



HAL
open science

Les unions de même sexe

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Les unions de même sexe : Entre mariage impossible et concubinage improbable. Le Banquet, 1998, Mariage, union et filiation, 12 et 13. hal-01242085

HAL Id: hal-01242085

<https://hal.science/hal-01242085>

Submitted on 11 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.

LE BANQUET

REVUE DU CERAP

NUMERO DOUBLE SPECIAL

**MARIAGE, UNION
ET FILIATION**

**Pacte civil de solidarité
Droit contre statut
Homosexualité, union libre**

ACTUALITÉS

**Politique maritime, mer
Commerce international**

PHILOSOPHIE

Engagement, empathie

**À L'ÉPREUVE
DE LA CRITIQUE POLITIQUE**

**Résister,
Vème République, théologie**

MIETTES CRITIQUES

REVUE POLITIQUE

1^{er} et 2^e semestre 1998 · N° 12 et 13

septembre - octobre 1998



Les unions de même sexe : Entre mariage impossible et concubinage improbable

Daniel Borrillo ¹

« ... C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir ». Jean-Jacques Rousseau

Depuis huit ans, six propositions de loi et deux rapports ² marquent le contour juridique d'une mouvance politique et sociale ayant comme objectif avoué la réforme des conjugalités, mais dont la raison ultime consiste en la reconnaissance légale de l'union des personnes de même sexe. En effet, ce sont principalement les associations de défense des homosexuel·les et de lutte contre le sida qui, étant à l'origine des revendications, se sont mobilisées autour de ces différents projets. L'épidémie de sida a mis en évidence de façon dramatique la précarité juridique des personnes touchées aussi bien au niveau individuel qu'à celui du couple. Ainsi, la récente décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation vient de fermer toute voie à une quelconque possibilité non seulement de reconnaissance,

1. Maître de conférences en droit privé, expert auprès du Conseil de l'Europe. A notamment dirigé l'ouvrage *Homosexualité et droit*, P.U.F., 1998.
2. Proposition n° 422 sur le contrat de partenariat civil déposée au Sénat le 25 juin 1990 ; proposition n° 3066 sur le contrat d'union civile déposée par des députés socialistes à l'Assemblée le 25 novembre 1992 ; proposition n° 3315 relative au contrat d'union sociale déposée par des députés socialistes le 23 janvier 1997 ; proposition n° 3367 relative aux droits des couples non mariés présenté par le groupe communiste le 20 février 1997 ; proposition n° 88 du 23 juillet 1997 sur le contrat d'union civile et sociale déposée à titre individuel par 23 députés du groupe R.C.V. (Radicaux, Mouvement des citoyens et Verts) ; proposition sur un pacte civil de solidarité déposée par les députés socialistes et le Mouvement des citoyens. Rapport du professeur Hauser au ministre de la justice : « Comité de réflexion sur les conséquences financières de la séparation des couples. Le projet de pacte d'intérêt commun », avril 1998. Rapport d'Irène Théry à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice : *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, mai 1998, publié chez Odile Jacob un mois plus tard (voir notamment le chapitre consacré au concubinage).

mais même de constatation, de l'union homosexuelle³. Selon la juridiction suprême, le concubinage est calqué sur le mariage, mais celui-ci ne peut s'appliquer qu'exclusivement aux couples hétérosexuels. Comme il n'existe pas de concubinage notoire entre deux hommes, la Cour estime que le survivant du compagnon mort du sida ne peut pas jouir de la subrogation du bail. Dans deux décisions précédentes, rendues le 11 juillet 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation avait débouté les demandeurs en arguant que les notions de « vie maritale » et de « conjoint en union libre » devaient être comprises comme la situation de deux personnes ayant décidé de vivre en tant qu'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.

Or, le concubinage est un fait que le droit se limite à constater⁴. Mais malgré le fait que deux personnes de même sexe vivent ensemble, sous le même toit en cohabitation charnelle et matérielle, la Cour de Cassation persiste à nier la qualité de concubins aux partenaires. Pourtant les faits sont là ; il suffirait simplement de les constater. Même la polygamie en tant que pur fait peut être génératrice de droits⁵, alors que

