
Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne

Daniel Borrillo*

Le régime européen des droits de l'homme, s'il protège dorénavant l'individu homosexuel contre certaines formes de discrimination, laisse les pays membres réglementer les unions homosexuelles. L'examen des régimes juridiques concernant la reconnaissance des couples homosexuels dans divers pays de l'Union européenne permet d'identifier trois modèles principaux. Le premier, inspiré par le droit des pays scandinaves, instaure un régime réservé aux homosexuels et distinct à la fois de l'union de fait et du mariage ; le second, en vigueur seulement aux Pays-Bas, reconnaît le mariage civil pour les couples homosexuels, et le troisième réserve le mariage aux couples hétérosexuels mais permet aux couples homosexuels de bénéficier des règles relatives au concubinage ou à une forme officielle de cohabitation reconnue par la loi à tous les couples.

L'auteur suggère que, loin encore de garantir l'égalité aux couples homosexuels, ces régimes, à l'exception de la loi néerlandaise, instituent plutôt une hiérarchie des relations de couple reconnues par la loi. Au sommet de cette hiérarchie se situe le mariage traditionnel, qui comporte la plus large gamme de droits et d'obligations patrimoniales et familiales. Les autres formes de cohabitation reconnues sous diverses formes par les lois nationales consacrent pour leur part le statut juridique et social inférieur des unions homosexuelles, en ce qu'elles ne comportent pas les mêmes droits et obligations et que les circonstances de leur adoption révèlent souvent une intention de préserver la supériorité du mariage. L'auteur avance que l'importance croissante des règles antidiscriminatoires en Europe rendra de plus en plus difficile le maintien de cette hiérarchie, et que la solution devra éventuellement être l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

While the European regime of human rights now protects individual gays and lesbians against certain forms of discrimination, it leaves the Member States to regulate same-sex unions. An examination of the legal regimes concerning recognition of same-sex couples in different countries of the European Union reveals three principal models. The first, inspired by the law of the Scandinavian countries, institutes a regime distinct from de facto unions and marriage. The second, implemented only in the Netherlands, recognizes civil marriage for same-sex couples. The third reserves marriage for heterosexual couples, but permits same-sex couples to benefit from concubinage or a legally recognized form of cohabitation available to all couples.

The author suggests that, far from guaranteeing equality to same-sex couples, these regimes, except for the law in the Netherlands, implement instead a hierarchy of legally recognized intimate relations. Traditional marriage sits at the top of this hierarchy, with the largest array of rights and familial and patrimonial obligations. The other diverse forms of cohabitation recognized by national laws entrench the inferior legal and social status of same-sex unions, in that such unions do not bear the same rights and obligations. Indeed, the contexts in which such regimes were adopted often reveal an intention to preserve the superiority of marriage. The author argues that the growing importance of anti-discrimination rules in Europe will make the maintenance of this hierarchy increasingly difficult, and that the solution will eventually be the extension of marriage to same-sex couples.

* Juriste, Université de Paris X ; chercheur associé au CNRS (CERSA).

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 46 R.D. McGill 875

To be cited as : (2001) 46 McGill L.J. 875

Introduction

- I. L'individu homosexuel et la *Convention européenne des droits de l'homme*
- II. Le couple de même sexe et les législations nationales
 - A. *Le modèle scandinave*
 - B. *Le cas néerlandais*
 - C. *La timide solution belge*
 - D. *Le Pacte civil de solidarité (PaCS) : une spécificité française ?*
 - E. *Les lois régionales espagnoles*
- III. L'ordre européen des conjugalités
- IV. La suprématie du mariage hétérosexuel
- V. Ordre conjugal et hiérarchie des sexualités
- VI. Liberté matrimoniale et égalité des sexualités
- VII. Les fissures juridiques de la pyramide conjugale

Conclusion

Introduction

La question de la reconnaissance des unions de même sexe en Europe est étroitement liée à celle, plus générale, concernant le traitement juridique de l'homosexualité¹. C'est dans ce contexte, et au sein de l'histoire politique des mentalités, que j'aborderai l'étude des nouveaux dispositifs légaux relatifs aux unions de même sexe. Loin de représenter un phénomène isolé, fruit uniquement de l'activisme politique d'une minorité, l'élargissement de la notion de couple aux unions homosexuelles est, avant tout, le résultat d'une progressive laïcisation du sacrement matrimonial au profit d'une conception libérale de type contractualiste². La lutte politique des homosexuels a certes joué un rôle central en la matière, au point qu'il serait aussi absurde qu'injuste de la minimiser ; cependant, cette lutte dépasse largement la revendication gay. En effet, celle-ci vient radicaliser l'évolution des représentations du couple, en bouleversant l'image classique cristallisée dans le droit par «l'évidence» de la différence des sexes présentée comme essentielle à l'union.

L'abandon des présupposés théologiques ainsi que la progressive dissociation entre alliance et filiation ont permis l'émergence d'un nouveau paradigme au sein duquel seule la volonté individuelle fonde la légitimité du lien³. Autrement dit, la dimension spirituelle ainsi que la finalité reproductive cessent d'être les conditions *sine qua non* du mariage, pour devenir de simples possibilités dépendantes du libre choix des partenaires.

Dans les pays où l'État ne jouit pas du monopole juridique en la matière, les Églises doivent partager la gestion maritale avec la puissance publique⁴. C'est donc à

¹ Voir D. Borrillo, «L'orientation sexuelle en Europe : esquisse d'une politique publique antidiscriminatoire» *Les Temps Modernes* n° 609 (juin-août 2000) 263. Pour une analyse comparée des régimes européens, voir le remarquable article de C. Forder, «European Models of Domestic Partnership Laws : The Field of Choice» (2000) 17 Can. J. Fam. L. 371. À la différence de mes autres articles concernant le droit au mariage pour les couples de même sexe, je ne fais pas référence ici aux publications américaines bien connues du public canadien. Je privilégie donc les sources européennes.

² Voir D. Borrillo, «Le mariage homosexuel : hommage de l'hérésie à l'orthodoxie» dans P. Fédida et D. Lecourt, dir., *La sexualité a-t-elle un avenir ?*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 39.

³ Pour une analyse de l'évolution de la famille et des règles qui la gouvernent, voir notamment J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 ; J. Commaille et C. Martin, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998 ; F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993.

