



HAL
open science

Le pacte civil de solidarité

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Le pacte civil de solidarité: Une reconnaissance timide des unions de meme sexe. AJP / AJA : Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle, 2001, 1 (3). hal-01341624

HAL Id: hal-01341624

<https://hal.science/hal-01341624>

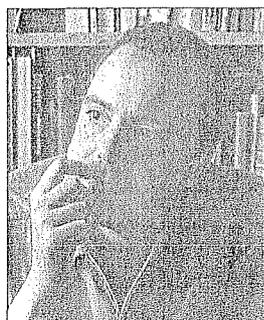
Submitted on 4 Jul 2016

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 Pacte civil de solidarité: une reconnaissance timide des unions de même sexe

299



DANIEL BORRILLO,
Maître de Conférences en
droit Privé à l'université de
Paris X et chercheur associé
au GAPP (CNRS)

Table de matières:

1. Introduction
2. Les propositions de lois et les rapports
 - 2.1. Le Contrat d'Union Civil
 - 2.2. Le Contrat de Vie Sociale
 - 2.3. Le Contrat d'union civile et sociale
 - 2.4. Le Pacte d'intérêt commun et le concubinage renforcé
 - 2.5. Le rapport d'IRÈNE THÉRY
 - 2.5.1. Ouverture de l'union libre au lieu d'un statut propre
 - 2.5.2. Modifications du droit proposées par le rapport
 - 2.5.3. Critique
3. Le Pacte civil de solidarité
 - 3.1. De la proposition à la loi
 - 3.2. Le contenu de la loi
 - 3.3. Ce que le PaCS ne résout pas...
 - 3.4. L'impossible égalité des couples

1. Introduction

La lutte pour la reconnaissance du couple homosexuel en France a déjà une assez longue histoire. Depuis dix ans, plusieurs propositions de loi et deux rapports¹ ont précédé l'adoption définitive de la loi sur le Pacte civil de solidarité (PaCS), une sorte de contrat consacrant l'union entre deux personnes indépendamment du sexe des partenaires. L'histoire du PaCS est aussi celle du mouvement gay et lesbien. 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 des différents projets². L'épidémie de sida a mis en évidence de façon dramatique la précarité juridique des personnes touchées, aussi bien au niveau individuel qu'au niveau du couple. Ainsi, en 1997, une décision de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation avait fermé toute voie à une quelconque possibilité non seulement de reconnaissance mais même de constatation de l'union homosexuelle³. Selon la juridiction suprême, le concubinage était calqué sur le mariage, peut donc s'appliquer qu'exclusivement aux couples hétérosexuels. N'existant pas de concubinage notoire entre deux hommes, la cour a estimé que le survivant

- 1 Proposition no 422 sur le Contrat de partenariat civil déposée au Sénat le 25 juin 1990; proposition no 3066 sur le Contrat d'union civile déposée par des députés socialistes à l'Assemblée le 25 novembre 1992; proposition no 880 sur le Contrat d'union civile, déposée le 23 décembre 1993 par les députés du Mouvement des Citoyens; proposition no 3315 relative au Contrat d'union sociale déposée par des députés socialistes le 23 janvier 1997; proposition no 3367 relative aux droits des couples non mariés présenté par le groupe communiste le 20 février 1997; proposition no 88 du 23 juillet 1997 sur le Contrat d'union civile et sociale déposée à titre individuel par 23 députés du groupe RCV (Radicaux, Mouvement des Citoyens et Verts); proposition de loi no 94 sur le Contrat d'union sociale déposée par les socialistes le 23 juillet 1997; proposition de loi no 138 présentée par le groupe communiste au Sénat, 1^{er} décembre 1997; diverses propositions sur un Pacte civil de solidarité (1118, 1119, 1120, 1121 et 1122) déposée par les députés de la gauche plurielle. Rapport du professeur JEAN 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 de Mme IRÈNE THÉRY au Ministère de la Justice et au Ministère de l'Emploi et de la Solidarité: "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 moi plus tard, (voir notamment le chapitre consacré au concubinage).
- 2 Le 17 octobre 1998, lors d'une manifestation en faveur du PaCS, l'ensemble d'associations de lutte contre le sida et de défense des droits des gays et des lesbiennes se sont regroupés dans un inter-associatif, *Observatoire du PaCS* qui a comme but contrôler l'application de la loi et dénoncer les insuffisances.
- 3 Le Tribunal d'instance de Paris 4^{ème}, 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 laquelle 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".

