujours susceptibles d'évolutions ultérieures. La chambre sociale de la Cour de Cassation, en faisant de la différence sexuelle une condition essentielle de la vie maritale, en a limité les effets aux seuls couples hétérosexuels (voir supra n°6 et 7). Le concubinage est un fait, l'union des personnes du même sexe avec un projet commun de vie aussi ; nous ne voyons donc pas d'obstacles juridiques à donner des effets de droit à une union voulue et durable.

25- Malgré la décision de la Cour de cassation, certains tribunaux de première instance semblent aller dans ce sens.

Quelques jugements exemplaires ont accordé des effets juridiques à l'union entre personnes de même sexe, reconnaissant ainsi la nature de l'union, en particulier en région parisienne. Ainsi, le droit du partenaire survivant à bénéficier du transfert de bail en tant que concubin a été reconnu par plusieurs tribunaux de première instance : « attendu que le concubinage suppose une relation stable et durable empreinte d'affection et d'entraide ; entraide que Monsieur X a dû particulièrement apporter à son compagnon dans la maladie qui l'a emporté » - TI Aubervilliers 12 septembre 1995. « Il convient de relever que le législateur désigne en toute neutralité et généralité le concubin notoire, sans autre précision que celle liée à la stabilité de l'union. L'évolution des mœurs a désormais donné au terme de concubinage le sens de cohabitation de couple, et n'y attache plus ... la nécessité d'une différence de sexe » - TI Paris 4ème, 5 août 93. Dans un jugement du tribunal de grande instance de Belfort du 25 juillet 1995 (973/95), il est établi que la rupture brutale d'une union stable, sérieuse et fidèle entre deux femmes n'a pu qu'entraîner pour la survivante une importante souffrance morale ouvrant droit à réparation, dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une veuve. Cependant, ces décisions sont trop isolées pour qu'on puisse déjà parler d'une jurisprudence favorable aux couples de même sexe ; ces jugements n'ayant pas été frappés d'appel, nous n'entrevoions pas de perspective susceptible d'entraîner à court terme une évolution de la position de la Cour de cassation, telle qu'elle résulte des deux arrêts rendus par la chambre sociale en 1989.

#### Nos propositions

Celles-ci sont plurielles pour des raisons exclusivement stratégiques. Toutes ont à dessein d'imposer, au profit des couples homosexuels, une extension des effets de droit qui sont attachés au concubinage et qui, pour les raisons exposées supra, sont hélas réservées aux seuls concubins de sexes différents. En conséquence, si la meilleure façon et la plus franche consiste à obtenir qu'une définition soit légalement donnée au concubinage, qui engloberait tous les couples, des voies détournées doivent être envisagées pour parvenir au même résultat. Enfin, trois types d'effets relatifs aux baux, à l'hospitalisation et aux funérailles doivent au minimum être étendus aux concubins homosexuels.

Bref, la voie claire et franche donne une définition ; la voie timide et prudente aboutit au même résultat sous prétexte de réglementer la preuve ; la voie minimale enfin étend expressément aux concubins homosexuels des effets

spécifiques qui leur sont aujourd'hui refusés et qui concernent directement les personnes atteintes et leur proche.

- *Sur la définition du concubinage*

26- L'objectif général est de permettre à tous les couples de bénéficier d'un minimum de reconnaissance et de sécurité juridique ; plus particulièrement il s'agit d'étendre les effets juridiques du concubinage accordés aux couples hétérosexuels aux couples de même sexe. Afin d'atteindre cet objectif nous proposons que la notion de concubinage fasse l'objet sinon d'une définition légale d'une précision minimale qui pourrait prendre les modalités suivantes :

Pour une définition : *Le concubinage correspond à toute situation de fait dans laquelle deux personnes majeures et non mariées entretiennent entre elles, indépendamment de leur sexe, des relations affectives et intimes suivies.*

Pour des précisions concernant l'étendue de la notion : *Dans tout texte légal ou conventionnel, les expressions concubinage, union libre ou visant plus généralement la vie commune s'appliquent indépendamment du sexe des personnes concernées.*

Ou encore : *Le concubinage s'entend indépendamment du sexe des partenaires.*

- *Sur les modes de preuve*

27- Il nous apparaît opportun d'harmoniser les différents modes de preuve du concubinage actuellement en vigueur, vu la diversité des situations, notamment en raison de l'absence d'homogénéisation quant à la délivrance de certificats de concubinage, et des inégalités qui en résultent en pratique.

*Le concubinage n'est établi qu'à condition que les deux personnes, quel que soit leur sexe, cohabitent ensemble depuis au moins six mois.*

La déclaration en mairie apparaît également comme un moyen de preuve opportun. Outre son caractère symbolique, cet acte aurait comme avantage d'uniformiser la preuve en faisant obligation pour les maires de délivrer ces documents à toutes les personnes concernées, indépendamment de leur orientation sexuelle. La gratuité, la publicité de l'acte et son opposabilité sont autant d'atouts qui jouent en sa faveur.