⁴ En Europe, le mariage civil est, selon les pays, obligatoire ou optionnel. Le premier de ces régimes fut instauré par la Révolution française, alors que les pays de tradition protestante, ayant gardé des relations officielles avec leurs Églises, optèrent pour le choix entre le mariage civil ou le mariage religieux. Voir A. Dittgen, «Les mariages civils en Europe : histoires, contextes, chiffres» (1997) 36-37 *Droit et société* 309.

l'ombre de la morale laïque et au sein d'une progressive individualisation des liens familiaux et sociaux que l'homosexualité est non seulement tolérée en tant que comportement individuel, mais également acceptée comme mode de relation affective.

La sécularisation progressive du ménage (aussi bien dans ses origines et son évolution que dans sa dissolution), la dissociation entre union et procréation (résultat de la légitimation des moyens contraceptifs et abortifs), ainsi que la progressive acceptation des pratiques homosexuelles (sous condition qu'elles demeurent confinées à l'intérieur de la sphère privée), constituent les variables qui ponctueront les transformations des conjugalités en général⁵ et de celles relatives aux unions de même sexe en particulier.

Dans un premier temps, j'analyserai l'évolution de l'homosexualité en tant que manifestation individuelle, à partir de l'étude des sources juridiques européennes tant au niveau de la grande Europe (Conseil de l'Europe, à quarante et un membres) qu'à celui de l'Europe des quinze (Union européenne⁶). Allant au delà de la simple manifestation de la vie privée, cette première partie prendra également compte des prises de position des autorités européennes concernant la vie du couple homosexuel et des familles homoparentales. Dans un deuxième temps, mon étude portera sur les législations nationales de l'Union européenne ayant reconnu une forme spécifique de partenariat réservé — ou tout au moins élargi — aux unions de même sexe⁷. Enfin, dans une troisième partie, je mettrai en parallèle ces formes de légitimation des unions homosexuelles avec le mariage civil, en fonction duquel, directement ou indirectement, toutes ces législations furent conçues, soit pour produire certains de ses effets juridiques, soit pour les contourner. Plutôt que d'une comparaison technique avec l'institution matrimoniale, je tenterai de comprendre dans quelle mesure la multiplication d'instruments juridiques tendant à reconnaître la vie du couple homosexuel (partenariat enregistré, cohabitation légale, pacte civil de solidarité, couples stable de

⁵ Sur cette évolution générale et pour une analyse critique, je renvoie le lecteur au numéro spécial «La famille dans tous ses états» *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* n° 113 (juin 1996).

⁶ Pour une analyse comparée de la situation européenne et de celle des États-Unis et du Canada, voir R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, New York, Clarendon Press, 1995 ; K. Waaldijk et A. Clapham, *Homosexuality, a European Community issue. Essays on lesbian and gay rights in European law and policy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

⁷ Je n'aborderai pas dans cet article les propositions de loi actuellement en discussion dans les autres pays de l'Union européenne. En Italie, plusieurs projets et propositions ont été déposés au Sénat et à la Chambre des députés, sans discussion formelle pour l'instant. Pour une analyse de la situation italienne dans le cadre européen, voir F. Brunetta d'Usseaux et A. D'Angelo, *Matrimonio, matrimonio*, Milan, Giuffrè, 2000. En Espagne, le gouvernement s'est engagé à voter une loi nationale concernant l'union civile de deux personnes. En Belgique, sur proposition du ministère de la Justice, un avant-projet de loi propose maintenant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

fait, etc.) constitue un signe de pluralité des conjugalités ou si, en revanche, cette prolifération législative ne vient pas conforter un ordre hiérarchique des sexualités dans lequel l'hétérosexualité garderait, grâce au monopole matrimonial, sa position prééminente. C'est cet ordre qui mérite d'être interrogé, non seulement en tant que procédure réglant la répartition des différentes places dans l'ensemble des conjugalités, mais également comme dispositif d'agencement des sexualités.

I. L'individu homosexuel et la *Convention européenne des droits de l'homme*

Nous chercherions en vain une quelconque référence à l'homosexualité dans les instruments juridiques protecteurs des droits fondamentaux. Ni les conventions à caractère international comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁸ de 1948, ni celles à portée régionale, telle la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁹ de 1950, n'ont accordé une protection spécifique aux gays et lesbiennes. Bien au contraire, les figures générales de la «défense de la vie privée» ou des «garanties de la vie familiale» leur furent pendant longtemps refusées. La première requête présentée par un gay à la Commission européenne des droits de l'homme¹⁰, l'un des organes garant de l'application de la Convention¹¹, remonte au 17 octobre 1955. Il s'agissait d'un ressortissant allemand qui contestait la compatibilité de la législation de son pays avec la Convention. Le requérant avait été condamné sur la base de l'article 175 du Code pénal allemand alors en vigueur. Cet article, qui réprimait sévèrement les relations homosexuelles entre adultes consentants, avait été considérablement renforcé par les nazis et demeura en vigueur jusqu'en 1969. Plusieurs requêtes suivirent, dont l'une concernait le cas d'un citoyen allemand qui se plaignait de la persécution dont il avait été victime du seul fait de son homosexualité. Il avait déjà purgé une première peine de presque deux ans d'emprisonnement, laquelle fut suivie d'une seconde peine de deux ans et demi avec de surcroît une «détention à durée indéterminée» puisqu'il avait été considéré comme «dangereux délinquant habituel»¹².

⁸ Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

⁹ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [ci-après la *Convention européenne des droits de l'homme* ou la Convention].

¹⁰ Voir X. c. R.F.A. (1955), 104/55, 1 Y.B. Eur. Conv. H.R. 228.

¹¹ Jusqu'au 1^{er} novembre 1998, la Commission représentait la première instance de la procédure, et si la requête était considérée admissible, la démarche continuait auprès de la Cour qui rendait le jugement définitif. Depuis cette date, l'organisation juridictionnelle est unifiée autour d'une seule Cour divisée en plusieurs Comités, Chambres et une Grande Chambre.

¹² X. c. R.F.A. (1960), 530/59, 2 Rec. Comm. Eur. D.H. 1, 3 Y.B. Eur. Conv. H.R. 185.