3. Le Tribunal d'instance de Paris quatrième chambre, dans un jugement du 5 août 1993, avait considéré que le transfert était possible car « le législateur désigne en toute neutralité et généralité le concubin notoire sans autre précision que celle liée à la stabilité de l'union. Il résulte des pièces du dossier et des écritures même de Monsieur X que le concubinage homosexuel de Monsieur X et de Monsieur X était notoire et stable, depuis plusieurs années ». Mais l'appréciation du juge va plus loin puisqu'il estime que « l'évolution de mœurs a désormais donné au terme concubinage le sens de cohabitation de couple, et n'y attache plus, comme auparavant, la nécessité d'une différence de sexe entre les partenaires ». La contrepartie décide de faire appel de cette décision et, contrairement à la première instance, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 mars 1995, a considéré que la loi du 6 juillet 1989 qui autorise « le transfert du bail de contrat de location [...] au concubin notoire qui vivait depuis au moins un an à la date du décès » ne s'applique pas aux couples de même sexe ; par conséquent l'expulsion fut ordonnée. L'affaire arrive en cassation qui finit par confirmer l'interprétation de la Cour d'appel dans un arrêt du 17 décembre 1997 en rappelant que « le concubinage ne peut résulter d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage donc entre un homme et une femme ».
4. « Le concubinage, en droit, ne se constitue pas, il se constate », *Traité de droit civil, La famille*, Danièle Huet-Weiller et Jean Hauser, Paris, L.G.D.J., 1989, page 173.
5. Comme le signale J. Rubellin-Devichi par rapport à la polygamie des étrangers en France, il s'agit d'une « polygamie acceptée dans ces conséquences, on le sait, au nom de l'effet atténué de l'ordre public international. On remarquera d'abord que les caisses d'assurance maladie accordent le bénéfice des prestations en nature des assurances maladie et maternité au conjoint et à la concubine ou au concubin s'ils attestent sur l'honneur qu'ils se trouvent à la charge totale, effective et permanente de l'assuré ». « Personnes et droits de la famille », *Revue trimestrielle de droit civil*, 89, janvier-mars 1990.

l'union de deux personnes de même sexe liées par un projet de vie commune, une affection et une solidarité réciproques se voit totalement niée par l'ordre juridique et reléguée à l'ombre du silence.

Les propositions de loi et les rapports

Devant cette dénégation réitérée de la jurisprudence⁶, la voie légale semble plus apte à trouver une solution adéquate. Dans ce but, six propositions de loi ont été présentées ces dernières années. Le 25 juin 1990, une première proposition est déposée par le sénateur Jean-Luc Mélenchon. Inspirée des idées proposées par des organisations homosexuelles telles que « Gays pour les libertés », « Rencontre des Homosexuels en Île-de-France » et « Homosexualités et Socialisme », cette première proposition appelée *partenariat civil* passe inaperçue et son débat fut écarté.

Deux ans plus tard, plusieurs députés, parmi lesquels Jean-Yves Autexier et Jean-Pierre Michel, présentent une nouvelle proposition de loi dénommée *contrat d'union civile* (C.U.C.). Elle établit que deux personnes, avec ou sans lien de parenté, peuvent s'unir civilement ; les seules interdictions concernent les ascendants et descendants, ainsi que les personnes déjà engagées dans le mariage. L'union est déclarée en mairie et inscrite sur des registres spécifiques tenus par les officiers d'état civil. La rupture s'effectue de façon unilatérale sans intervention judiciaire, sauf pour les contestations consécutives. Le régime de biens de l'union est celui de la communauté réduite aux acquêts et le régime successoral applicable entre époux est transféré au profit du partenaire survivant. L'autorité parentale est exercée de manière conjointe par le père et la mère si tous les deux ont reconnu l'enfant et vivent en union civile.

En se gardant d'employer toute formulation identitaire, le projet de loi donnait la possibilité de jouir d'un certain nombre de droits non seulement aux concubins ou aux couples homosexuels, mais aussi à toute personne vivant sous le même toit avec une autre, indépendamment de la qualité du lien. Bien que la proposition ne fût jamais discutée

6. Il faut néanmoins signaler que le tribunal de grande instance (T.G.I.) de Bobigny dans une ordonnance de référé du 11 mai 1992 avait reconnu la qualité de concubin notoire au compagnon homosexuel afin de faire valoir l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989. De même le tribunal de grande instance de Belfort dans un jugement du 25 juillet 1995 et le tribunal d'instance de Paris quatrième chambre, ou encore le tribunal d'instance d'Aubervilliers, dans un jugement du 12 septembre 1995, ont reconnu respectivement la qualité de concubin soit pour un dédommagement pour cause de morte accidentelle (Belfort), soit pour le transfert du bail à cause de décès du compagnon (voir *supra*).

dans son ensemble, deux dispositions, l'une concernant l'affiliation à la sécurité sociale du cocontractant et l'autre la possibilité de subrogation du bail de location, furent votées. Seule la première disposition fut définitivement adoptée par une loi du 27 janvier 1993, l'autre ayant été annulée par le Conseil constitutionnel pour des raisons de procédure⁷.