*L'officier d'état civil enregistre en mairie la déclaration de concubinage de deux personnes, indépendamment de leur sexe, et justifiant par tous moyens d'une vie commune d'au moins six mois.*

En revanche, nous sommes très réticents à la reconnaissance du concubinage par un acte notarié car l'établissement d'un fait juridique par un acte authentique ne présente aucune cohérence et soulève un certain nombre de questions, à savoir : Le notaire devra-t-il vérifier l'exactitude des déclarations des concubins ? Quel sera le coût de cet acte ? Comment sa publicité et son opposabilité aux tiers seront établies ?

- *Sur les effets juridiques du concubinage*

28- Trois injustices doivent être réparées, sans pour autant remettre en cause le droit de la famille en vigueur.

29- **Le droit au transfert de bail** entre partenaires de même sexe constitue notre revendication principale sur le concubinage. Il est urgent de résoudre les situations d'exclusion du "compagnon de longue date" à la suite du décès du titulaire du bail auxquelles nous sommes souvent confrontés. En ce sens, nous proposons que les 3ème et 6ème alinéas de l'article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 soient rédigés comme suit :

En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue :

- au profit des ascendants, du concubin notoire, *indépendamment de son orientation sexuelle*, ou des personnes à charge qui vivaient avec lui depuis au moins *six mois* à la date de l'abandon du domicile.

Lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré :

- aux ascendants, au concubin notoire, *indépendamment de son orientation sexuelle* ou aux personnes à charge qui vivaient avec lui depuis au moins *six mois* à la date de l'abandon du domicile.

Pour l'accès aux logements sociaux, nous préconisons une harmonisation des pratiques en vigueur, afin que la situation de deux concubins de même sexe soit prise en compte pour l'octroi d'un logement HLM.

30- **Libéralités et successions** : pour remédier à l'absence de reconnaissance du concubin dans le droit successoral, il serait souhaitable d'une part, d'introduire une présomption simple de validité des libéralités entre concubins, afin de limiter les possibilités juridiques de contentieux. D'autre part, certains aménagements techniques sont à envisager afin de diminuer le poids de la fiscalité entre concubins, les prélèvements étant aujourd'hui confiscatoires pour tous les couples non mariés. Entre autres mesures, l'abattement applicable aux frères et sœurs vivant ensemble et la fiscalité y afférant pourrait être étendu à tous les concubins indépendamment de leur orientation sexuelle (abattement de 100 000 F puis taux progressif : 35% jusqu'à 150 000 F, 45% au dessus). Afin de faciliter l'achat du logement commun du couple, le plafond de la tontine devrait être relevé à 1 million de francs (au lieu de 500 000 F actuellement). Ce mécanisme pourrait également s'étendre à d'autres biens que la résidence principale.

31- **Droits extra-patrimoniaux** : l'absence de reconnaissance juridique et sociale du concubinage, et en particulier du lien affectif entre deux personnes de même sexe implique des conséquences graves, notamment l'exclusion du partenaire par la "belle-famille", en cas d'altération de l'état de santé ou de décès du compagnon. A l'hôpital, le partenaire de même sexe n'est pas reconnu comme proche si la personne hospitalisée ne le désigne pas expressément comme tel. Afin de lever toute ambiguïté, un formulaire pourrait être intégré dans le livret d'accueil de l'établissement. Ce document permettrait au malade de donner mandat à la personne de son choix pour recueillir l'information et être consultée sur les décisions thérapeutiques, si elle-même n'était pas en état de manifester sa volonté. Ce formulaire pourrait être annexé au dossier médical. En ce qui concerne l'organisation des funérailles, nous recommandons l'adoption d'une disposition légale prévoyant que *sauf manifestation expresse de la volonté du défunt quant à l'organisation de ses funérailles, la décision appartient à la personne qui établit une vie commune avec lui depuis au moins six mois.*

## B) Les contrats de partenariat

Au delà du concubinage et en deçà du mariage, plusieurs propositions en France ont essayé de donner des droits aux concubins indépendamment de leur orientation sexuelle.

- *Les différents projets successifs*

**32-** Lors de la première session ordinaire de 1991-1992, les députés Jean-Yves AUTEXIER et Jean-Pierre MICHEL présentent une proposition de loi portant adoption d'un contrat d'union civile (CUC). Le projet établissait que deux personnes, avec ou sans lien de parenté (sauf entre ascendants et descendants), pouvaient s'unir civilement, ce qui entraînait un certain nombre d'effets juridiques. Des registres relatifs aux contrats d'union civile, tenus par des officiers d'état-civil étaient prévus. La rupture du contrat pouvait s'effectuer unilatéralement ; en cas de contestation sur les conséquences de la rupture du CUC, le tribunal de grande instance était compétent. Le régime de biens de l'union était celui de la communauté réduite aux acquêts, des droits successoraux au profit du survivant étaient prévus. L'autorité parentale était exercée de manière conjointe par les père et mère à condition que ceux-ci aient reconnu l'enfant et vivent en union civile.