Pendant vingt-deux ans, la Commission refusera systématiquement toute pétition provenant d'homosexuels victimes des législations pénales européennes. Même les survivants des camps de concentrations (toujours persécutés par l'État allemand sur la base de la législation nazie¹³) ne parvinrent pas à faire changer la position des autorités judiciaires européennes. La criminalisation de l'homosexualité par plusieurs États européens n'était pas considérée comme contraire à la *Convention européenne des droits de l'homme* par les juges européens. En effet, bien que la vie sexuelle relève du domaine de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention¹⁴, les ingérences des États consistant en la pénalisation de l'homosexualité entre adultes consentants furent justifiées par des motifs considérés comme légitimes, tels la «protection de la santé et de la morale» ou la «protection des droits des tiers et la protection sociale»¹⁵. La Commission soulignait systématiquement que «la Convention permet à un État contractant de punir l'homosexualité, le droit au respect de la vie privée pouvant faire l'objet, dans une société démocratique, d'une ingérence prévue par la loi pour la protection de la santé et de la morale»¹⁶. Il a fallu attendre le 7 juillet 1977 pour que la

¹³ C'est *proprio motu* que l'Allemagne modifiera l'art. 175 du Code pénal, mettant ainsi fin au «crime d'homosexualité». Les relations entre un adulte majeur de dix-huit ans et son partenaire du même sexe mineur de vingt et un ans seront considérées comme une infraction pénale. La Commission justifiait ce traitement discriminatoire par la nécessité d'«éviter que des expériences homosexuelles avec des adultes n'aient une influence néfaste sur le développement des tendances hétérosexuelles des mineurs [...] et que le mineur engagé dans des relations homosexuelles avec un adulte soit en fait retranché de la société et profondément affecté dans son épanouissement psychologique» : X. c. R.F.A. (1976), 5935/72, 3 Comm. Eur. D.H. D.R. 46, 19 Y.B. Eur. Conv. H.R. 277.

¹⁴ *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 9, art. 8 :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

¹⁵ Voir notamment les requêtes X. c. R.F.A. (1955), *supra* note 10 ; X. c. R.F.A. (1956), 167/56, 1 Y.B. Eur. Conv. H.R. 235 ; X. c. R.F.A. (1957), 261/57, 1 Y.B. Eur. Conv. H.R. 255 ; X. c. R.F.A. (1960), *supra* note 12 ; X. c. R.F.A. (1960), 704/60, 3 Rec. Comm. Eur. D.H. 1 ; X. c. R.F.A. (1962), 1307/61, 5 Y.B. Eur. Conv. H.R. 231 ; X. c. Autriche (1963), 1138/61, 11 Rec. Comm. Eur. D.H. 9 ; X. c. R.F.A. (1967), 2566/65, 22 Rec. Comm. Eur. D.H. 35 ; X. c. R.F.A. (1969), 3566/68, 31 Rec. Comm. Eur. D.H. 31.

¹⁶ Pour une analyse approfondie de l'évolution de cette jurisprudence, voir l'article de C.-A. Meyer, «L'homosexualité dans le jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme» dans D. Borrillo, dir., *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998, 153 [ci-après *Homosexualités et droit*],

Commission déclare recevable une pétition qui contestait la compatibilité de la loi anglaise sur la sodomie¹⁷ avec l'article 8 de la Convention¹⁸. Mais ce n'est qu'avec la décision de la Cour dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*¹⁹ du 22 octobre 1981 que l'interdiction des actes homosexuels effectués en privé entre adultes consentants sera définitivement considérée contraire à la *Convention européenne des droits de l'homme*.

La persuasion politique du Conseil de l'Europe a sans doute accéléré l'évolution de la Cour. Le 9 octobre 1979, un comité dirigé par M. Voogd présenta une proposition de recommandation qui avait pour objectif «la protection, morale et juridique, des homosexuels» et la «suppression des discriminations professionnelles et autres à leur égard [...] et la jouissance de droits et facilités accordés à tous les citoyens»²⁰. La proposition fut adoptée par le Conseil et un rapport sur la discrimination contre les homosexuels fut remis le 8 juillet 1981. Outre la recommandation, ce rapport aboutit au vote d'une résolution invitant l'O.M.S. à supprimer l'homosexualité de sa classification des maladies mentales²¹. La perspective libérale du document tendait à «l'égalité des êtres humains et [à] la défense des droits de l'homme», en respectant les choix sexuels de l'individu. Le Conseil de l'Europe proposait de renoncer à tout type de dé-

ainsi que celui de R. Wintemute, «Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe» dans *ibid.*, 180.

¹⁷ Ce terme était entendu en particulier dans la loi anglaise comme désignant les relations sexuelles entre hommes.

¹⁸ Voir *X. c. Royaume-Uni* (1977), 7215/75, 11 Comm. Eur. D.H. D.R. 36, 21 Y.B. Eur. Conv. H.R. 355.

¹⁹ (1981), 45 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1, 4 E.H.R.R. 149. La Cour confirmera sa jurisprudence dans deux autres arrêts : *Norris c. Irlande* (1988), 142 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 ; *Modinos c. Chypre* (1993), 259 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1, 16 E.H.R.R. 485. Dans ces décisions, la dépénalisation de l'homosexualité fut limitée aux relations entre deux adultes consentants dans la sphère privée. Ce n'est que très récemment que la Cour a également admis la protection de l'article 8 de la Convention pour les relations homosexuelles engageant plus de deux personnes majeures et consentantes : voir *A.D.T. c. Royaume-Uni* (31 juillet 2000), en ligne : Cour européenne des droits de l'homme <<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>>. La différence d'âge maintenue par certaines législations entre majorité sexuelle homosexuelle et hétérosexuelle a été justifiée par les juges européens jusqu'au 1^{er} juillet 1997, date à laquelle la Commission a considéré que le maintien d'un âge différent pour le consentement aux relations sexuelles (respectivement dix-huit ans et seize ans) n'est justifié par aucun motif objectif et raisonnable : *Sutherland c. Royaume-Uni* (1997), 24 E.H.R.R. C.D. 23 (Comm. Eur. D.H.) [ci-après *Sutherland*]. Cette affaire a été suspendue devant la Cour suite à un règlement à l'amiable en 1997, qui a mené le 30 novembre 2000 à l'uniformisation de l'âge du consentement en Grande-Bretagne.