Devant la démobilisation autour de cette question, l'association Aides devient le moteur d'un débat renouvelé en proposant un texte original centré sur la consécration du couple et nommé *contrat de vie sociale* (C.V.S.). De la fusion du C.U.C. et du C.V.S. naîtra en 1995 le *contrat d'union sociale* (C.U.S.). Essayant de mettre fin à un certain nombre de discriminations liées à l'épidémie de sida et recensées quotidiennement par l'association, le C.U.S. reprend des dispositions du C.U.C. et du C.V.S. Suivant ce dernier, le C.U.S. ne peut être souscrit entre collatéraux directs. De même que pour le C.U.C., le C.U.S. fait l'objet d'une déclaration conjointe devant un officier d'état civil ; en revanche, la rupture doit s'effectuer sur déclaration conjointe et, en cas de désaccord, le juge doit être saisi par l'un des partenaires.

Mais il fallut attendre deux longues années pour que le C.U.S. fût repris par les députés socialistes et présenté enfin à l'Assemblée Nationale le 23 janvier 1997⁸ avec quelques modifications au texte original. Quelques mois plus tard, en juillet de la même année, une nouvelle proposition, le *contrat d'union civile et sociale* (C.U.C.S.) est déposée devant l'Assemblée par le député Jean-Pierre Michel et le groupe Radicaux, Mouvement des citoyens et Verts (R.C.V.). Au-delà des questions techniques, la principale différence entre la proposition socialiste (C.U.S.) et le C.U.C.S. concerne leur champ d'application : excluant les parents proches, la première reconnaît davantage le couple dans sa dimension traditionnelle que la seconde, qui peut s'appliquer à toutes les paires, sauf entre ascendants et descendants, sans toutefois justifier cette interdiction.

Nous n'insisterons pas outre mesure sur l'analyse de ces propositions car elles n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt purement historique⁹ et elles ont été toutes remplacées par une nouvelle proposition, le *pacte civil de solidarité* (P.A.C.S.), synthèse des précédentes. Cette dernière servira de base au débat parlementaire prévu pour le mois d'octobre prochain. Cependant, deux rapports ont entre-temps été remis aux autorités publiques. Proposant diverses solutions pour les problèmes ren-

7. DC 92-317 du 21 janvier 1993, *Journal officiel* du 23 janvier 1993, p. 1240.

8. Cette proposition n'a jamais été discutée car elle devient caduque avec la dissolution de l'Assemblée nationale en avril 1997. Elle a été redéposée au mois de septembre de la même année.

9. Pour une analyse plus approfondie de ces propositions voir « Vers la reconnaissance des couples de même sexe », analyse et propositions de Aides, Aides Fédération nationale, 2^e édition, décembre 1997. Pour la chronologie, voir Marianne Schulz, « Éléments pour un débat », *Esprit*, octobre 1997.

contrés par les personnes vivant en union libre, le *pacte d'intérêt commun* (P.I.C.) et le rapport Théry sur le concubinage renforcé et élargi aux couples de même sexe, ont une valeur purement consultative.

Le pacte d'intérêt commun et le concubinage renforcé

Sans mentionner la nature hétéro- ou homosexuelle de la relation, le premier des rapports, dirigé par le professeur Hauser, répond à une demande de l'ancien garde des Sceaux, Jacques Toubon. En conformité avec l'esprit conservateur qui animait la demande, le P.I.C. évacue totalement la dimension affective en plaçant les solutions sur une dimension purement patrimoniale. Situé dans le code civil entre le titre consacré à la société et celui de l'indivision, le P.I.C. s'adresse aux couples et aux non-couples et a pour vocation de régler les aspects économiques de la vie de deux personnes en octroyant de surplus quelques droits sociaux et fiscaux. Si le P.I.C. trouve un sens juridique en tant qu'élément complémentaire du concubinage (une sorte de « régime concubinal »), en revanche, l'avoir présenté comme une solution exclusive pour les couples de même sexe est inadmissible. À cet effet, l'auteur du projet prétend réduire avec légitimité les relations amoureuses des hommes entre eux ou des femmes entre elles aux simples aspects patrimoniaux en signalant que « le droit récompense ceux dont l'amour supposé ou la communauté de vie présentent un intérêt social. [...] Si l'intérêt social classique de l'ordre politique, de la procréation, de l'éducation des enfants justifie que les communautés de vie qui y reposent jouissent d'une reconnaissance générale, automatique et complète de la part du droit, pour les autres, dont l'intérêt public était jugé nul antérieurement, ils nous semble que la réponse doit être désormais différente ». La conclusion du professeur Hauser est claire : « Le domaine peut être rapidement balisé. Le secteur des relations personnelles devrait être hors négociation. [...] Le secteur des relations patrimoniales est beaucoup plus prometteur »¹⁰. D'autres juristes pensent avec Hauser que le droit doit se limiter à régler quelques inconvénients juridiques purement matériels. Ainsi, on a pu dire que « le seul véritable problème de cette union, c'est l'organisation du transfert du patrimoine de l'un des compagnons à l'autre par le droit successoral »¹¹. Mais définir les couples de même sexe par les seuls aspects patrimoniaux de l'union revient à refuser leur dimension affective. Derrière un discours technico-juridique et en