du compagnon mort du sida ne pouvait pas jouir de la subrogation du bail. Dans deux décisions précédentes, rendues le 11 juillet 1989, la chambre sociale de la même Cour 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 pouvait 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 persista à nier la qualité de concubins aux partenaires. Et pourtant les faits sont là, il aurait suffi simplement de les constater. Même la polygamie en tant que pur fait peut être génératrice de droits⁵, alors que l'union de deux hommes liés par un projet de vie commune, une affection et une solidarité réciproques s'est vue totalement niée par l'ordre juridique et reléguée au silence social.

2. Les propositions de lois et les rapports

Face à cette dénégation réitérée de la jurisprudence⁶, la voie légale a semblé la plus apte à trouver une solution adéquate. En reprenant des propositions qui avait été déjà déposées dans le Parlement, le législateur a tissé un compromis politique qui peut se lire dans l'évolution des différents textes.

Le 25 juin 1990 une première proposition est déposée par le sénateur JEAN-LUC MÉLENCHON. Inspirée des idées proposées par des organisations homosexuelles proches du parti socialiste telles que "Gays pour les libertés", "Rencontre des Homosexuels en Ile de France" et "Homosexualités et Socialisme", cette première proposition appelée *Partenariat Civil* a passé inaperçue et son débat fut vite écarté.

2.1. Le Contrat d'Union Civil

Deux ans plus tard, plusieurs députés parmi lesquels JEAN-YVES AUTEXIER et JEAN-PIERRE MICHEL ont présenté une nouvelle proposition de loi dénommée *Contrat d'Union Civil* (CUC). Elle établissait que deux personnes, avec ou sans lien de parenté, pouvaient s'unir civilement; les seules interdictions concernaient les ascendants et les descendants, ainsi que les personnes déjà engagées dans le mariage. L'union devait être déclarée en mairie et être inscrite sur des registres spécifiques tenus par les officiers d'état civil. La rupture s'effectuait de façon unilatérale sans intervention judiciaire sauf pour les contestations consécutives. Le régime de biens de l'union était celui de la communauté réduite aux acquêts et le régime successoral applicable entre époux pouvait se transférer au profit du partenaire survivant. L'autorité parentale s'exerçait de manière conjointe par le père et la mère si tous les deux avaient reconnu l'enfant et vivaient en union civile.

En se gardant d'employer une quelconque formulation identitaire, la proposition 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 n'ait jamais été discutée dans son ensemble, deux dispositions furent votées: l'une concernant l'affiliation à la sécurité sociale du cocontractant et l'autre sur le transfert du bail de location. Seule la première disposition sera définitivement adoptée le 27 janvier 1993, celle concernant la subrogation du bail fut annulée par le Conseil Constitutionnel pour des raisons de procédure⁷.

2.2. Le Contrat de Vie Sociale

Après cette première étape et face à la démobilitation autour de cette revendication l'association Aides⁸ devint le moteur d'un débat renouvelé en proposant un texte original centré sur la consécration du couple: le *Contrat de Vie Sociale* (CVS). De la fusion du CUC et du CVS naîtra en 1995 une nouvelle proposition: le *Contrat d'union sociale* (CUS). Essayant de mettre fin à un certain nombre de discriminations liées à l'épidémie du sida, recensées quotidiennement par l'association, le CUS reprenait des dispositions du CUC et du CVS. Suivant ce dernier, le CUS ne pouvait être souscrit entre collatéraux directs. De même

4 "Le concubinage, en droit, ne se constitue pas, il se constate", *Traité de droit civil, La famille*, DANIELE HUET-WEILLER et JEAN HAUSER, Paris, LGDJ, 1989, 173.