²⁰ Conseil de l'Europe, A.P., *Proposition de recommandation relative à la protection des homosexuels*, Documents, vol. 7, Doc. 4436 (1979).

²¹ Voir Conseil de l'Europe, A.P., 33^e sess., partie 2, *Résolution 756 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels*, Textes adoptés, vol. II (1981).

finition médicale ou psychiatrique et de parler tout simplement de préférence sexuelle²². Par la suite, la Recommandation 924 reprinted également en partie les propositions avancées dans le rapport, mettant l'accent sur la dépénalisation et la démedicalisation de l'homosexualité²³.

Même dans des domaines aussi sensibles que l'armée ou la famille, l'homosexualité ne constitue plus une entrave à l'exercice de la vie privée et familiale. Dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*²⁴ du 27 septembre 1999, la Cour a estimé que la révocation des homosexuels des forces armées constitue une violation de l'article 8 de la Convention. Le 21 décembre de la même année, dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, la Cour a condamné l'État portugais pour avoir privé un homme de l'autorité parentale sur sa fille, du seul fait de son homosexualité. L'interprétation univoque de la Cour, lorsqu'elle considère que la notion d'orientation sexuelle «est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention»²⁵, n'a pas empêché l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de recommander l'introduction explicite de cette notion dans la liste des situations prévues par le principe de non-discrimination consacré dans l'article en question²⁶.

²² Le rapport initial concluait sur un certain nombre de suggestions ; voir Conseil de l'Europe, A.P., *Rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels*, Documents, vol. 3, Doc. 4755 (1981) : a) la modification de l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* en ajoutant la notion de "penchant sexuel" ; b) la destruction des fichiers de police sur les homosexuels ; c) l'égalité de traitement des homosexuels en matière d'emploi, de rémunération et de sécurité du travail ; d) l'interruption de toute activité ou recherche médicale obligatoire destinée à modifier les penchants sexuels des adultes ; e) la suppression de toute discrimination contre les parents homosexuels en ce qui concerne la garde, le droit de visite et l'hébergement de leurs enfants ; f) la réparation pour les homosexuels qui ont souffert dans des camps de concentration ; g) d'inviter les directeurs de prison et d'autres autorités publiques à faire preuve de vigilance pour éviter que les homosexuels ne fassent l'objet de viols et d'actes de violence dans les prisons.

²³ Voir Conseil de l'Europe, A.P., 33^e sess., partie 2, *Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels*, Textes adoptés, vol. II (1981).

²⁴ (27 septembre 1999), en ligne : Cour européenne des droits de l'homme, *supra* note 19 ; dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (27 septembre 1999), en ligne : Cour européenne des droits de l'homme, *ibid.*, la Cour arrive à la même conclusion.

²⁵ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (21 décembre 1999), en ligne : Cour européenne des droits de l'homme, *ibid.* au para. 28 [ci-après *Salgueiro*].

²⁶ Cet avis est le fruit du travail de l'ILGA-Europe (*International Lesbian and Gay Association*), qui depuis 1990 demande la rédaction d'un protocole additionnel à la Convention. Les modifications proposées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe tentaient de compléter l'article 14 de la façon suivante :

1. Les hommes et les femmes sont égaux devant la loi ;
2. La jouissance de l'un quelconque des droits reconnus par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, l'orientation sexuelle, la

Malgré cette nette évolution, la Cour continue à scinder la vie privée des homosexuels de leur vie familiale. Si la première est effectivement reconnue, la seconde est toujours niée²⁷. Tout se passe encore comme si l'homosexualité constituait un comportement suspect, susceptible d'être accepté uniquement dans un espace confiné à l'intimité de l'individu. La reconnaissance de la vie privée de l'homosexuel est entendue comme l'abstention de l'intervention étatique dans une sphère intime et non pas comme protection active de l'État des choix vitaux de l'individu, tels notamment l'élection de son partenaire et la construction de sa propre famille. Cette conception empêchera la Cour de Strasbourg de sortir du registre de la tolérance²⁸.

II. Le couple de même sexe et les législations nationales

Aussi bien les autorités judiciaires du Conseil de l'Europe que celles de l'Union Européenne ont donc consacré une protection sans ambiguïté de la vie privée des gays, des lesbiennes et des bisexuels²⁹. En revanche, s'agissant de leur vie familiale, la situation demeure encore précaire³⁰. En effet, et en dépit de quelques engagements limités, le traitement juridique des unions de même sexe³¹ et des familles homoparen-

race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ;

3. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part de toute autorité publique, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 2 (Conseil de l'Europe, A.P., 51^e sess., *Projet de protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme*, en ligne : <http://stars.coe.fr/ta/taoc/fopi216.htm> [nos italiques]).

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a rejeté l'avis de l'Assemblée.

²⁷ Précisons que l'affaire *Salgueiro*, *supra* note 25, protège la vie familiale d'un homosexuel ayant un passé hétérosexuel. Aucune décision n'a considéré qu'un individu ou un couple gay ou lesbien puisse accéder à la construction d'une famille *ex nihilo* par le biais du mariage, de l'adoption ou de procréations médicalement assistées.

²⁸ Pour une analyse approfondie des limites de la tolérance ainsi que de son fondement moral, voir l'excellent article de O. De Schutter, «Homosexualité, Discours, Droit» (1993) 30 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 83.

²⁹ Voir E. Spiry, «Homosexualité et Droit international des droits de l'homme — Vers une nouvelle donne en Europe ?» (1996) 25 *R.T.D.H.* 45 ; voir aussi M. West, «Homosexualité et contrôle social» dans Conseil de l'Europe, *Études relatives à la recherche criminologique*, vol. 21, Strasbourg, Comité européen pour les problèmes criminels, 1984, 139.

³⁰ Et ceci malgré une certaine évolution de la logique argumentative de la Cour. Pour une analyse plus approfondie de cette question, voir D. Borrillo, «La protection juridique des nouvelles formes familiales : le cas des familles homoparentales» *Mouvements* n° 8 (mars-avril 2000) 54.

³¹ Pour une analyse comparée de cette question, voir R. Wintemute et M. Andenæs, dir., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford, Hart Publishing, 2001 [à paraître].

tales a été davantage le résultat du travail des assemblées nationales et de la pression politique du Parlement de l'Europe. Si le juge européen a joué un rôle majeur dans la protection des homosexuels en tant qu'individus, ce sont les parlementaires qui ont ouvert le débat sur la question du couple.