10. Jean Hauser, « Les communautés taisibles », *Recueil Dalloz*, 30^e cahier, chroniques, 1997, page 256.

11. Bernard Beignier, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir », *Droit de la famille*, Éditions du Juris-Classeur, Chronique, avril 1997, page 8.

essayant d'éliminer la « charge idéologique liée à la question »¹², le P.I.C. institutionnalise le refus des unions entre personnes de même sexe en leur donnant le statut de société civile légèrement améliorée. En critiquant « l'idéologie des droits de l'homme »¹³ et « nos égalitaristes législateurs », Jean Hauser considère « l'offensive des couples homothétiques »¹⁴ comme un simple fait de société à la mode constaté par un droit plus proche du spectacle¹⁵ que de l'ordre des valeurs qu'il se doit de défendre¹⁶. Le juriste oublierait-il que l'égalité et la non-discrimination fondent nos démocraties ?

Le deuxième rapport, *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui*, rédigé par Irène Théry et rendu au gouvernement quelques semaines plus tard, consiste en une analyse plus ambitieuse car il est question cette fois-ci de dépasser les aspects purement patrimoniaux pour se plonger dans le droit des personnes sans pour autant entrer, en ce qui concerne les couples homosexuels, dans le droit de la famille. En effet, dans une note de la Fondation Saint-Simon, l'auteur avait refusé non seulement le droit au mariage civil pour les couples homosexuels, mais aussi leur possibilité de créer une « famille homoparentale » au nom de l'ordre symbolique de la culture occidentale. Dans le même article, et afin d'éviter une atteinte au principe d'égalité, la sociologue proposait d'étendre l'union libre aux couples homosexuels et de créer un statut propre aux unions de même sexe inspiré du modèle de partenariat des pays scandinaves. Cette dernière proposition disparaît dans le rapport présenté aux ministres de l'emploi et de la solidarité et de la justice ; cependant l'auteur propose l'ouverture du concubinage aux homosexuels en renforçant certains effets fiscaux ainsi que le droit social. En effet, le rapport consacre un chapitre spécifique au concubinage et un titre spécial au concubinage homosexuel. Dans une perspective universaliste, le rapporteur traite du concubinage indépendamment de

12. « Il a donc été décidé d'emblée de travailler sur un modèle simple mais totalement autonome qui repose uniquement sur le fait de la communauté de vie et de la mise en commun d'un certain nombre de moyens ou de biens. L'avantage (ou l'inconvénient) de la méthode choisie est d'éliminer en partie la charge idéologique de la question ». Rapport Hauser, page 2.
13. Jean Hauser, « Couple et différence de sexes » in *La notion juridique de couple*, Economica, Paris 1998, page 99.
14. L'auteur utilise les termes « couples homothétiques », « couple homogène », « couple de sexe uniforme », « couple de sexe semblable », « couple homonyme » ou « couple homozygote » pour se référer aux couples homosexuels.
15. L'auteur s'exprimant ainsi : « Le couple de sexe semblable a accédé nettement à l'actualité juridico-médiatique ».
16. « C'est bien parce qu'on changeait de logique, qu'on sortait de la logique normative du lien consacré pour passer dans la logique du lien de fait constaté, que se sont tant battus contre la concubine les auteurs qui sentaient venir le vent. La porte une fois ouverte il n'y a plus de limite de principe concevable », page 110.

toute parentalité et indépendamment de l'orientation sexuelle des partenaires. D'après Irène Théry, le concubinage doit garder son statut de « fait juridique », raison pour laquelle elle opte pour la voie de la constatation de la « possession d'état » et refuse les solutions d'un contrat spécifique (C.U.C., C.U.S., C.U.C.S., P.I.C. ou P.A.C.S.). La sociologue signale par ailleurs que « toute formalisation du concubinage aurait pour effet de renvoyer dans le non-droit les situations non formalisées ». Ainsi, une fois le P.A.C.S. en vigueur, un couple homosexuel qui aurait vécu vingt ans sous le même toit sans avoir souscrit ce contrat ne serait toujours pas reconnu comme vivant en concubinage. En ce qui concerne les concubins hétérosexuels, la question reste de savoir si la jurisprudence continuera de les considérer comme tels, dans la mesure où la loi établit une forme spécifique de constat du lien qui pourrait devenir exclusive.