5 Comme le signale 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 maladies 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.

6 Il faut néanmoins signaler que le tribunal de grande instance (TGI) 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 Tribunal de Grande Instance de Belfort dans un jugement du 25 juillet 1995 et le Tribunal d'instance de Paris 4^{ème}, 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).

7 DC 92-317 du 21 janvier 1993, Journal Officiel du 23 janvier 1993, 1240.

8 Association de lutte contre le sida fondé par DANIEL DEFERT en 1985 après la mort de son compagnon MICHEL FOUCAULT.

que pour le CUC, le CUS faisait l'objet d'une déclaration conjointe devant un officier d'état civil; en revanche, la rupture devait s'effectuer sur déclaration conjointe et c'était seulement en cas de désaccord des partenaires que le juge intervenait non pas pour se prononcer sur la séparation mais pour régler les conséquences juridiques de celle-ci.

2.3. Le Contrat d'union civile et sociale

Malgré la mobilisation des associations, il a fallu attendre deux années pour que le CUS soit repris par les députés socialistes et présenté enfin à l'Assemblée Nationale le 23 janvier 1997⁹. Quelques mois plus tard, en juillet de la même année, une nouvelle proposition, le *Contrat d'union civile et sociale* (CUCS) fut déposée devant l'Assemblée par le député JEAN-PIERRE MICHEL et le groupe Radical, Mouvement des Citoyens et Verts (RCV). Au-delà des questions techniques, la principale différence entre la proposition socialiste (CUS) et le CUCS concernait leur champ d'application: excluant les parents proches, la première reconnaissait le couple dans sa dimension traditionnelle alors que la seconde s'appliquait à toutes les paires des personnes y compris les collatéraux.

Nous n'insisterons pas outre mesure dans l'analyse de ces propositions car elles ont aujourd'hui un intérêt purement historique en tant que précédents du *Pacte Civil de Solidarité*. Mais à côté des projets législatifs, deux rapports consultatifs furent commandés par le gouvernement. Proposant diverses solutions aux problèmes rencontrés par les personnes vivant en union libre, le *Pacte d'Intérêt Commun* (PIC) et le rapport de Mme THÉRY sur le concubinage renforcé et élargi aux couples de même sexe, ont également joué un rôle important dans le débat politique malgré le fait que le gouvernement n'a nullement suivi leurs recommandations. Nous allons néanmoins présenter succinctement leurs principales caractéristiques.

2.4. 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 JEAN HAUSER, répond à une demande de l'ancien garde des Sceaux, JACQUES TOUBON. En conformité avec l'esprit conservateur qui animait la demande, le PIC évacuait totalement la dimension affective en plaçant les solutions sur une dimension purement patrimoniale. En effet, l'auteur proposait de le situer dans le code civil entre le titre consacré à la société et celui de l'indivision. Le PIC s'adressait aux couples et aux non-couples et avait pour vocation de régler les aspects économiques de la vie de deux personnes en octroyant de surplus quelques droits sociaux et fiscaux. Si le PIC aurait pu trouver 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 était apparu tout de suite comme inadmissible. L'auteur du projet prétendait réduire 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 pensaient avec J. HAUSER que le droit devait se limiter à régler quelques inconvénients juridiques purement matériels. Ainsi, on a pu lire dans les chroniques juridiques 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. Définir les couples de même sexe par les seuls aspects patrimoniaux de l'union revenait à refuser leur dimension affective. Derrière un discours technico-juridique et en essayant d'éliminer la "charge idéologique liée à la question"¹², le PIC fut une tentative d'institutionnalisation du refus des unions entre personnes de même sexe en leur donnant le statut d'une société civile légèrement améliorée. En critiquant "l'idéologie des droits de l'Homme"¹³ et "nos éga-litaristes législateurs", JEAN HAUSER a qualifié la revendication gay comme une "offensive des couples homothétiques"¹⁴ produit d'un fait de mode qui pouvait se constater par un Droit plus proche du spectacle¹⁵ que de l'ordre des valeurs qu'il se devait de défendre¹⁶.