À plusieurs reprises, aussi bien la Commission que la Cour ont estimé que des relations homosexuelles durables «ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8»³². Ainsi, les couples homosexuels se voient refuser de nombreux droits qui découlent de cette notion, tels par exemple l'autorité parentale pour la compagne d'une lesbienne, mère d'un enfant issu d'une insémination artificielle³³, le droit au séjour sur le sol européen pour le partenaire homosexuel d'un citoyen de l'Europe³⁴, ou encore le droit de reprise du bail de location au profit du partenaire survivant³⁵.

Bien que le droit au mariage constitue une liberté fondamentale consacrée par la Convention, les homosexuels sont écartés d'une telle prérogative. Dans son arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, la Cour déclare que «l'article 12 [...] vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent»³⁶. Postérieurement, à deux reprises, la Commission et la Cour eurent l'occasion de confirmer cette jurisprudence. Ainsi, dans les affaires *C. et L.M. c. Royaume-Uni* du 9 octobre 1989 et *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990³⁷, la Cour rappelle que le droit au mariage ainsi que la faculté de fonder une famille sont réservés aux seuls couples hétérosexuels.

Au niveau de l'Union Européenne, la situation n'est guère plus satisfaisante. En effet, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), autorité judiciaire qui veille au respect des traités constitutifs de l'Union, estime que l'absence de droits spécifiques vis-à-vis de la compagne d'une travailleuse lesbienne «ne saurait être considérée comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe», et à la même Cour de conclure :

³² *X. et Y. c. Royaume-Uni* (1983), 9369/81, 32 Comm. Eur. D.H. D.R. 220 à la p. 223 ; voir aussi *S. c. Royaume-Uni* (1986), 11716/85, 47 Comm. Eur. D.H. D.R. 274.

³³ Voir *Kerkhoven, Hinke et Hinke c. Pays-Bas* (19 mai 1992), 15666/89, en ligne : Cour européenne des droits de l'homme, *supra* note 19.

³⁴ Voir *X. et Y. c. Royaume-Uni*, *supra* note 32 ; *B. c. Royaume-Uni* (1990), 16106/90, 64 Comm. Eur. D.H. D.R. 278 ; *C. et L.M. c. Royaume-Uni* (1989), 14753/89, en ligne : Cour européenne des droits de l'homme, *ibid*.

³⁵ Voir *S. c. Royaume-Uni*, *supra* note 32 ; *Rössli c. Allemagne* (1996), 28318/95, 85B Comm. Eur. D.H. D.R. 149.

³⁶ (1986), 106 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 19.

³⁷ *C. et L.M. c. Royaume-Uni*, *supra* note 34 ; *Cossey c. Royaume-Uni* (1990), 184 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1.

En l'état actuel du droit au sein de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilables aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé. Par conséquent, un employeur n'est pas tenu par le droit communautaire d'assimiler la situation d'une personne qui est dans une relation stable avec un partenaire du même sexe à celle d'une personne qui est mariée ou qui a une relation stable hors mariage avec un partenaire de sexe opposé³⁸.

Le juge communautaire de première instance suit fidèlement la jurisprudence de la CJCE, même dans un cas où la discrimination directe semblait d'autant plus frappante qu'il s'agissait d'un fonctionnaire communautaire de nationalité suédoise vivant avec son partenaire (reconnu officiellement comme tel par la Suède) et qui se plaignait de ne pas bénéficier des mêmes avantages dont pouvait jouir n'importe quel fonctionnaire hétérosexuel³⁹.

L'extrême prudence du juge communautaire obéit, outre les questions politiques, à l'absence de juridiction en la matière, le droit de la famille constituant encore un domaine réservé aux États membres⁴⁰. Au niveau national, malgré la recommandation du Parlement européen⁴¹, seuls les Pays-Bas accordent l'égalité aux couples de même sexe⁴². Six autres États, sur les quinze qui constituent l'Union, n'ont inscrit que très récemment dans leur législation une acceptation timide des unions homosexuelles⁴³. En 1989, le Danemark devient le premier pays en Europe et au monde à consacrer ju-

³⁸ *Grant c. South-West Trains Ltd*, C-249/96, [1998] Rec. C.E. I-621 à la p. I-622.

³⁹ *D. et Suède c. Conseil* (1997), T-264/97, en ligne : Cour de justice et tribunal de première instance <<http://curia.eu.int/fr/index.htm>>. La CJCE a confirmé cette interprétation dans une décision du 31 mai 2001 : C-122/99, en ligne : Cour de justice et tribunal de première instance, *ibid*.

⁴⁰ Voir C. Tobler, «Same-Sex Couples under the Law of the EU», Conférence au colloque *Regulation of Same-Sex Partnerships in Europe*, Zurich, 4 novembre 2000 [non publiée]. Il est néanmoins nécessaire de signaler que malgré l'absence de juridiction générale en droit de la famille, la question des couples homosexuels peut relever des domaines communautaires classiques tel l'emploi, la libre circulation ou la fonction publique européenne.

⁴¹ Le Parlement européen a demandé qu'il soit possible aux couples de même sexe de «se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes» : CE, *Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne*, A3-0028/94, [1994] J.O. C. 61/40 au para. 14 [ci-après *Résolution sur l'égalité*].

⁴² Les Pays-Bas avaient reconnu le partenariat homosexuel depuis 1997 (Loi du 5 juillet 1997, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998) mais ils ont très récemment élargi le mariage civil aux unions de même sexe : voir *infra* note 69 et le texte correspondant.