**33-** En remplissant un vide juridique indiscutable, le contrat d'union civile essayait de mettre fin à un doublé vide juridique, d'une part en octroyant un certain nombre de droits aux concubins et, d'autre part en institutionnalisant l'union des couples de même sexe. En adoptant une formulation générale, la proposition de loi concernait, au-delà des concubins, toutes les personnes souhaitant instaurer la protection juridique du lien les unissant. Présentée à l'Assemblée Nationale en 1993, cette proposition n'a malheureusement pas été adoptée. Seules deux de ses dispositions furent votées : l'une sur l'affiliation à la sécurité sociale du partenaire à la charge de l'assuré social (article L.161-14 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale, voir supra n°10) ; l'autre octroyait le droit au transfert de bail au profit du contractant, mais cette disposition fut invalidée par le Conseil constitutionnel pour des raisons de procédure.

**34-** Suite à cet échec et à la démobilisation des partisans de ce projet, AIDES élabore un projet le Contrat de Vie Sociale (CVS), plus centré sur le couple. De la fusion du CUC et du CVS naît le contrat d'union sociale (CUS). Essayant de mettre fin à un certain nombre de discriminations recensées quotidiennement par l'association AIDES, le contrat d'union sociale reprend quelques dispositions du CUC tout en se différenciant sur certains points essentiels. Quant au champ d'application, le CUS, à la différence du CUCS, n'est possible qu'entre deux personnes n'ayant pas de lien de parenté en deçà du 3<sup>ème</sup> degré. La rupture, fortement critiquée car analysée comme autorisant la répudiation du partenaire, obéit dans le projet de CUS à des formes plus rigoureuses : soit elle s'effectue sur déclaration conjointe si les partenaires sont d'accord, soit le juge est saisi. Sur le contenu, de nouveaux droits sont incorporés, principalement en ce qui concerne le droit de séjour du partenaire étranger.

**35-** En juillet 1997, deux propositions de loi enregistrées à l'Assemblée Nationale reprennent les dispositions principales du CUS, tel qu'il fut élaboré

par les associations. L'une, intitulée contrat d'union civile et sociale (CUCS), a été déposée par les députés du groupe RCV (Radicaux, Mouvement Des Citoyens, Les Verts) ; l'autre relative au contrat d'union sociale, émane du groupe socialiste. Cependant, nous ne pouvons que déplorer dans cette dernière, l'abandon de l'article qui accordait au partenaire étranger un droit au séjour en France, laissant ainsi les couples binationaux sans espoir de voir leur relation reconnue, et nous nous interrogeons sur les raisons de la disparition de la disposition sur le rapprochement de conjoint pour les fonctionnaires. Si la proposition du groupe RCV accorde des droits de séjour au partenaire étranger dans des conditions identiques à celles des couples mariés, l'ouverture du contrat aux frères et soeurs marque un recul en diluant l'enjeu essentiel de reconnaissance du lien affectif entre deux personnes de même sexe.

- *Analyse du contrat d'union sociale*

36- Créant une troisième forme de conjugalité entre le mariage et le concubinage, le CUS/CUCS soulève un certain nombre de questions de fond<sup>6</sup>. En donnant quasiment des droits identiques à ceux du mariage, le CUS/CUCS risquerait de remettre en cause l'unité du mariage. En outre, le CUS/CUCS implique des obligations plus souples, donc concrètement défavorable au mariage. Il y aurait alors un risque que seuls les couples attachés, non à l'institution républicaine mais à la valeur religieuse du mariage y aient recours. La philosophie générale du texte se révèle ambiguë, la dimension affective et sexuelle de la relation étant insuffisamment prise en compte. Mais s'il y avait eu une volonté d'évacuation des relations sexuelles, les interdictions d'union entre ascendants, descendants et collatéraux ne se justifieraient alors plus. Au surplus, pour attacher des effets de droit à des relation entre deux ou plusieurs personnes indépendamment de tout rapport sexuel, il existe d'autres formes juridiques autrement plus appropriées.

37- Quant au projet lui-même, un certain nombre de contresens méritent d'être soulignés. Le nom de « contrat d'union sociale », s'il obéissait à des questions de stratégie associative, n'est pas le plus approprié. En effet, les expressions contrat et union ne poseraient pas de problème. En revanche, le terme social renvoie en droit soit au droit des affaires (droit des sociétés), soit au droit social (droit de la sécurité sociale), mais nullement au droit civil. La terminologie du tout premier projet "partenariat civil", déposé au sénat le 25 juin 1990 semblerait plus adéquate.