9 Cette proposition n'a jamais été discutée car elle devient caduque avec la dissolution de l'Assemblée en mars 1997. Elle a été redeposée au mois de septembre de la même année.

10 JEAN HAUSER, "Les communautés taisesbles", *Recueil Dalloz*, 30^e cahier chroniques, 1997, 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, 8.

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 J. HAUSER, "Couple et différence de sexes" in *La notion juridique de couple*, Economica, Paris 1998, 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

2.5. Le rapport d'IRÈNE THÉRY

2.5.1. Ouverture de l'union libre au lieu d'un statut propre

Le deuxième rapport soumis au gouvernement, "*Couple, Filiation et parenté aujourd'hui*" a été rédigé par IRÈNE THÉRY. Il consistait en une analyse plus ambitieuse car il était question de dépasser les aspects purement patrimoniaux pour se plonger dans le droit des personnes sans pour autant aller jusqu'à un quelconque droit de la famille ouvert aux couples homosexuels. Auparavant, dans une note de la Fondation Saint-Simon, l'experte du gouvernement 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, l'auteur 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 disparaîtra dans le rapport présenté au gouvernement. Mme THÉRY proposait dans celui-ci l'ouverture du concubinage aux homosexuel/les en renforçant en même temps certains effets fiscaux et de droit social. En effet, le rapport consacrait un chapitre spécifique au concubinage et un titre spécial au concubinage homosexuel. Dans une perspective universaliste, le rapporteur a traité du concubinage indépendamment de toute parentalité et indépendamment de l'orientation sexuelle des partenaires. D'après Mme THÉRY, le concubinage devait garder son statut de "fait juridique", raison pour laquelle elle a opté pour la voie de la constatation de la 'possession d'état' et refusa les solutions d'un contrat spécifique (CUC, CUS, CUCS, PIC...). L'experte avait signalé par ailleurs que "toute formalisation du concubinage aurait pour effet de renvoyer dans le non-droit les situations non formalisées". Concernant les concubins hétérosexuels, le rapport posait la question de savoir si la jurisprudence allait continuer de les considérer comme tels, dans la mesure où la future loi allait établir une forme spécifique de constat du lien qui pourrait devenir exclusive.

2.5.2. Modifications du droit proposées par le rapport

Le rapport proposait d'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". Cette modification du code civil tendait à étendre les droits issus du concubinage à l'ensemble des concubins, hétéro- ou homosexuels, comme par exemple le transfert du bail, l'octroi des prestations en nature de l'assurance maladie-maternité, la déduction des frais réels de transport, le bénéfice du capital décès, les bénéfices tirés des conventions collectives, l'indemnisation du préjudice en cas de rupture abusive ou décès accidentel du concubin. Le rapport proposait égale-

ment 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.

2.5.3. Critique

Même si ces propositions répondaient aux besoins les plus urgents rencontrés par les associations de lutte contre le sida, il ne s'agissait au fond 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 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. La seule et unique institution juridique qui consacre l'union demeure le mariage civil. Le projet d'ouverture du concubinage aux couples homosexuels aurait pu trouver aussi sa place dans la perspective d'un élargissement du contrat de mariage mais, sachant d'avance que Mme THÉRY a refusé catégoriquement le droit au mariage pour les couples de même sexe, la démarche a perdu 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 était d'autant plus difficile d'accepter l'argument de Mme THÉRY qu'elle s'inspire de PIERRE LEGENDRE qui, à son tour avait signalé: "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 posi-

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..." (op. cit. 110).

17 Une différence fondamentale entre le concubinage et le mariage c'est que pour ce dernier en principe l'intégralité des effets juridiques existe dès sa conclusion, en revanche le concubinage doit durer suffisamment de temps pour en tirer des conséquences juridiques.

