

LE PARTENARIAT ENREGISTRE : PROJETS EN COURS

PAR **JEAN HAUSER**

PROFESSEUR A L'UNIVERSITE MONTESQUIEU BORDEAUX IV, FRANCE

Il n'est jamais facile dans un système juridique de toucher aux questions chargées d'histoire et de signification religieuse. Dans presque toutes les civilisations, mais avec des réponses très différentes, la notion de couple reste un sujet à traitement particulier¹.

La raison est probablement triple.

La première est sans doute politique, ceci avant même que le couple et la procréation aient un lien visible ce qui suppose un certain degré d'observation. Le couple demeure la cellule de base économique et sociale, même s'il se fond souvent dans des cellules intermédiaires plus complètes, hordes, tribus ou familles élargies. La seconde est scientifique puisque le couple demeure le lieu de la procréation donc du renouvellement de la société. La troisième est sociale puisque le couple reste majoritairement, malgré des tentatives publiques, le lieu de socialisation des enfants.

La réponse à ce défi du couple² est longtemps passée par la consécration religieuse puis juridique d'un engagement formalisé au statut largement impératif et à la dissolution interdite ou fortement réglementée. Le mariage est un lieu de rencontre de l'individu et de la société à travers un acte juridique forcément original.

Le développement des droits individuels, une certaine culture de l'hédonisme, une société qui trouve ses intermédiaires ailleurs que dans le couple, une éducation des enfants de plus en plus socialisée, une longévité exceptionnelle conduisent à revoir plus ou moins l'analyse précédente. Pour un juriste la question peut se résumer très simplement : l'union des êtres doit-elle devenir dans sa définition une affaire purement privée, la loi s'en tenant à une certaine neutralité voire à une certaine indifférence.

Les réponses des différentes législations sont très variées. Aucune n'a encore envisagé de supprimer le mariage ce qui, après tout, n'est pas absolument inimaginable. Beaucoup sont en cours d'évolution ce qui rend le présent exposé très provisoire.

Le regroupement des opinions et des législations nous a paru possible autour de trois groupes.

Le refus absolu et net est devenu rare mais, si l'on s'en tient à l'absence de législation spécifique, on trouve quelques pays tout en faisant réserve sur l'existence d'éventuelles solutions jurisprudentielles.

¹ The *International Survey of Family Law* qui est un excellent baromètre des préoccupations des législateurs des différents pays montre depuis plusieurs années un souci prédominant de ceux-ci envers le couple, sa définition et sa composition ; v. en dernier lieu l'édition 1997 sous la dir. d'A. Bainham, éd. Martinus Nijhoff, avril 1999.

² Sur la notion v. La notion juridique de couple, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, *Economica*, 1998 et notre article Couple et différence de sexe p.96 s.; du même auteur, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, RTDciv. 1999.27.-Adde pour la France, 95^{ème} Congrès des Notaires de France, Demain la famille, mai 1999 spéc. p. 200 s.

Le groupe le plus nourri reste celui des pays ayant adopté une législation particulière, partenariat enregistré ou équivalent, mais le contenu de cette législation est extrêmement varié et dépend souvent des débats de principe qui ont précédé le texte.

Enfin on pourrait voir se développer un groupe de législations qui persisteraient à traiter la question de la vie en commun comme un simple fait ne devant pas donner lieu à un engagement quelconque¹.

I. L'absence d'admission du partenariat

Un groupe important d'Etats n'envisage pas de légiférer ou se trouve simplement à un stade de réflexion qui n'implique pas d'engagement proche sur une intervention législative.

Pour autant il arrive qu'on retrouve ces Etats dans le troisième groupe qui accorde aux partenaires de fait certains droits. C'est pour l'instant la situation de l'Allemagne malgré un accord entre groupes politiques de la nouvelle majorité pour un projet de loi lequel pourrait être poussé par certaines initiatives symboliques des Länder par exemple du Land de Hambourg. C'est encore la situation de la Grèce, de la Hongrie, du Luxembourg, du Portugal, de la Suisse, de la Turquie. L'Italie qui a connu nombre de projets ne paraît pas en avoir adopté aucun définitivement.

Dans ces différents Etats, comme en France jusqu'à une époque récente, les arguments en faveur de l'abstention sont de deux sortes.