38- Un certain nombre de mesures sont, en l'état de rédaction du texte, beaucoup trop floues pour être directement applicables :

La capacité juridique des contractants n'est pas précisée : dans quelles conditions un majeur protégé peut-il s'engager ? Un mineur émancipé pourrait-il souscrire un tel contrat ? Répondre par l'affirmative entraînerait alors une situation d'inégalité par rapport au mariage, autorisé seulement pour les mineurs de sexe féminin et sous réserve d'une autorisation parentale. Rien n'est dit sur la signification du soutien matériel et moral ; ces droits risquent d'être en pratique vides de sens, du fait de la possibilité de

<sup>6</sup> Pour une analyse détaillée des différentes propositions, voir Jean-Paul Branlard, L'homosexualité, le concubinage et le contrat d'union civile ; Les petites affiches, 10 août 1994, n° 95, p. 8-16. Jean-Marc Florand et Karim Achoui, Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile ; les petites affiches, 9 avril 1993, n° 43, p. 11-18. Marianne Schulz, Les différentes propositions de contrat et le mariage : analyse comparée ; Esprit, octobre 1997, p.194-199. Jean-Loup Vivier, Le contrat d'union civile et sociale ou l'autre mariage ; La vie judiciaire, 28 septembre 1997 p. 2 et s.

résilier le CUS/CUCS unilatéralement. Le contenu de la convention notariée, obligatoire pour l'établissement du régime des biens, n'est pas précisé, de même que les règles d'ordre public à appliquer pour éviter l'abus d'une des parties. La fiscalité des successions est oubliée. Silence également en ce qui concerne les conséquences économiques et familiales de la rupture et les règles qui doivent guider le juge aux affaires familiales dans ce cas de figure. Enfin, l'évacuation de la question de la filiation (adoption ou procréation médicalement assistée) laisse perdurer une inégalité flagrante.

39- Néanmoins, les propositions de loi déposées à l'Assemblée sont perfectibles et seront amendées en ce sens lors de leur examen par la commission des lois. Un certain nombre de parlementaires de l'opposition se sont déjà ralliés à la proposition de contrat d'union sociale. Ainsi, la députée RPR Roselyne BACHELOT-NARQUIN mène régulièrement campagne en faveur du contrat d'union sociale, qu'elle défend comme un élément utile à la politique familiale. De même Alain MADELIN s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur d'un tel projet. Le CUS/CUCS, aujourd'hui au centre des débats, doit donc être soutenu, comme tout projet susceptible de reconnaître le couple homosexuel et d'instaurer une dynamique dont la finalité est d'accorder les mêmes droits à tous les couples, évitant ainsi une dérive communautariste incompatible avec les principes républicains fondamentaux.

Nos propositions

Il s'agit de remédier aux critiques que nous signalons en améliorant le texte des propositions de loi n°88 et 94, notamment sur les points suivants :

*Article 1 CUS/CUCS : introduire les règles de capacité applicables au mariage.*

*Article 4 CUCS : ajouter « et entre collatéraux du deuxième degré ».*

*Article 11 CUS : ajouter que les dispositions du statut des fonctionnaires relatives au rapprochement de conjoint sont applicables.*

*Introduire dans l'article 14 un alinéa sur la fiscalité applicable aux successions entre les cocontractants.*

*Insérer un article 18 au CUS ainsi rédigé « Un étranger peut conclure un contrat d'union sociale et bénéficie des mêmes droits de séjour et de nationalité que ceux accordés par le mariage ».*

**40- Les autres formes de partenariats :** nous ne sommes pas opposés, si des garanties en matières fiscales et successorales étaient accordées, à la mise en place de contrats de concubinage devant notaire. De tels contrats, s'ils se pratiquent déjà, pourraient être rendus plus attractifs, le droit en vigueur offrant, comme on l'a vu, peu d'avantages. Ces contrats permettent de prévenir les difficultés d'ordre patrimonial entre les concubins. Les conventions ainsi établies portent principalement sur les meubles et objets mobiliers (inventaire des meubles appartenant à chacun, établissement des moyens de preuve et des présomptions de propriété, convention d'indivision sur les meubles acquis en commun), les contributions aux besoins du ménage, le sort des prêts effectués entre eux, et éventuellement les subsides en cas de séparation ou de décès. Ces conventions pourraient être étendues et inclure des dispositions de caractère patrimonial (convention d'indivision, clause d'attribution, protection du concubin vis-à-vis du logement du couple, et legs au concubin, sous réserve de la possibilité de révocation). Mais ce type de contrat ne pourra avoir qu'un caractère supplétif, et ses effets devraient être limités par des textes impératifs, dans le cadre plus général d'une législation sur le concubinage, afin d'éviter les abus d'une des parties.

41- Ces formes de « partenariats » souffrent d'une certaine timidité, résultat peut-être de la difficulté des gais et des lesbiennes à défendre une égalité absolue des droits, comme si la conquête du droit à l'homosexualité en tant que liberté individuelle constituait le seuil maximum de tolérance à leur égard. Même si le CUS était adopté et le concubinage homosexuel reconnu, il demeurerait une inégalité fondamentale envers les gais et les lesbiennes qui se voient refuser une liberté fondamentale, le droit de se marier. Si l'amour, l'affection, les problèmes, le désir d'enfant sont identiques entre tous les couples, pourquoi instaurer un traitement juridique différent ? Pourquoi ne pas aller plus loin, en s'appuyant sur la recommandation ROTH (voir annexes), votée par le Parlement Européen en 1994, et qui invite les Etats membres à donner les mêmes droits aux couples homosexuels qu'au couples mariés ?