⁴³ En dehors de l'Union européenne et des pays scandinaves cités, le seul État membre du Conseil de l'Europe à reconnaître le concubinage entre personnes du même sexe est la Hongrie. En effet, la Cour constitutionnelle ouvrait le concubinage aux unions homosexuelles le 8 mars 1995 ; un an plus tard, le 21 mai 1996, le Parlement hongrois votait une loi dans ce même sens.

ridiquement les unions de même sexe⁴⁴. Viendront ensuite la Norvège⁴⁵ en 1993 (hors UE), la Suède⁴⁶ en 1994, l'Islande (hors UE) en 1996⁴⁷, puis la Belgique⁴⁸ en 1998. Les régions espagnoles de Catalogne, Aragon et Navarre ont respectivement légiféré en 1998 et 1999⁴⁹. La même année, la France deviendra le premier pays de tradition catholique à consacrer le partenariat ainsi que le concubinage pour les gays et les lesbiennes⁵⁰. Le *Bundestag* a adopté le 10 novembre 2000 une loi sur le partenariat enregistré. Le *Bundesrat*, chambre haute du parlement allemand, vient d'approuver, le 1^{er} décembre 2000, le deuxième volet de la loi qui permettra aux couples de même sexe d'officialiser leur union à partir de l'été prochain⁵¹. Le Portugal représente enfin le dernier pays européen à reconnaître le concubinage entre personnes du même sexe. En effet, une loi du 15 mai 2001 vient de modifier la loi 135/99 du 28 août 1999 «relative aux unions de fait et à l'économie commune» en élargissant ses dispositifs aux couples de fait de plus de deux ans, indépendamment du sexe des partenaires.

⁴⁴ Voir *Registreret partnerskab*, Loi n° 372 du 7 juin 1989, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1989 et modifiée le 2 juin 1999 (avenant n° 360) [ci-après *Loi sur le partenariat enregistré* (Danemark)].

⁴⁵ *Lov om registreret partnerskab*, Loi n° 40 du 30 avril 1993, entrée en vigueur le 1^{er} août 1993 [ci-après *Loi sur le partenariat enregistré* (Norvège)].

⁴⁶ *Lag om registrerat partnerskap*, S.F.S. 1994:1117 (23 juin 1994), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995 [ci-après *Loi sur le partenariat enregistré* (Suède)].

⁴⁷ *Lov om registreret partnerskap*, Loi n° 87 du 12 juin 1996, entrée en vigueur le 27 juin 1996 [ci-après *Loi sur le partenariat enregistré* (Islande)].

⁴⁸ *Loi instaurant la cohabitation légale*, Loi du 23 novembre 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, M.B., 12 janvier 1997.

⁴⁹ Voir *Llei d'unions estables de parella*, D.O.C.G., 1998, 2687 ; *Ley relativa a Parejas estables no casadas*, B.O.A., 1999, 39 ; *Ley foral para la igualdad jurídica de las parejas estables*, Loi n° 6/2000 du 3 juillet 2000, en ligne : Comunidad foral de Navarra <<http://www.cfnavarra.es/info-local/normativa/presidencia/8G030000.htm>> [ci-après *Ley foral*].

⁵⁰ *Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité*, J.O., 16 novembre 1999, 16959 [ci-après le *Pacte civil de solidarité* ou le PaCS].

⁵¹ Pour des raisons de stratégie politique, le texte a été scindé en deux volets, d'une part un texte de principe qui ne requiert pas le vote du *Bundesrat* (chambre haute) et, d'autre part, l'ensemble des dispositions fiscales et sociales. Le projet a dû faire face à une forte opposition des partis chrétiens (CDU/CSU) qui, majoritaires au *Bundesrat*, ont partiellement vidé le projet de son contenu. Ainsi, l'ensemble des dispositifs concernant l'alignement du droit fiscal sur celui des couples mariés en ce qui concerne l'impôt sur le revenu a été rejeté. De même, la chambre haute a refusé le registre civil comme lieu d'inscription obligatoire, laissant aux autorités régionales (chargées de célébrer les mariages) le choix d'opter pour un autre endroit d'enregistrement. La loi crée un contrat réservé aux couples de même sexe, qui donne des droits similaires à ceux du mariage à l'exception de la filiation, la fiscalité et l'enregistrement. Soutenue par le Parti social-démocrate et le Parti vert, le contrat de vie commune se démarque du mariage protégé par l'art. 6 de la Constitution (*Grundgesetz*) qui établit : «le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État» [notre traduction].

A. Le modèle scandinave

C'est autour de l'expérience scandinave, et en suivant son exemple, que s'est articulé le débat européen. Bien que les pays de l'Europe médiane et méridionale, sous l'influence de la Révolution française, aient manifesté une plus grande tolérance juridique à l'égard de l'homosexualité, c'est dans l'Europe du nord que le mouvement gay a pris une dimension véritablement politique⁵². Les revendications militantes des homosexuels se sont davantage développées dans les pays où la législation criminalisait les actes sexuels entre hommes⁵³. Cependant, seuls les pays scandinaves ont réussi à mettre en place et à mener à bien une véritable politique d'intégration, voire parfois de normalisation, des gays et des lesbiennes⁵⁴. Suivant cette logique assimilationniste, il est surprenant de constater que les pays scandinaves aient écarté a priori la voie du droit commun (le mariage) au profit d'un système d'exception (le partenariat enregistré), réservé aux unions homosexuelles. Cette situation paradoxale trouverait un début d'explication dans les rapports politiques étroits qu'entretiennent ces pays avec l'Église luthérienne. En effet, dans un contexte juridique où le pouvoir religieux conserve encore un rôle considérable à l'intérieur de l'organisation matrimoniale, aussi bien du point de vue administratif que symbolique⁵⁵, il semble cohérent que la création d'une forme de conjugalité spécifique aux homosexuels apparaisse comme un compromis politique acceptable. En revanche, le cas français paraît moins compréhensible car, tout en se dégageant des contraintes religieuses et se revendiquant comme le premier pays moderne à fonder son ordre juridique sur une morale laïque, la France a sciemment esquivé la question du droit au mariage pour les homosexuels⁵⁶.

Les pays engagés dans le débat sur la reconnaissance des unions de même sexe ont été directement influencés par l'entreprise juridique et politique de l'Europe du

⁵² Voir F. Tamagne, *Histoire de l'homosexualité en Europe. Berlin, Londres, Paris, 1919-1939*, Paris, Seuil, 2000.

⁵³ Alors que la dépénalisation de l'homosexualité aura lieu en France en 1791, il faudra attendre les années 1930 pour qu'elle disparaisse du Code pénal danois, 1967 en Angleterre et 1969 en Allemagne.

⁵⁴ Le taux de séparation des couples homosexuels (10% entre hommes) est inférieur à celui des unions hétérosexuelles (14%) : M. Jones, «Lessons from Gay Marriages» *Psychology Today* 30:3 (May-June 1997) 22.

⁵⁵ Voir Dittgen, *supra* note 4.