1°) Il y a d'abord des raisons fondées sur l'intérêt de la société à consacrer un couple. Le mariage étant choisi comme référence on souligne en général la réciprocité des droits et des obligations qui serait *a priori* exclue entre simples partenaires qui sont surtout demandeurs de droits envers l'Etat, ainsi que l'intérêt de la stabilité du lien c'est-à-dire finalement des procédures de dissolution. Les partenaires éventuels d'un partenariat enregistré n'auraient aucunement l'intention de s'engager sur des obligations ou une quelconque durée ce qui justifierait le renvoi à des solutions partielles et limitées sans qu'on crée un vrai statut qui ne pourrait que s'inscrire dans une durée qui n'est pas assumée.

2°) On y ajoute en général des raisons techniques tenant à l'impossibilité de définir le couple ciblé par la technique du partenariat. Alors que le couple marié pourrait faire l'objet d'une standardisation minimum, il n'en serait pas de même du couple non marié ce qui exclurait des règles précises. De plus, et c'est un réel problème que montre bien l'expérience française en cours, l'exclusion d'un quelconque discriminant sexuel conduit à mettre en parallèle des couples de natures très diverses dont les concurrences sont inévitables. Le critère de la vie en commun peut recouvrir de multiples situations dont certaines ne doivent rien aux relations sexuelles et les avatars successifs du projet de loi français montrent bien qu'à côté des couples à l'imitation du mariage se retrouvent des couples qui y sont tout à fait étrangers et n'en rencontrent pas moins des problèmes analogues qui mériteraient des réponses équivalentes.

¹ Sur ces aspects de droit comparé demeurent essentiels les deux ouvrages sous la dir. de J. Rubellin-Devichi, *Les concubinages en Europe et les concubinages dans le monde*, CNRS 1989 et 1990. – v. en dernier lieu Documents de travail du Sénat français, *Série Législation comparée, Le pacte civil de solidarité*, Décembre 1998. – See also *The International Survey of Family Law* préc. et les nombreux articles consacrés au sujet dans différents pays. – Sur le choix entre les différentes méthodes législatives, J. Hauser, *Le symbolique, le quotidien et la vie à deux*, in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, Revue "Témoign" sept.-oct. 1998, Ed. Balland.

C'est la discussion actuelle sur les "fratries" qui en France complique notamment la prise en compte des concubinages en général.

En réalité la plupart des législations ont renoncé à donner une cohérence positive aux textes votés en s'en tenant à la détermination négative de tous ceux qui ne peuvent ou ne veulent se marier.

Mais alors est-ce bien le symbole attendu par ceux qui voulaient une reconnaissance publique ? Le rangement dans une catégorie intellectuellement résiduelle est-il satisfaisant ? Il nous paraît qu'une réflexion approfondie sur la valeur en elle-même de la vie en commun, dans une société où le fléau de l'isolement du fait de l'effondrement des structures traditionnelles est un vrai problème, aurait permis d'aller plus loin et plus positivement en laissant mieux à l'écart le mariage qui est ailleurs.

Il n'est pas certain qu'après plusieurs années d'application, les différents statuts retenus ne devront pas conduire à ce type de réflexion dont on n'aura fait l'économie que provisoirement¹.

Il n'est pas non plus exclu que ce groupe de législations, s'il devait persister dans son abstention, ne dégagerait pas à travers les solutions de sa jurisprudence sur le simple fait de la vie en commun, une véritable philosophie que l'absence de textes laisserait se développer alors que les autres groupes, encombrés dans des textes hâtifs souvent imprécis et plus symboliques que juridiques, prendraient à leur tour du retard dans l'apparition d'un nouveau type de couple.

II. Le partenariat – engagement

La construction globale de ce groupe doit beaucoup à une copie du mariage, cette copie étant plus ou moins éloignée ou plus ou moins détaillée. Les conditions sont très différentes selon les Etats de même que les effets.

1°) Les conditions

Les conditions posées à ce statut nouveau dépendent bien souvent de la situation de la législation avant le vote de la loi nouvelle.

- a) Pour le groupe des législations qui assimilait déjà très largement, voire complètement, les concubins hétérosexuels aux personnes mariées, le partenariat enregistré a principalement eu pour but de répondre aux demandes des couples homosexuels qui s'en trouvaient exclus. C'est le cas en général des pays scandinaves. Le Sénat français qui veut à tout prix éviter une concurrence du mariage a ainsi habilement pratiqué la politique de la fuite en avant (17 mars 1999) en proposant une assimilation patrimoniale complète des concubins hétérosexuels ou homosexuels aux personnes mariées ce qui éviterait de créer un pacte voisin du mariage².