### C) Le mariage entre personnes de même sexe

42- Se marier et fonder une famille constituent non seulement une prérogative individuelle mais aussi une liberté fondamentale reconnue par la Constitution Française et les conventions internationales. Le mariage institutionnalise l'union de deux personnes ayant comme but la solidarité réciproque, sur la base de l'affection mutuelle. Cette reconnaissance symbolique de l'union que constitue le mariage, a été soumise à d'importants changements et évolutions.

- *Brève évolution du mariage*

43- Dans les sociétés primitives, le mariage avait comme but l'alliance de clans et pour cela l'échange de femmes constituait un élément essentiel de cette forme anthropologique de commerce. L'avis des partenaires n'était nullement pris en considération ; il s'agissait d'abord d'assurer la conservation du patrimoine et la continuité de la lignée. Ces fonctions économiques et procréatrices articulaient tout le modèle du mariage qui ne présupposait aucunement le couple. La stricte distribution des rôles assurait d'ores et déjà la soumission de la femme à l'autorité de l'homme.

44- Sous l'autorité du *Pater familias*, le mariage romain organise la société des hommes libres. Bien que régi par le droit privé, le mariage devient une affaire publique en ce qu'il instaure le modèle d'unité sociale. Néanmoins, à côté du mariage, diverses formes de conjugalité se développent à Rome.

45- Si l'on croit la thèse de l'historien John Boswell, au haut Moyen Age, ce n'est pas de simple tolérance dont il faut parler mais d'une reconnaissance de l'homosexualité masculine à travers certains rites agréés par l'Église. En effet, d'après l'auteur, entre le IV<sup>ème</sup> et le XII<sup>ème</sup> siècles, on assiste, particulièrement en Orient, à de nombreuses cérémonies qui solennisent, entre deux personnes de même sexe, une relation affective stable reconnue par la collectivité et sanctionnée par l'autorité religieuse <sup>7</sup>.

46- Si la sécularisation du mariage avait commencé bien avant la révolution, ce n'est qu'en 1789 qu'est posé le principe du mariage laïc. La Constitution

---

<sup>7</sup> John Boswell, Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale, traduit de l'anglais par Odile Demenage. Fayard, Paris, 1996.

de 1791 établit que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Les contractants sont libres de donner à leur union une dimension religieuse, mais l'Etat ne reconnaît que l'acte célébré devant l'officier civil. Et si on occulte les références au passé religieux ou moral du mariage, il n'y a pas d'obstacle juridique à ce que l'institution du mariage laïque soit élargie aux couples de même sexe. L'octroi du mariage aux homosexuels ne porterait pas pour autant atteinte au mariage confessionnel. Plusieurs qualités attribuées au mariage aujourd'hui font référence, non au contrat laïc seul en vigueur, mais au passé sacramental de l'institution. Des arguments, inspirés souvent des discours religieux, moralistes et homophobes sont avancés pour refuser le droit au mariage des homosexuels.

- *Les arguments invoqués contre le mariage des homosexuels*

47- Tout d'abord est invoqué l'argument de la **procréation** ; ainsi le mariage aurait comme but la reproduction ; mais si telle était la finalité, le mariage devrait être interdit aux personnes stériles, aux femmes ménopausées, ou cause de nullité absolue en cas d'union infertile. En outre, le désir d'enfant ne fonde pas le droit au mariage.

48- Ensuite, **l'union d'un homme et d'une femme serait naturelle**, à la différence de l'union de deux personnes de même sexe. Toute référence à la nature est fallacieuse, le droit moderne ne prétendant pas s'inspirer de la nature pour toutes les constructions juridiques, qui sont avant tout des créations de l'esprit : l'établissement de la filiation adoptive est une fiction, les taux d'intérêt n'ont rien de naturel, tout comme la personnalité et la responsabilité des personnes morales ... Et si on insiste à se référer à la nature, pourquoi les hétérosexuels auraient-ils le monopole de celle-ci ?

49- La notion de **famille fondée exclusivement sur le mariage**, est une idée pernicieuse. Le droit reconnaît aujourd'hui à une mère célibataire, à un couple vivant en union libre, le droit de fonder une famille. Ces communautés de vie sont aujourd'hui protégées en tant que telles ; au nom de quel principe le couple formé de deux personnes de même sexe serait-il exclu de cette protection ? En quoi la reconnaissance de ces couples porterait atteinte à la famille ? Ce n'est pas pour autant que les hétérosexuels deviendraient homosexuels ..., tout comme l'absence de statut n'empêche pas ceux qui le sont, de vivre - malgré l'absence de reconnaissance - leur homosexualité !

50- Enfin, selon certains, **les homosexuels seraient opposés au mariage**, beaucoup d'entre eux le percevant comme une institution bourgeoise et rétrograde, à l'origine de l'exclusion des homosexuels. Les principes de liberté et d'égalité commandent que le choix soit possible ; libre à ceux qui refusent le mariage de rester en dehors, de ne pas s'y plier ! Et si le mariage n'est qu'une institution bourgeoise, les homosexuels devraient-ils renoncer à la propriété privée, symbole aussi de nos sociétés bourgeoises ?