18 I. THÉRY, "Le CUS en question", *Notes de la fondation Saint Simon*, 1997, 26 et *Revue Esprit*, octobre 1997.

tion 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

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 exclu formellement toute possibilité d'adoption par les couples de même sexe.

3. Le Pacte civil de solidarité

3.1. De la proposition à la loi

Le 29 mai 1998 CATHERINE TASCA, présidente de la commission des lois du parlement, annonça une nouvelle proposition: le *Pacte Civil de Solidarité*. Inspiré des propositions précédentes, le PaCS fut présenté 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 ascendants, descendants et collatéraux et en excluant les couples mariés ou ceux unis déjà par un PaCS antérieur, la proposition s'adresse aux couples et non plus aux simples "duos" comme ses précédentes. Et malgré une tentative de réintroduire la question des fratries lors du premier échec parlementaires, le PaCS consacre définitivement la notion de couple homosexuel²¹.

Le 9 octobre 1998, lors du premier débat parlementaire aucun *Radical de gauche* sur 19 n'était au Parlement; 2 députés du *Mouvement des citoyens* sur 8 (25%); 3 verts sur 6 (50%); 6 communistes sur 36 (17%) et seulement 39 socialistes sur 251 (15%), étaient présents à l'Assemblée pour défendre la proposition de loi. Les mains levées d'une soixantaine de députés de droite ont suffi pour faire voter une exception d'irrecevabilité, mettant ainsi hors débat le PaCS. Le 17 octobre 1998 les associations gays et lesbiennes sont sorties dans les rues de Paris pour défendre la proposition de loi. Or, ces mêmes homosexuels se trouveront tantôt éclipsés par le supposé universalisme (aussi hétérosexuel du PaCS) tantôt renvoyés à une position "d'intégristes de l'égalité" et d'irresponsables. Tout se passait comme si des lors que les associations ne s'aligneraient pas derrière le mot d'ordre de la classe politique, elles devenaient des ennemis potentiels. Après tout, comme le rappelait avec véhémence un député protagoniste du PaCS, "n'en déplaise à certains, les lois sont votées par les députés, pas par les militants associatifs". Ainsi le dogme de la délégation (une fois que le citoyen a voté il délègue tout pouvoir à ses représentants et accepte passivement leurs politiques) et celui de la professionnalisation (seul les élus font la politique car ils demeurent les professionnels en la matière) furent les critères d'organisations des rapports entre la société civile et la classe politique.

Aucune autre question a pu faire consensus entre les autorités religieuses et les partis du conservatisme extrême. Seule la profonde hostilité envers les unions homosexuelles a pu réunir pour la première fois dans une manifestation

publique des représentants des communautés juives et musulmanes à côté des militants du Front national²². Des dizaines des milliers des lettres furent envoyées à Matingnon par *Avenir de la Culture* (secte proche de l'intégrisme catholique). Presque 20 000 maires, toutes tendances confondues, n'ont pas hésité à se mobiliser contre le PaCS et pour le mariage républicain ("naturellement" hétérosexuel). Un véritable lobbying anti-homosexuel émerge brutalement aux yeux de tous. Face à cette violence, le gouvernement opte pour la voie des concessions: deshomosexualiser le couple et dematrimonialiser le PaCS deviennent donc les moyens d'apaiser les revendications homophobes²³.

Le PaCS restera un cas d'école du droit constitutionnel. Plus de 120 heures de débat parlementaire tout au long d'une année, deux exceptions d'irrecevabilité et plus d'un millier d'amendements jalonnent la discussion de la loi. Les navettes entre l'Assemblée et le Sénat furent épuisées, les orateurs ont battu les records en temps de parole (Ch. BOUTIN a passé cinq heures et demi de suite à attaquer le texte), et les objections d'inconstitutionnalité de la proposition furent nombreuses à l'heure de la saisine du Conseil Constitutionnel. Jamais la République aurait connu une telle résistance institutionnelle au vote d'une loi.