⁵⁶ Ceci malgré la demande unanime des principales associations de défense des droits des gays et des lesbiennes et des associations de lutte contre le sida. Voir le manifeste «Pour l'égalité sexuelle» *Le Monde* (26 juin 1999) 17, signé, entre autres, par Aides, Act-Up, Sida info-service, SOS Homophobie, le Centre gai et lesbien, etc. Par ailleurs, je demeure en France le seul juriste universitaire à avoir demandé publiquement l'élargissement du mariage et de la filiation pour les unions de même sexe. E. Fassin a été l'un des premiers intellectuels français à revendiquer publiquement le mariage homosexuel ; voir son article «Ouvrir le mariage aux homosexuels : une égalité qui reste à conquérir» *Le Monde Diplomatique* n° 531 (6 juin 1998) 22.

Nord. Entre le mariage et le concubinage, la formule du *partenariat enregistré* à la scandinave va jouir pendant dix ans d'un véritable monopole juridique au sein de la délibération européenne⁵⁷. Si le modèle nordique semble perdre de son hégémonie, surtout depuis l'ouverture néerlandaise vers le mariage civil pour les gays et les lesbiennes⁵⁸, il demeure néanmoins la clé herméneutique permettant de comprendre l'évolution européenne.

La structure, le contenu et la stratégie politique véhiculés par la loi danoise furent repris par l'ensemble des pays scandinaves. Les dispositions sur le partenariat enregistré en Norvège⁵⁹, en Suède et en Islande, ainsi que le projet de loi finlandais⁶⁰ s'adressent exclusivement aux couples de même sexe ayant atteint la majorité civile. Il s'agit de textes courts qui renvoient aux dispositions générales relatives au mariage⁶¹, à l'exception des règles relatives à la filiation. Les techniques d'assistance médicale à la procréation ainsi que l'adoption conjointe par les couples de même sexe ont été, dans un premier temps, formellement interdites, mais la situation commence à évoluer. Une récente modification de la loi danoise en 1999 a permis au partenaire homosexuel l'adoption de l'enfant de son compagnon, à condition que cet enfant ne soit pas issu d'une adoption dans un pays étranger.

L'Islande fut le premier pays à reconnaître des droits aux familles homoparentales en octroyant au partenaire d'un parent homosexuel la garde conjointe de l'enfant⁶². En

⁵⁷ Voir C. Forder et S. Lombardo, dir., *Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships*, Amsterdam, Ministère de la Justice des Pays-Bas, 1999.

⁵⁸ Voir *infra* note 69 et le texte correspondant.

⁵⁹ M. Roth, «The Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples» (1996-97) 35 U. Louisville J. Fam. L. 467.

⁶⁰ Hors de l'Union européenne, je me consacrerai exclusivement à l'analyse de la loi norvégienne. Les exemples de l'Islande ou de la Finlande me serviront néanmoins pour des illustrations ponctuelles.

⁶¹ «Les dispositions de l'ordre juridique danois concernant un mariage ou concernant les conjoints doivent être appliquées par analogie au partenariat enregistré et aux partenaires enregistrés» : *Loi sur le partenariat enregistré* (Danemark), *supra* note 44, art. 3(2) ; «Les dispositions de l'ordre juridique norvégien relatives au mariage ou aux conjoints s'appliquent par analogie au partenariat enregistré et aux partenaires enregistrés» : *Loi sur le partenariat enregistré* (Norvège), *supra* note 45, art. 3(2) ; «Le partenariat enregistré a les mêmes effets juridiques que le mariage, sous réserve des [...]» : *Loi sur le partenariat enregistré* (Suède), *supra* note 46, c. 3, art. 1(1) ; «La reconnaissance de la cohabitation a les mêmes effets juridiques que la conclusion du mariage, sous réserve de l'article 6. Les dispositions légales sur le mariage et les conjoints s'appliquent par analogie à la cohabitation reconnue et aux personnes dont la cohabitation a été reconnue» : *Loi sur le partenariat enregistré* (Islande), *supra* note 47, art. 5 [nos traductions].

⁶² En vertu du *Børnelov* (Loi concernant les enfants), Loi n° 20 du 22 mai 1992, art. 29(6), lorsqu'un partenaire de même sexe vit en concubinage (ou en partenariat enregistré depuis 1996), il peut, comme c'est le cas pour le mariage, bénéficier des prérogatives propres au beau-parent.

cas de décès du partenaire parent, le partenaire survivant peut également continuer à exercer les droits de garde ou de visite. En cas de désaccord avec l'autre parent survivant, c'est au juge de régler le contentieux dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces règles n'instaurent donc pas de véritables droits de filiation pour les conjoints homosexuels, mais aménagent simplement l'administration domestique de la vie des enfants. Par conséquent, les Pays-Bas demeurent le seul État à avoir institué des liens filiaux en ouvrant l'adoption conjointe, l'accès aux procréations médicalement assistées ainsi que le droit à l'autorité parentale conjointe aux couples homosexuels.

Afin de bénéficier des prérogatives propres au partenariat enregistré, il est nécessaire qu'au moins un des partenaires jouisse de la nationalité du pays d'enregistrement et y soit résident permanent. Le Danemark autorise également l'inscription des citoyens norvégiens, suédois et islandais, ainsi que celle des partenaires étrangers ayant résidé légalement sur le territoire danois pendant au moins deux ans. Les enregistrements effectués dans l'un des pays mentionnés bénéficient automatiquement de la reconnaissance dans ces autres pays. Les droits personnels, y compris ceux relatifs à la nationalité, ainsi que les droits patrimoniaux sont régis par les mêmes règles que le mariage. Les partenaires enregistrés peuvent opter pour le nom du conjoint, et bénéficient également de l'ensemble des dispositifs sociaux existant pour les personnes mariées, ainsi que de la pension de veuvage. Le partenariat est formellement enregistré auprès des mêmes administrations de l'état civil et les règles qui gouvernent la rupture sont identiques à celles du mariage dans les pays respectifs.