Derrière des arguments pseudo-juridiques, c'est avant tout l'hostilité aux homosexuels qui constitue le fondement de l'interdiction du mariage de ceux-ci. En quoi le mariage des homosexuels porterait atteinte aux droits et libertés de quiconque, alors que leur refuser un statut juridique porte atteinte à leurs intérêts ?

- *Plaidoyer en faveur du mariage des homosexuels*

51- Le mariage est aujourd'hui avant tout un contrat, issu de la volonté des parties de s'engager dans une communauté de vie, dont les conséquences économiques sont préalablement définies. Le principe de liberté contractuelle, consacré par le Code civil, souffre donc d'une exception notable, d'autant plus que le Code civil, dans sa lettre, ne pose pas comme condition substantielle au mariage l'hétérogénéité sexuelle des partenaires. Celle-ci est déduite, de façon abusive par la jurisprudence, de la volonté supposée des rédacteurs du Code civil, et de l'article 144 qui prévoit que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ». Cette interprétation pourrait tout à fait alors aller dans le sens de l'âge requis pour le mariage de deux femmes ou de deux hommes. Mais la coutume interprétative en a décidé autrement, faisant de la différence de sexe une condition intrinsèque au mariage. Ainsi, la condition de différence de sexe existe en droit, qui empêche le mariage homosexuel. Toutefois, elle n'est qu'arbitraire et pourrait être supprimée sans que juridiquement le mariage change de nature. C'est ainsi que cette condition ne se fonde que sur une hostilité politique ou culturelle à l'homosexualité et qu'elle peut être aisément écartée.

Notre proposition

52- Il suffirait, pour accorder le droit au mariage aux personnes de même sexe, d'introduire dans le Code civil un seul article ainsi conçu :

*Article 143 : le mariage est le contrat par lequel deux personnes, indépendamment de leur sexe, entendent s'unir, pour une durée indéterminée dans une communauté de vie et d'intérêts dont le statut fait l'objet du présent titre.*

*Modifier l'article 75 dernier alinéa : remplacer « mari et femme » par « époux/épouses ».*

La modification législative ainsi effectuée ne réaliserait qu'une extension du contrat de mariage à une situation actuellement ignorée : le couple homosexuel. Une telle réforme aurait le mérite de la simplicité et elle seule accomplirait l'égalité réclamée par le Parlement Européen. La possibilité du mariage homosexuel met le droit en accord avec lui-même : comment peut-il interdire toute discrimination liée au mode de vie et à la vie privée, et espérer que l'homophobie soit combattue, s'il n'accepte pas que cette même vie privée puisse s'exprimer juridiquement ? Ainsi, dès lors que sont écartés les arguments religieux, moraux ou politiques, il faut constater que le droit incline à accueillir le mariage des homosexuels à l'image de tous les autres couples.

53- D'aucuns estimeront qu'il s'agit là d'une fiction qui n'est pas à l'ordre du jour. Cependant, une résolution adoptée par le Parlement néerlandais (16 avril 1996) considère que l'exclusion des homosexuels du mariage constitue une discrimination et qu'il faut donc élargir l'institution du mariage aux partenaires de même sexe. La cour suprême de l'Etat d'Hawaii vient de reconnaître dans une décision du 3 décembre 1996 la validité du mariage homosexuel, considérant que "la classification fondée sur le sexe est inconstitutionnelle et viole la clause d'égalité de l'article I, section 5 de la Constitution de l'Etat de Hawaii" ; en conséquence, il est interdit de refuser le mariage au seul motif que les demandeurs sont de même sexe.

Cette reconnaissance permettrait de faire évoluer la parentalité gaie et lesbienne, en permettant aux couples de même sexe d'accéder à l'adoption, et aux procréations médicalement assistées pour les couples de femmes. Cependant, les règles qui président à la filiation ne procèdent pas

directement du mariage ; par ailleurs, le groupe de travail est partagé sur ces questions qui ne font pas l'unanimité.

- *Pour une vision moderne de la filiation*

**54- L'adoption** est ouverte depuis 1966, soit à un couple après trois ans de mariage, soit à un(e) célibataire âgé de plus de 28 ans. Du point de vue légal, on pourrait penser qu'aucune condition ne s'oppose à l'adoption d'un enfant par un homosexuel. Rien n'est moins sûr depuis un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 9 octobre 1996 validant un refus d'agrément au motif que "si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant (...) eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, le demandeur ne présentait pas des garanties suffisantes pour accueillir un enfant adopté". Là encore, la décision se fonde sur des critères arbitraires, comme l'intérêt présumé de l'enfant, défini par les juges ; selon ceux-ci, l'homosexualité du demandeur s'opposait nécessairement à l'épanouissement de l'enfant. Décision d'autant plus surprenante que tous les témoins s'accordaient à souligner les qualités du demandeur. A la lecture de la décision, on ressent le malaise des juges du Conseil qui ne pouvaient fonder leur décision sur l'homosexualité, il y aurait alors eu discrimination, mais qui ne voulaient manifestement pas reconnaître le droit à l'adoption au profit des célibataires homosexuels. Cet arrêt légitime un raisonnement fallacieux, alimenté de préjugés selon lesquels l'homosexualité du parent empêcherait tout épanouissement affectif, moral et émotionnel de l'enfant.