La proposition consistant à insérer dans le Code civil – plus particulièrement dans la partie consacrée aux droits des personnes – un article ainsi rédigé : « Le concubinage se constate par la possession d'état de couple naturel, que les concubins soient ou non de sexe différent », semble pertinente, au-delà des inconvénients liés à la preuve de cette possession. Ainsi, cette modification du Code civil permettra d'étendre les droits présents et issus du concubinage à l'ensemble des concubins, hétéro- ou homosexuels, à savoir : transfert du bail, octroi des prestations en nature de l'assurance maladie-maternité, déduction des frais réels de transport, bénéfice du capital décès, bénéfices tirés des conventions collectives, indemnisation du préjudice en cas de rupture abusive ou décès accidentel du concubin. Le rapport propose également la création de nouveaux droits, tels que l'assurance invalidité, vieillesse, veuvage, décès, accidents du travail, la présomption d'indivision sur les biens meubles, la participation dans les choix thérapeutiques et dans l'organisation des funérailles ainsi que l'extension des donations et des libéralités entre concubins.

Bien que ces propositions répondent aux besoins les plus urgents rencontrés par les associations de lutte contre le sida, il ne s'agit que d'une voie minimale de reconnaissance du couple homosexuel. Le constat du « fait-concubinage » n'implique nullement la consécration juridique de l'union. De même que l'occupation sans titre n'implique nullement la reconnaissance du droit de propriété, le concubinage n'est pas autre chose qu'un lien toujours précaire qui ne présuppose nullement sa stabilité juridique. C'est pour cette raison que l'ordre juridique, dans l'absence d'acte formel, prend compte du temps pour l'octroi d'effets de droit¹⁷. Aujourd'hui, la seule et unique institution juridique qui consacre

17. Une différence fondamentale entre le concubinage et le mariage tient à ce que, pour ce dernier, l'intégralité des effets juridiques existe, en principe,

l'union est le mariage civil. Le projet d'ouverture du concubinage aux couples homosexuels trouverait aussi sa place dans la perspective d'un élargissement du contrat de mariage, mais sachant que son auteur a refusé catégoriquement le droit au mariage pour les couples de même sexe, la démarche perd de sa crédibilité. Rappelons-nous les termes utilisés par la sociologue pour justifier cette discrimination : « La raison pour laquelle le couple homosexuel n'a pas accès au mariage est que celui-ci est l'institution qui inscrit la différence des sexes dans l'ordre symbolique, en liant couple et filiation. C'est donc pour préserver la culture, et non la nature, que, jusqu'à présent, tous les pays occidentaux ont refusé d'instituer une quelconque forme de filiation unisexuée »¹⁸. Il est difficile d'accepter l'argument d'Irène Théry, qui s'inspire de Pierre Legendre. Celui-ci signale : « Toutes les générations ont leurs impostures. L'homosexualisme en est une. Dans un boucan médiatique, voici la nouvelle course au pouvoir. [...] Garantir la non-discrimination sociale des citoyens en raison d'une position subjective quant au sexe est une chose. Casser les montages anthropologiques au nom de la démocratie et des droits de l'homme en est une autre »¹⁹.

Mais au-delà de cette réserve majeure propre au contexte idéologique de production du projet, d'autres problèmes capitaux comme la libre circulation des couples, la reconnaissance internationale des unions, l'accès à la nationalité française ou la possibilité de séjour du concubin étranger, les successions *ab intestat* ou le rapprochement des conjoints fonctionnaires, demeurent sans réponse dans le rapport Théry. Par ailleurs, en introduisant une proposition de filiation adoptive par « un couple de concubins formé d'un homme et d'une femme »²⁰, l'auteur exclut formellement toute possibilité d'adoption par les couples de même sexe.

Le pacte civil de solidarité

Le 29 mai 1998, Catherine Tasca, présidente de la commission des lois de l'Assemblée Nationale, annonce une nouvelle proposition : le *pacte civil de solidarité* (P.A.C.S.). Inspiré des propositions précédentes, le P.A.C.S. se présente comme une synthèse des différents points de vue de la gauche parlementaire. En introduisant une obligation d'assistance et de solidarité entre partenaires, en interdisant les unions entre

dès sa conclusion. En revanche, le concubinage doit durer suffisamment de temps pour qu'on puisse en tirer des conséquences juridiques.

18. Irène Théry « Le C.U.S. en question », Notes de la fondation Saint-Simon, 1997, page 26.

19. « L'essuie-misères », entretien avec Pierre Legendre, *Le Monde de l'Éducation*, décembre 1997, page 37.

20. Page 121 du rapport Théry dans sa version originelle.

ascendants, descendants et collatéraux et en excluant les couples mariés ou ceux unis déjà par un P.A.C.S. antérieur, la proposition s'adresse aux couples et non plus aux simples « duos » comme ses précédentes, C.U.C., C.U.C.S. ou encore le rapport sur le P.I.C.