3.2. Le contenu de la loi

Entre le concubinage et le mariage le PaCS, crée une troisième forme de conjugalité. Pour les couples hétérosexuels bénéficiant déjà des deux formes mentionnées, le PaCS pourrait être considéré comme une alternative allégée au mariage ou une version renforcée du concubinage. Pour

19 "L'essuie-misères", entretien avec PIERRE LEGENDRE, *Le Monde de l'Éducation*, décembre 1997, 37.

20 Page 121 du rapport I. THÉRY dans sa version originelle.

21 Dans le contrôle de constitutionnalité de la proposition de loi, le Conseil constitutionnel a établi: "Considérant qu'il résulte de ces dispositions, éclairées par les débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées, que la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes; que la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage...", Décision no 99-419 DC du 9 novembre 1999, JORF, 16 novembre 1999.

22 A la tête de CHRISTINE BOUTIN, 100 000 personnes ont manifesté dans les rues de Paris le 31 janvier 1999 contre le PaCS.

23 Pour une analyse approfondie des aspects politiques du PaCS, voir: DANIEL BORRILLO, E. FASSIN et M. IACUB, *Au-delà du PaCS, l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, Paris, 1999.

les unions homosexuelles, il représente un premier pas vers l'égalité des conjugalités.

La loi no 99-994 du 15 novembre 1999 introduit un nouveau titre dans le code civil relatif au "pacte civil de solidarité et du concubinage". La loi modifie également un ensemble de dispositions du droit fiscal, du droit du travail, du droit social et de la fonction publique notamment. Le PaCS est un contrat conclu entre deux personnes majeurs. A la différence du mariage, les mineurs émancipés ne peuvent pas contracter un PaCS. Les ascendants, descendants et les collatéraux jusqu'au troisième degré ne peuvent pas non plus se pacser (les cousins, étant collatéraux au quatrième degré sont autorisés à le faire). Le PaCS doit être inscrit au Tribunal d'instance du domicile commun. Les ressortissants de l'union européenne bénéficient de la loi si au moins l'un d'entre eux est domicilié en France. Les étrangers non-communautaires peuvent se pacser sous condition d'être en situation régulière sur le territoire français.

Les partenaires unis par un PaCS sont obligés l'un envers l'autre à une aide matérielle et morale qui doit être fixée dans la convention. Ils sont également solidairement responsables des dettes contractées pour le besoin de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun. Ainsi par exemple le propriétaire de l'appartement ou le créancier des meubles peut demander la totalité de la somme du loyer ou du crédit à l'un des partenaires même si celui-ci n'est pas signataire de l'obligation principale.

En cas de décès du titulaire unique du bail de location de la résidence commune, ou s'il abandonne celle-ci, le contrat de location est transféré à son partenaire.

Sauf accord contraire entre les partenaires, les biens meubles meublants (mobilier domestique, livres, disques, etc.) acquis postérieurement à la signature du PaCS sont présumés indivis par moitié. Pour les autres biens aucun accord préalable est autorisé, ils sont présumés indivis sauf si dans l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement. Ainsi par exemple, un bien immobilier ou un bien meuble (un appartement ou titres de bourse...) acheté par l'un des partenaires à titre personnel postérieurement à la célébration du PaCS tombera dans l'indivision par moitié même si la convention établissait le contraire. Cette situation, particulièrement dangereuse promet un lourd contentieux.

Les partenaires font l'objet d'une déclaration fiscale commune des revenus obtenus au cours de l'année de la troisième anniversaire de la signature du PaCS.

Concernant le régime des successions le PaCS ne modifie en rien les règles générales de cette matière. Les partenaires peuvent néanmoins tester avec absence d'imposition fiscale jusqu'à la somme de 375 000 FF. Concernant les donations, elles sont toujours possibles dans les mêmes conditions d'abattement mais les partenaires doivent attendre deux ans pour pouvoir en bénéficier.

Les partenaires jouissent également des droits sociaux tels que l'assurance maladie-maternité, ils peuvent aussi demander à prendre leurs congés ensemble et bénéficier d'un congé exceptionnel en cas de décès d'un des partenaires. S'ils ou elles sont des fonctionnaires, le rapproche-

ment géographique en cas d'éloignement est également possible.