¹ Jean HAUSER, Les communautés taisesibles, D.1997 chr. 255.

² A la suite de l'ajout du Sénat français, en l'état du projet (mai 1999) adopté en seconde lecture en avril 1999 il serait inséré dans le Code civil un article 515-8 ainsi conçu : "Le concubinage est une union de fait, caractérisé par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple". Cet ajout qui devait, selon le Sénat, conduire, à exclure le projet de pacte civil de solidarité devrait, au contraire, se combiner avec lui selon l'Assemblée Nationale. – V. particulièrement l'opinion de M. Carbonnier sur ce projet, in Droit de la Famille, Post scriptum, p. 693 s., PUF éd. Mars 1999.

- b) D'autres pays ont adopté un partenariat qui s'adresse indifféremment à toutes les personnes vivant en commun quel que soit leur sexe. C'est la situation aux Pays-Bas et dans la généralité espagnole de Catalogne. Le projet belge de cohabitation légale qui a été voté mais qui dépend d'une condition pour sa mise en application ne distingue pas selon le sexe des parties. Il en serait ainsi dans le projet de PACS émanant du gouvernement français mais dont l'évolution est rapide lors des travaux parlementaires et qui offrirait une possibilité d'engagement enregistré aux partenaires quelque soit leur sexe.
- c) On remarquera que l'assimilation matrimoniale est très variable selon les pays, le critère demeurant l'ouverture du partenariat à des gens unis par des liens de parenté. Dans l'ensemble le refus est assez général mais de plus ou moins grande ampleur. De même, et le critère reste surprenant, l'ensemble des droits considérés refuse le partenariat pluriel recréant ainsi une monogamie à l'intérieur des concubinages, fussent-ils homosexuels. Il en est de même de l'impossibilité d'un partenariat pour une personne déjà engagée dans les liens d'un mariage. Le parti-pris des zéloteurs de ces projets de partenariat se combine donc étrangement avec des références très classiques sur les éléments des couples.
- d) On retrouve également une assez grande diversité quant aux conditions de conclusion de ce partenariat. Si l'on prévoit une véritable célébration dans les Etats qui ont construit un partenariat à l'usage exclusif des homosexuels, ce qui répond en général au très fort désir symbolique de cette population, dans les autres pays le procédé est variable mais, comme par exemple en Belgique, revient à un enregistrement communal ou au greffe d'un tribunal comme dans le projet français. Il y a lieu de remarquer que souvent le simple enregistrement ne satisfait pas les demandeurs qui obtiennent ensuite une cérémonie voire une célébration analogue à celle du mariage comme dans les projets en cours pour certains pays.

2°) Les effets

Il est souvent assez difficile de mesurer les effets exacts de ces partenariats, ces effets n'étant pas toujours prévus par le texte de loi lui-même mais par renvoi à d'autres textes, voire par simple référence à une situation analogue visée par d'autres textes ce qui suppose un examen approfondi de la législation considérée.

Si dans l'ensemble on trouve un socle minimum généralement accordé sous forme de droits sociaux ou de droits élémentaires comme le droit au logement, les divergences sont beaucoup plus nettes quand on touche aux droits fiscaux pour lesquels l'assimilation n'est pas toujours faite, ou encore pour les droits touchant à la nationalité.

Pour ce qui est des obligations, la diversité est également assez grande et, dans certains droits, on se demande, compte tenu de l'ampleur des obligations, ce qui peut encore séparer le concubinage du mariage au moins pour les couples hétérosexuels. On pourrait penser que la différence demeure dans les modes de rupture mais quand on sait que nombre de ces législations ont admis le divorce par simple déclaration, on ne voit vraiment plus la différence.

Pour trouver une profonde séparation il faut aller voir du côté de l'enfant et de la possibilité d'adoption ou du recours aux procréations médicalement assistées. Si l'interdiction de l'adoption par un couple de concubins hétérosexuels paraît bien un combat d'arrière-garde que la France mène encore sous la pression des lobbies de l'adoption, la question de l'adoption par un couple homosexuel est en train de diviser profondément. Pour l'instant le refus est général mais les Pays-Bas paraissent s'engager vers une permission dont d'autres pays sont encore éloignés sans doute pour longtemps. Il en est de même quant à l'organisation éventuelle de la famille recomposée entre les enfants d'un des partenaires et l'autre.