Entre le concubinage et le mariage, les différentes propositions de loi et en particulier sa version la plus récente, le P.A.C.S., créent une troisième forme de conjugalité. Pour les couples hétérosexuels bénéficiant déjà des deux formes mentionnées, le P.A.C.S. pourrait être considéré comme une alternative allégée au mariage ou une version renforcée du concubinage à condition que la nouvelle proposition ne vienne pas compromettre l'existence même du concubinage. En effet, la nature de ce pacte pourrait faire craindre sinon la disparition au moins la mise hors droit du concubinage. Finalement, le P.A.C.S. apparaît tantôt comme un fait, tantôt comme un acte juridique. Sa définition est aussi source d'ambiguïté car, d'après la proposition, le P.A.C.S. « constate le lien unissant deux personnes... »²¹. Or, s'agissant d'un acte juridique formel célébré devant un fonctionnaire, le pacte ne devrait pas simplement constater mais plutôt instaurer le lien. Jusqu'alors, le concubinage, en tant que fait juridique, était susceptible d'être prouvé par tout moyen (bail, correspondance, factures téléphoniques, inscription sur les listes électorales, témoignage, mentions sur la boîte à lettre, comptes bancaires communs, etc.). Le P.A.C.S., en revanche, en tant qu'acte juridique, pourrait être prouvé uniquement par la célébration du pacte. Il est donc légitime de se demander si les concubins qui n'ont pas voulu formaliser leur union ou pensé à le faire ne seront pas réputés inexistantes. Et, dans ce cas, si le P.A.C.S. vient remplacer le concubinage, quel serait l'intérêt des couples hétérosexuels qui, en le choisissant, ont voulu garder une grande liberté d'union et de rupture ? Liberté qui fait partie de la nature même de l'union libre²². À l'inverse, si le concubinage et le P.A.C.S. coexistent, il est encore légitime de se poser la question de savoir quel serait le sort des couples homosexuels qui ne formaliseront pas leur union. La doctrine de la Cour de cassation refusant le statut de concubin aux couples homosexuels demeurera en vigueur malgré l'adoption du P.A.C.S., de sorte que les couples de même sexe qui ne passeront pas devant le maire resteront toujours en dehors du concubinage avec les conséquences négatives que cela implique.

21. Art. 2 : « Il est inséré dans le même titre, un article 515-1 ainsi rédigé : « Le pacte civil de solidarité constate le lien unissant deux personnes physiques qui vivent en commun » ».

22. En ce sens, la Cour de cassation, dans une décision du 30 juin 1992, a établi que la rupture ne peut pas ouvrir un droit d'indemnisation pour le concubin, sauf si elle revêt un caractère fautif.

Si le P.A.C.S. est un acte juridique formel, comme l'indique l'article 4 de la proposition de loi²³, l'instauration des délais particulièrement longs pour l'acquisition de la plupart des droits reste incompréhensible. Pourquoi attendre un an pour bénéficier de l'assurance maladie et maternité du partenaire, pour le maintien dans le logement loué en cas de mort ou d'abandon du partenaire ou encore pour l'obtention d'une carte de séjour ? Pourquoi devoir laisser écouler deux ans pour que le couple soit considéré comme un foyer fiscal ou encore cinq ans pour que le partenaire soit assimilé au conjoint survivant en matière successorale ? Comme pour l'ensemble des actes juridiques formels, la production d'effets de droit devrait être immédiate, une fois l'acte célébré en bonne et due forme.

Un regard plus attentif de la proposition de loi permet de constater d'autres insuffisances auxquelles il faudrait trouver remède lors du débat parlementaire. Tout d'abord, il aurait été souhaitable de garder la formule de l'article 5 du C.U.S. : « Le contrat d'union sociale est signé entre deux personnes de sexe opposé ou de même sexe ». En effet, l'omission d'une telle spécification dans le P.A.C.S. laisserait la possibilité ouverte au juge qui, s'appuyant sur les décisions de la Cour de cassation, entendrait qu'il n'y a pas de solidarité civile entre personnes du même sexe. Rien n'empêchera effectivement le magistrat récalcitrant d'interpréter le terme « partenaire » comme étant assimilable aux termes « époux » ou « concubin notoire », c'est-à-dire exclusivement hétérosexuel.

Par ailleurs, en l'absence d'un article concernant la capacité à contracter un P.A.C.S., il est licite de se demander s'il faut se référer à la capacité générale pour contracter des articles 1123 et 1124 du code civil ou plutôt aux règles édictées en matière de mariage. Autrement dit, les mineurs émancipés ou les majeurs protégés pourront-ils contracter un P.A.C.S. ? Rappelons-nous qu'en matière de mariage, l'article 481 alinéa 2 dispose que le mineur émancipé a besoin de l'autorisation d'au moins un des parents pour pouvoir le célébrer.