3.3. Ce que le PaCS ne résout pas...

Si l'on compare le PaCS avec le mariage, forme de conjugalité réservée aux couples hétérosexuels, le premier place les unions de même sexe dans une situation d'inégalité notamment par rapport aux situations suivantes:

- a. Le PaCS exclut les homosexuels des droits de la filiation aussi bien adoptive que ceux accessibles par le biais des techniques médicales.
- b. Le PaCS n'est pas reconnu par la communauté internationale, ceci implique que les couples pacsés en France ne peuvent pas faire valoir leurs droits ailleurs.
- c. Il ne résout pas la question du regroupement familial et ne permet pas non plus de demander la nationalité française pour le partenaire étranger. La délivrance d'une carte de séjour est soumise à un délai de vie commune alors que pour les couples mariés, un titre de séjour provisoire est octroyé immédiatement.
- d. Ne changeant pas l'état civil des personnes, les pacsés sont toujours considérés comme célibataires, ce qui les empêche de faire valoir la protection de la "vie familiale" consacrée par la Convention européenne de droits de l'homme.
- e. Le PaCS n'accorde pas de droits extrapatrimoniaux, tels que la possibilité d'adopter le nom de son partenaire ou de se faire représenter par celui-ci judiciairement ou extra-judiciairement.
- f. L'abattement fiscal pour les conjoints est de 500 000 francs alors que pour les pacsés il est de 370 000.
- g. Le PaCS ne donne pas droit à la pension de réversion, à la pension veuvage ou l'indemnisation pour accident de travail, bénéfiques permettant de compenser pour l'une des parties une situation de déséquilibre imprévu. De plus, les partenaires pacsés perdent le bénéfice de ces allocations liées à un mariage précédent.
- h. La signature d'un PaCS fait également perdre le droit à une allocation de parent isolé. Pour les bénéficiaires de celle-ci, se pacser équivaut à se "dénoncer" soi-même comme étant non-isolé.
- i. Alors que l'article 448 du code de procédure pénale prévoit une dispense de prêter serment lorsqu'on est entendu en tant que témoin dans le cadre d'une procédure judiciaire impliquant son conjoint; cette dispense est impossible pour les partenaires pacsés.
- j. Enfin, alors que pour les conjoints, les donations peuvent s'effectuer immédiatement après la célébration du mariage, le PaCS conditionne ce droit à deux ans de vie commune.

3.4. L'impossible égalité des couples

Une fois toutes ces critiques émises, la question qui subsiste et dont nous ne pouvons pas faire l'économie, est de savoir s'il existe ou non des obstacles juridiques au mariage civil des personnes du même sexe. Car, si l'amour, l'affec-

tion et le désir d'enfant sont les mêmes, pourquoi donc instaurer un traitement juridique différent pour ces premiers? Le PaCS est un projet timide. 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 pour les gays et les lesbiennes²⁴.

Le PaCS, loin de mettre fin aux discriminations, il borne les couples de même sexe dans un statut moindre par rapport aux possibilités offertes aux couples hétérosexuels. De ce fait, en créant un statut intermédiaire entre le concubinage et le mariage, le PaCS rend institutionnel l'exclusion des couples homosexuels en leur refusant le contrat matrimonial.