Il n'est pas interdit alors de remarquer, ce que font certains sociologues français, qu'il est vain de prendre le problème par la dimension d'un engagement. Il est impossible de normaliser cet engagement, impossible d'en déterminer les limites et le contenu et il serait plus sain de prendre le problème en sens inverse en tenant compte du simple fait sans exiger une quelconque déclaration de consentement.

III. Le partenariat – fait

Dans le débat français c'est la position de Mme I. THERY¹ pour laquelle le simple fait de la vie en commun devrait entraîner les conséquences du mariage. En réalité c'est en partie la situation de nombre de législations mais elle deviendrait alors systématique et légalement prévue.

1°) Dans les droits où le législateur n'est pas intervenu globalement, on aurait tort de croire que les couples non mariés sont sans droit. Très souvent et c'est le cas de l'Espagne ou de la France et de nombre d'autres pays, la jurisprudence a depuis longtemps répondu aux demandes essentielles en se basant sur de simples techniques de fait, notamment par exemple les techniques assez générales de la société créée de fait.

De plus si aucun texte général n'a été adopté, les solutions législatives particulières souvent ne manquent pas notamment en droit social ou en droit fiscal.

Ces solutions qui ne retiennent le partenariat que comme un fait se heurtent toutefois à quelques obstacles :

- d'abord un déficit symbolique puisque, notamment pour les couples homosexuels, le traitement en tant que fait est loin de ce qui est revendiqué;
- une grave incertitude de définitions, les tribunaux adoptant par exemple, comme en France, des solutions très désordonnées sur la question des droits des homosexuels en couple;
- enfin une relative incertitude puisqu'il s'agit de situations toujours décidées *a posteriori*, mais le reproche pourrait être retourné, au moins pour les hétérosexuels, à des couples qui précisément n'ont pas voulu s'inscrire dans la durée.

¹ I. Théry, Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la vie privée, Ed. La documentation française et O. Jacob, 1998.

2°) Serait-il possible de généraliser cette prise en compte de pur fait ?

On rencontre comme à l'habitude dans ce type de question l'insoluble problème de la preuve du fait. Si la preuve d'un engagement, quelle que soit son intensité, est concevable, la preuve d'un pur fait ne s'opère en général qu'*a posteriori* ou à l'occasion d'un contentieux ce qui ne répond donc pas au problème de l'octroi des droits. Dans les propositions de la sociologue française figurait le recours à une notion purement française qui est celle de la possession d'état¹ mais précisément la preuve de cette possession d'état ne fonctionne pas de façon très satisfaisante en droit français.

De plus, et l'on retrouve alors un débat de principe, si l'on accorde aux partenaires tous les droits sans aucun engagement ni contrepartie sur la seule base d'une vie commune, on ne voit plus guère ce qui justifierait le maintien du mariage.

En réalité on commence à voir un peu plus clair dans ce débat qu'il faudrait simplement reprendre par la fin c'est-à-dire par la *nature des droits que l'on veut octroyer*.

Si l'on est en présence de droits qu'on peut qualifier de fondamentaux (droit au logement, certains droits sociaux etc.) on peut estimer que la seule cohabitation de fait sous une condition minimale de stabilité et de durée pourrait les justifier.

Si l'on veut obtenir des droits plus complets, la société est alors en droit d'exiger certains engagements en contrepartie d'une reconnaissance symbolique et juridique. On y trouverait alors deux degrés :

- ou bien cet engagement demeure libre dans sa composition et son contenu et la loi lui accorde certains droits énumérés et prévus en général ou dans des textes particuliers,
- ou bien cet engagement se situe dans les normes que la loi impose dans un souci de stabilité et d'efficacité et il est accordé à l'engagement l'ensemble des droits que la loi lui attache.

C'est à ce prix que l'on maintiendra une certaine dialectique entre la société et le modèle familial. On peut aussi estimer que la question échappe désormais au droit pour entrer dans les coutumes et les usages (y retourner ?) et tout est alors simplifié : le droit de la famille est appelé à disparaître car il n'y a pas de raisons que l'on ne fasse pas de même pour les relations entre les parents et les enfants. Certains législateurs paraissent s'y préparer mais la tendance peut aussi être conjoncturelle et on ne juge pas en droit de la famille sur quelques lois et quelques années.

¹ Sur le recours à cette notion dans les projets français, v. not. G. Hénaff, La communauté de vie du couple en droit français, RTDciv. 1996.551.