En outre, il est surprenant de constater que, concernant les droits sociaux, le P.A.C.S. réduit les prérogatives des partenaires à l'assurance maladie qui, par ailleurs, existe déjà pour l'ensemble des couples homo- ou hétérosexuels²⁴. En effet, à la différence des autres propositions et

23. Article 4 : « Il est inséré dans le même titre, un article 515-3 ainsi rédigé : « Le pacte civil de solidarité fait l'objet d'une déclaration conjointe des partenaires reçue, en leur présence, à la mairie de la commune où l'un des deux partenaires a son domicile ou sa résidence à la date de cette déclaration. À l'étranger, la déclaration est reçue à l'ambassade ou au consulat de France. Mention est faite de cette déclaration dans un registre spécial, tenu à la mairie, à l'ambassade ou au consulat où la déclaration a été reçue. » »

24. L'article L. 161-4 alinéa 2 du code de la sécurité sociale établit que peut bénéficier de la qualité d'ayant droit toute personne qui est à la charge « effective, totale et permanente ». La circulaire de la Caisse nationale d'assu-

rapports, le P.A.C.S. fait disparaître l'accès à l'assurance vieillesse, à la pension de réversion, à l'assurance veuvage, invalidité, accident, etc. Omission d'autant plus surprenante que c'est à partir des droits sociaux qu'on a vu évoluer aussi bien la jurisprudence que la législation du concubinage. Quant aux libéralités entre partenaires, si après cinq ans de vie commune, un abattement similaire au mariage est prévu au-delà de 330 000 francs, l'imposition fiscale perd cependant de sa progressivité car un dépassement de cette somme est imposé à 60 %.

En l'absence des contrats spécifiques, le P.A.C.S. renvoie au régime de la communauté réduite aux acquêts, mais le cas échéant, les « conventions matrimoniales » alternatives ne sont pas précisées, de même que les règles d'ordre public à appliquer pour éviter l'abus d'une des parties. Silence également en ce qui concerne les conséquences économiques et familiales de la rupture et sur les règles qui doivent guider le juge aux affaires familiales. Sont également négligés les mécanismes de représentation des articles 218 et 219 du Code civil qui permettent aux époux de se donner mandat l'un à l'autre ou de se représenter dans l'exercice des pouvoirs selon les régimes matrimoniaux. Enfin, l'absence de référence au droit à la filiation adoptive et à la procréation médicalement assistée pour les partenaires homosexuels semble injustifiée. Alors que les demandes des familles monoparentales deviennent de plus en plus fortes et que des études montrent que les enfants élevés par des parents homosexuels mènent une vie tout à fait normale²⁵, la proposition de loi clôt le débat en ignorant la question.

L'impossible égalité des couples

Une fois ces critiques émises sur l'ensemble des propositions, la question est de savoir s'il existe ou non des obstacles juridiques au mariage civil des homosexuels. Car, si l'amour, l'affection et le désir d'enfant sont les mêmes qu'il s'agisse des couples du même sexe ou de sexe opposé, pourquoi instaurer un traitement juridique différent pour ces premiers ? Le P.A.C.S. est un projet timide, résultat de la difficulté des gays et des lesbiennes à défendre une véritable égalité des droits. Comment expliquer autrement le fait qu'une mobilisation semble s'articu-

rance maladie du 11 mai 1993 énonce explicitement que l'élargissement de la qualité d'ayant droit vise le compagnon de même sexe que l'assuré social. La seule différence avec les concubins hétérosexuels c'est le délai de vie commune. Ainsi, pour les couples homosexuels, un an est requis alors que, pour les couples hétérosexuels, six mois suffisent et, en cas d'existence d'enfants, le bénéfice est immédiat.

25. De nombreuses recherches ont été menées aux États-Unis. Voir le recensement effectué dans le *Guide à l'usage de familles homoparentales*, Association des parents gays et lesbiens (A.P.G.L.), Paris 1998.

ler autour d'un projet qui risque d'enfermer les couples homosexuels dans une forme de sous-mariage en donnant la fausse impression d'une reconnaissance de leur union ? Situation d'autant plus inconcevable du point de vue politique qu'il existe une résolution du Parlement européen invitant les États membres à mettre fin à l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe²⁶.

L'ensemble des propositions et des rapports présentés par les différentes personnalités et groupes politiques français, que ce soit sous la forme du C.U.C., C.U.S., C.U.C.S., P.I.C., du concubinage ou du P.A.C.S., loin de mettre fin aux discriminations, bornera les couples de même sexe dans un statut moindre par rapport aux possibilités offertes aux couples hétérosexuels. En effet, soit on privilégie la liberté et on choisit le concubinage, soit on préfère la sécurité et on se tourne vers le mariage. Toutefois, il est difficile d'imaginer un couple hétérosexuel qui, choisissant la liberté, veuille s'enfermer dans un lien dont la rupture non consensuelle obligerait les partenaires à se plier à d'importantes contraintes. En revanche, si c'est la sécurité que l'on privilégie, comment imaginer le choix d'un statut qui donnera des droits après seulement quelques années et qui laissera, de surcroît, le couple sans aucune protection sociale ? De ce fait, en créant un statut intermédiaire entre le concubinage et le mariage, le P.A.C.S. institutionnalise l'exclusion des couples homosexuels en leur refusant aussi bien l'union libre que le contrat matrimonial.