Le mariage n'a cessé de refléter les changements sociaux. L'abolition des lois ségrégationnistes et la fin des empires coloniaux ont fait disparaître les interdits qui, en matière raciale, empêchaient la pleine participation des individus à l'institution matrimoniale. L'avènement de la laïcité ainsi que la plus grande tolérance à l'égard des confessions autres que le catholicisme, ont permis aux minorités religieuses de participer au mariage civil dans les mêmes conditions et de bénéficier des droits identiques. De même, l'égalité politique des femmes a rendu possible la codirection du ménage et le partage de l'autorité sur les enfants. C'est pourquoi, de nos jours, ni la race, ni la nationalité, ni la religion ni même le genre ne constituent des critères permettant de contrôler l'accès à l'institution matrimoniale. L'appartenance à la même race, la communion spirituelle ou la subordination des femmes ne sont plus des conditions pour l'exercice du droit au mariage. En revanche, les personnes de même sexe qu'elles soient hommes ou femmes, juifs, athées ou catholiques, blancs ou noirs, ne sont pas reconnus en tant que couple jouissant des mêmes droits que ceux formés par des personnes de sexe différent. Comme jadis, le mariage perpétue une inégalité. Celle-ci n'est plus désormais liée aux motifs précédemment rappelés. Elle se rapporte exclusivement à un type de sexualité: l'homosexualité. La capacité du mariage à classer les personnes et à hiérarchiser les pratiques sexuelles demeure. L'ensemble des dispositifs européens qui gouvernent la vie du couple de même sexe en témoigne. Il ne met pas fin à l'inégalité. Bien au contraire, il la conforte en assignant aux couples homosexuels une position inférieure²⁵.

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 mariage²⁶. Quoi que l'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 internationales²⁷ ou encore que seuls les conjoints bénéficient de la pleine reconnaissance communautaire aux effets de la libre circulation dans l'espace de l'Union Européenne²⁸.

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 être 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 pertinemment que le PaCS vient de consacrer une forme spécifique de sous-citoyenneté pour les couples de même sexe.

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 introductif d'un ouvrage juridique²⁹, 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 dans le monde 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 orien-

-
- 24 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: Mme CLAUDIA ROTH.
- 25 Pour une analyse critique de la reconnaissance des couples de même sexe voir l'article de E. PISIER, "Du PACS et de l'ambiguïté d'une tolérance" in *La Revue de Deux Mondes*, nov.-déc. 1999, 153.
- 26 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 no 6, 687-696. Voir également l'excellent article d'É. FASSIN sur le mariage homosexuel dans le *Monde Diplomatique* de juin 1998.
- 27 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 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*.
- 28 La libre circulation des personnes dans l'Union Européenne est envisagé 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).
- 29 Sous la direction de CLOTILDE BRUNETTI-PONS, *La notion juridique de couple*, Economica, Paris, 1998, 1.

tation sexuelle des millions de personnes soient considérées comme des "incapables affectifs".

En France, le PaCS constitue une première étape vers l'égalité. Celle-ci sera parfaite lorsque la différence de sexes cessera d'être une condition sine qua non du mariage.

Verschiedene Anläufe und unterschiedliche gesetzliche Vorschläge waren nötig, bis nach langen, heftigen Debatten und einer öffentlichen Diskussion, welche teils schockierende, menschenunwürdige Formen annahm, der Pacte Civil de la Solidarité (PaCS) gegen den entschiedenen Widerstand der bürgerlichen Parteien und ohne grossen Enthusiasmus der Linken am 15. November 1999 vom Parlament angenommen wurde. Damit wurde neben der Ehe und dem Konkubinat ein drittes familienrechtliches Institut in das französische Recht eingeführt.

Der PaCS steht im Gegensatz zu skandinavischen Gesetzen für gleichgeschlechtliche Partnerschaften auch heterosexuellen Paaren sowie Geschwistern und Verwandten offen. Das neue Institut gewährt den Partnern gewisse Rechte im Bereich des Steuerrechtes, des Arbeits- und Sozialrechtes, des gemeinsamen Haushalts und gegenüber dem Staat. Hingegen entstehen durch den PaCS keinerlei verwandtschaftliche oder familiäre Bindungen, die künstliche Befruchtung sowie das Adoptionsrecht ist den Vertragspartnern verwehrt. Das Erbrecht wird durch den PaCS grundsätzlich nicht geändert, auch wenn die Partner einander in bescheidenem Umfang steuerfrei eine gewisse Summe zuwenden können. Von einer rechtlichen Gleichbehandlung sind homosexuelle Paare in Frankreich noch weit entfernt.

(François E. Baur)