**55- Or,** de nombreux travaux, principalement d'origine anglo-saxonne (nous ne pouvons que regretter l'absence d'études françaises) montrent que ces idées ne sont pas vérifiées dans les faits. Des rapports sur des cas d'enfants de parents gais et lesbiens ont commencé à apparaître dans la littérature psychiatrique au début des années 1970. Les résultats de recherches comparant les parents homosexuels aux parents hétérosexuels et leurs enfants respectifs montrent que<sup>8</sup> :

- l'orientation homosexuelle ne peut pas être considérée comme un désordre mental ; elle n'implique aucune altération du jugement, de la stabilité, de la fiabilité ou de tout autre capacité sociale ou professionnelle.

- il n'y a pas de différence sensible entre l'éducation donnée par des mères lesbiennes par rapport aux autres mères.

Les principales craintes de l'incidence de l'homosexualité sur les enfants ne se vérifient pas :

Quant à l'identité sexuelle de ces enfants une fois adulte, le pourcentage d'homosexuels est proportionnellement le même que chez les enfants élevés dans une famille hétérosexuelle.

Quant au développement psychosocial de l'enfant, rien ne montre une plus grande vulnérabilité de ces enfants.

Les enfants élevés par une mère lesbienne ne sont pas plus les boucs émissaires de leurs camarades que les autres.

Notre proposition

**56-** modifier l'article 343-1 du code civil dans le sens suivant :

<sup>8</sup> voir Charlotte J. Patterson, Université de Virginie 1996 "résultat des recherches concernant la parentalité gaie"

Douglas Carl, Aider les couples de même sexe, Ed ESF ; mars 1993

*L'adoption peut être aussi demandée par toute personne, indépendamment de son orientation sexuelle, âgée de plus de vingt-huit ans.*

**57- L'insémination artificielle :** la loi française interdit, contrairement à d'autres législations européennes, l'accès à la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires et donc aux lesbiennes. Celles-ci doivent si elles en ont les moyens, obtenir une insémination dans un pays qui y est favorable, ou trouver un ami complaisant pour une insémination de fortune, avec tous les risques de transmission de maladies que cette technique comporte, le sperme ainsi recueilli ne faisant l'objet d'aucun contrôle.

Notre proposition

**58- Modifier l'article L.152.2 du code de la santé publique afin d'ouvrir le droit aux femmes célibataires à l'assistance médicale à la procréation.**

## Conclusion

**59-** L'absence de reconnaissance du couple homosexuel constitue la discrimination principale des démocraties européennes. Si la tolérance de l'homosexualité, suite à l'abandon des législations réprimant les relations sexuelles entre partenaires de même sexe, constitue une première étape dans la lutte pour l'égalité de droit, sa reconnaissance juridique reste à construire. En effet, tout au long de notre analyse, nous nous sommes efforcés de montrer qu'aucune disposition légale et encore moins jurisprudentielle ne protège l'union des personnes de même sexe. Malgré la résolution du Parlement européen de 1994 incitant les Etats membres à garantir les mêmes droits à toutes les personnes indépendamment de leur orientation sexuelle, la France n'a pas su ou n'a pas voulu mettre en œuvre cette recommandation.

**60-** Des organisations internationales gouvernementales ont mis l'accent sur la nécessité d'associer les gais et les lesbiennes aux mesures de prévention du sida, comprenant que leur concours constitue un apport fondamental dans l'efficacité de la lutte contre l'épidémie. Ainsi, le Parlement Européen, dans sa résolution du 15 mai 1991 votée dans le cadre du programme « l'Europe contre le sida », relayé par l'Organisation Mondiale de la Santé, font de la reconnaissance du couple homosexuel un élément essentiel de la lutte contre le sida. La France a su associer les gais et les lesbiennes, les mettre face à leurs responsabilités dans cette lutte, sans toutefois leur accorder les droits auxquels ils aspirent. Le moment est arrivé de construire un juste équilibre entre leurs obligations et leurs droits en reconnaissant ces couples.

**61- En conséquence, AIDES préconise trois types de solutions :**

- Un premier niveau minimal consiste à reconnaître la qualité de concubins aux personnes indépendamment de leur orientation sexuelle. Nous demandons qu'une solution immédiate soit adoptée pour que certains effets du concubinage soient étendus à tous les couples indépendamment du sexe des partenaires tels que les droits successoraux, le transfert du bail pour le compagnon homosexuel...

- Un deuxième niveau implique une redéfinition du contrat d'union sociale ou du contrat d'union civile et sociale, statut qui devra être nécessairement transitoire.
- Enfin, nous continuerons à nous battre tant que l'égalité des droits, telle qu'elle est exprimée dans la recommandation Roth de 1994 n'est pas instaurée en France grâce au mariage. Seule cette étape ultime, si elle se présente comme hypothétique aujourd'hui, mettra réellement fin aux discriminations.