Il n'est nullement question ici de défendre les bienfaits du mariage, en ce sens où il ne s'agit pas tant de prendre position par rapport à l'institution que de défendre la légitimité de la revendication au droit du mariage²⁷. Quoi qu'on puisse penser de cette institution, en tant qu'instrument juridique de protection du couple, elle demeure la plus protectrice aussi bien au niveau national qu'international. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler que seul le mariage est consacré comme une liberté fondamentale par l'ensemble des conventions internationales²⁸ ou encore que seuls les conjoints bénéficient de la pleine

26. Parlement européen, rapport du 26 février 1994 de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne. Rapporteur : Claudia Roth.

27. Je demeure le seul juriste universitaire en France à défendre le droit au mariage pour les unions de même sexe. En revanche, aux États-Unis, plus d'une centaine d'articles juridiques revendiquent le droit au mariage pour les couples homosexuels, voir « Same Sex Marriage : a Selective Bibliography of Legal and Social Aspects », Daniel Jacobs, *The Record The Library*, vol. 51, n° 6 pp. 687-696. Voir également l'excellent article d'Éric Fassin sur le mariage homosexuel dans *Le Monde Diplomatique* de juin 1998.

28. Voir en ce sens l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les deux pactes de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits

reconnaissance communautaire en termes de libre circulation dans l'espace de l'Union européenne ²⁹.

Le P.A.C.S. exclut les homosexuel·les à la fois du concubinage (simple constat d'un fait juridique) et en même temps du mariage, unique consécration juridique du couple. Les unions hétérosexuelles continueront de bénéficier de la grande liberté d'union et de rupture conférée par le premier, mais elles auront également le choix du mariage avec toutes les garanties que cela implique et elles pourront adopter de surcroît le P.I.C., le P.A.C.S. ou toute autre forme renforcée du concubinage. En revanche, leurs homologues homosexuels devront se contenter d'un seul moyen juridique de protection du couple, lequel demeure le moins intéressant.

Trouverions-nous normal que la loi établisse l'exclusion des homosexuel·les du droit à la propriété leur permettant de bénéficier uniquement d'une occupation sans titre, ou encore s'agissant du droit au vote, accepterions-nous une loi qui établisse que les gays et les lesbiennes pourraient participer seulement aux élections régionales, mais seraient exclus du scrutin national ? Si cela semble absurde dans d'autres domaines juridiques, pourquoi accepter cette logique d'exclusion dans les domaines du droit des personnes et du droit de la famille ? De plus, en sachant que ces propositions de loi risquent de consacrer une forme spécifique de sous-citoyenneté pour les couples de même sexe.

Une telle situation semble s'expliquer du seul fait que, étant une minorité, les gays et les lesbiennes ont accepté le discours dominant consistant à leur faire croire qu'ils ne peuvent pas jouir des mêmes droits et que leur exclusion s'en trouverait alors justifiée. C'est seulement à partir de ce sentiment d'infériorité, de cette intériorisation du *stigmat*³⁰ que des propositions comme celles du C.U.C., C.U.C.S., C.U.S., P.I.C. ou P.A.C.S. apparaissent aux yeux d'un grand nombre d'homosexuels comme convenables, voire révolutionnaires.

S'il y a urgence à définir le couple, ce n'est pas parce « Sodome réclame droit de cité » comme le signale de façon injurieuse le rapport

économiques, sociaux et culturels ou encore l'article 15 de la Déclaration de 1985 sur les droits de l'homme et des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent.

29. La libre circulation des personnes dans l'Union européenne est envisagée aussi dans le cadre de la famille. En ce sens une première directive 221/64 du 25 février 1964 et le règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 précisent que la famille au regard de ce droit est limitée au conjoint, aux descendants et aux ascendants à charge (art. 10).

30. D'après Gofmann, un stigmat est un attribut d'une personne ayant pour effet d'assigner celle-ci à un statut détestable. Cité par Yves Roussel in D. Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, P.U.F., 1998, pp. 22-23.

introduction d'un ouvrage juridique³¹, mais bien au contraire parce qu'au nom de la religion, de la loi ou de la santé publique, des centaines de milliers de couples homosexuels sont mis en marge et condamnés à la non-existence juridique. Comment peut-on vouloir lutter contre l'exclusion et les discriminations en continuant d'accepter que, par le seul fait de leur orientation sexuelle, des millions de personnes soient considérés comme des « incapables affectifs » ? En définitive, « c'est précisément parce que [la résistance de la pensée conservatrice] tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir »³².

31. Sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, page 1.

32. Jean-Jacques Rousseau.