AIDES invite toute association, syndicat ..., personne physique mobilisée par ces questions à la rejoindre afin de fonder le « collectif pour la mise en oeuvre de la résolution du Parlement Européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans l'union européenne. »

## Récapitulatif des propositions de AIDES

### 1) Sur le concubinage

#### Définitions

*Le concubinage correspond à toute situation de fait dans laquelle deux personnes majeures et non mariées entretiennent entre elles, indépendamment de leur sexe, des relations affectives et intimes suivies.*

*Dans tout texte légal ou conventionnel, les expressions concubinage, union libre ou visant plus généralement la vie commune s'appliquent indépendamment du sexe des personnes concernées.*

*Le concubinage s'entend indépendamment du sexe des partenaires.*

#### Modes de preuve

*Le concubinage n'est établi qu'à condition que les deux personnes, quel que soit leur sexe, cohabitent ensemble depuis au moins six mois.*

*L'officier d'état civil enregistre en mairie la déclaration de concubinage de deux personnes, indépendamment de leur sexe, et justifiant par tous moyens d'une vie commune d'au moins six mois.*

#### Droit au bail

Modification des 3ème et 6ème alinéas de l'article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 :

En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue :

- au profit des ascendants, du concubin notoire, *indépendamment de son orientation sexuelle*, ou des personnes à charge qui vivaient avec lui depuis au moins six mois à la date de l'abandon du domicile.

Lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré : aux ascendants, au concubin notoire, *indépendamment de son orientation sexuelle* ou aux personnes à charge qui vivaient avec lui depuis au moins six mois à la date de l'abandon du domicile.

#### Fiscalité et successions

Application de l'abattement applicable aux frères et soeurs vivant ensemble et la fiscalité y afférant à tous les concubins indépendamment de leur orientation sexuelle : abattement de 100 000 F puis taux progressif : 35% jusqu'à 150 000 F, 45% au dessus.

Relèvement du plafond de la tontine à 1 million de francs et extension de ce mécanisme à d'autres biens que la résidence principale.

## Droits extra-patrimoniaux

Intégration d'un formulaire dans le livret d'accueil hospitalier permettant au malade de donner mandat à la personne de son choix pour recueillir l'information et être consultée sur les décisions thérapeutiques, si elle-même n'était pas en état de manifester sa volonté. Ce formulaire pourrait être annexé au dossier médical.

Concernant l'organisation des funérailles, adoption d'une disposition prévoyant que *sauf manifestation expresse de la volonté du défunt quant à l'organisation de ses funérailles, la décision appartient à la personne qui établit une vie commune avec lui depuis au moins six mois.*

## 2) Sur les contrats de partenariat

### Amendements au CUS

*Article 1 : introduire les règles de capacité applicables au mariage.*

*Article 11 : ajouter que les dispositions du statut des fonctionnaires relatives au rapprochement de conjoint sont applicables.*

*Introduire dans l'article 14 un alinéa sur la fiscalité applicable aux successions entre les cocontractants.*

*Insérer un article 18 ainsi rédigé « Un étranger peut conclure un contrat d'union sociale et bénéficie des mêmes droits de séjour et de nationalité que ceux accordés par le mariage. »*

### Contrats de concubinage devant notaire

Mettre en place de tels contrats, en incluant des dispositions de caractère patrimonial (convention d'indivision, clause d'attribution, protection du concubin vis-à-vis du logement du couple, et legs au concubin, sous réserve de la possibilité de révocation), sous réserve de l'adoption de dispositions fiscales et successorales au profit du partenaire.

## 3) sur le mariage

Insérer au sein du code civil un article 143 ainsi libellé : *le mariage est le contrat par lequel deux personnes, indépendamment de leur sexe, entendent s'unir, pour une durée indéterminée dans une communauté de vie et d'intérêts dont le statut fait l'objet du présent titre.*

### Sur la filiation

Modifier l'article 343-1 du code civil dans le sens suivant : *L'adoption peut être aussi demandée par toute personne, indépendamment de son orientation sexuelle, âgée de plus de vingt-huit ans.*

Modifier l'article L.152.2 du code de la santé publique afin d'ouvrir le droit aux femmes célibataires à l'assistance médicale à la procréation.

## Annexes

- 1) Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures du Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne du 26 janvier 1994.
- 2) Résolution du Parlement européen du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne.
- 3) Texte initial du contrat d'union sociale
- 4) Proposition de loi n°88 visant à créer un contrat d'union civile et sociale déposée à l'Assemblée nationale le 23 juillet 1997.
- 5) Proposition de loi n°94 relative au contrat d'union sociale déposée à l'Assemblée nationale le 23 juillet 1997
- 6) Tableau comparant les différentes propositions de loi ( Revue Esprit, Octobre 1997
- 7) Arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 juillet 1989
- 8) Jugement du tribunal d'instance de Paris 4eme du 5 août 1993
- 9) Jugement du tribunal d'instance d'Aubervilliers du 12 septembre 1995
- 10) Arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996
- 11) Décision de la cour suprême de Hawaii du 3 décembre 1996
- 12) Tableau récapitulatif des droits en fonction du statut du couple