La Suède est le seul État scandinave à reconnaître, par la voie légale, outre le partenariat enregistré, le concubinage entre personnes du même sexe. En effet, depuis le 1^{er} janvier 1988, la loi suédoise⁶³ octroie des droits sociaux et patrimoniaux limités aux couples vivant ensemble depuis au moins cinq ans⁶⁴. À la différence des couples hétérosexuels, les unions de même sexe ne peuvent pas accéder à l'adoption, aux techniques d'assistance médicale à la procréation, ou à l'autorité parentale conjointe⁶⁵. Bien que les Pays-Bas aient reconnu avant la Suède la qualité de concubins pour les partenaires homosexuels stables, cette reconnaissance ne provenait pas de la loi mais d'une création jurisprudentielle.

⁶³ *Lag om sambors gemensamma hem (sambolagen)*, S.F.S. 1987:232 (14 mai 1987).

⁶⁴ Voir M. Fawcett, «Taking the Middle Path : Recent Swedish Legislation Grants Minimal Property Rights to Unmarried Cohabitants» (1990) 24 Fam. L.Q. 179. Sur la situation générale de la Suède, consulter également le site du Médiateur contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, en ligne : <www.homo.se>.

⁶⁵ Voir «National Report on Sweden» dans C. Forder, dir., *Fifth European Conference on Family Law. Civil Law aspects of Emerging Forms of Non-Marital Cohabitation and Registered Partnerships*, La Haye, Académie de droit international, 1999.

B. Le cas néerlandais

À l'heure actuelle, les Pays-Bas demeurent le seul État à avoir instauré l'égalité pour les unions de même sexe. Depuis les années 1970, le concubinage homosexuel est reconnu dans les mêmes conditions et produit les mêmes effets que ceux existant entre personnes de sexe opposé⁶⁶. Un délai de cinq ans de vie commune est exigé afin de bénéficier des droits successoraux, et trois ans doivent s'écouler pour que le partenaire étranger non-communautaire puisse demander la nationalité néerlandaise. La preuve de six mois de vie commune permet cependant d'obtenir un permis de séjour⁶⁷.

Une vingtaine d'années plus tard, les Pays-Bas ont également institué le partenariat enregistré pour l'ensemble des couples non mariés du même sexe ou de sexe opposé, devenant ainsi le premier pays à établir un système formel de reconnaissance des unions hors mariage pour les couples hétérosexuels. À la différence des lois scandinaves, la loi néerlandaise ne renvoie pas aux dispositions relatives au mariage, mais ajoute un titre nouveau au Code civil et modifie également certaines autres dispositions juridiques⁶⁸. Les conditions et les effets du partenariat enregistré sont identiques à celles du mariage. Comme pour celui-ci, l'acte doit être enregistré dans le registre civil. Les partenaires bénéficient des mêmes droits et sont redevables des mêmes obligations que les conjoints unis par le mariage. Le partenariat enregistré ne modifie pas les règles relatives à la filiation, à une exception près, soit la possibilité pour les partenaires de demander au juge la garde conjointe de l'enfant de l'un d'eux. On peut mettre fin au partenariat enregistré dans les mêmes conditions que pour un mariage, c'est-à-dire par commun accord et de manière extrajudiciaire. Les effets de la rupture s'établissent également par accord commun, inscrit dans le registre civil. Si les partenaires ne parviennent pas à s'entendre, la justice intervient sur demande de l'une ou l'autre des parties.

En plus du concubinage et du partenariat enregistré, les Pays-Bas prévoient permettre aux couples de même sexe d'accéder au mariage⁶⁹. La question fut posée pour la première fois en 1990, lorsque la Cour suprême dut se prononcer sur la constitutionnalité du refus du mariage à un couple homosexuel. Invoquant comme argument

⁶⁶ Voir P. Vlaardingerbroek, «Marriage, Divorce, and Living Arrangements in the Netherlands» (1995) 29 Fam. L.Q. 635.

⁶⁷ Voir *Rijkswet op het Nederlanderschap* (Loi sur la citoyenneté néerlandaise), Loi du 19 décembre 1984, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985.

⁶⁸ Voir Y. Scherf, *Registered Partnership in the Netherlands. A Quick Scan*, Amsterdam, Van Dijk, Van Someren en Partners, 1999.

⁶⁹ Le 19 décembre 2000, les Pays-Bas devinrent le premier État au monde à reconnaître le droit au mariage pour les couples de même sexe. Signées par la reine Béatrix, les lois 26672 relative au mariage et 26673 concernant l'adoption entrèrent en vigueur en avril 2001 ; les deux textes sont publiés à 2001 Stb. n° 9 et 10 (11 janvier 2001).

principal l'impossibilité d'établir la présomption de paternité pour des raisons biologiques évidentes, la Cour avait conclu qu'il n'y avait pas de manquement au principe d'égalité⁷⁰. Suite à une suggestion gouvernementale et afin de sortir de l'impasse créée par la jurisprudence, la chambre des députés a approuvé en avril 1996 une résolution proposant la mise en place d'une commission parlementaire chargée d'examiner l'attribution du droit au mariage pour les unions de même sexe. En octobre 1997, le rapport *Opening Civil Marriage to Same-Sex Couples* proposa l'élargissement aux couples de même sexe non seulement du droit à l'union matrimoniale mais également à la filiation⁷¹.

C. La timide solution belge

Si le droit néerlandais représente le stade le plus avancé en matière de reconnaissance de l'union homosexuelle, le législateur belge, en revanche, a opté pour une solution minimaliste⁷². En effet, elle permet à deux personnes vivant ensemble, ou tout au moins ayant déclaré un domicile commun, de bénéficier de la qualité de cohabitants, à laquelle sont attachés un certain nombre de droits civils et sociaux. La *Loi instaurant la cohabitation légale*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, vise à garantir aux partenaires non-mariés une sécurité matérielle modique. À la différence des lois scandinaves, la loi belge ne renvoie nullement aux effets juridiques du mariage. La volonté de démarquer celui-ci de la cohabitation apparaît clairement par l'emplacement des dispositifs légaux. Ceux-ci ne se trouvent pas dans le livre I du Code civil concernant «les personnes» mais dans celui qui traite «des différentes manières dont on acquiert la propriété». La loi se borne ainsi aux seules conséquences patrimoniales de la cohabitation hors mariage. Comme le notent O. De Schutter et A. Weyembergh,

Plutôt que la situation spécifique des couples homosexuels, dont il se serait agi d'aligner le statut sur celui des couples hétérosexuels mariés civilement au nom du principe d'égalité, ce qui a constitué la préoccupation du législateur, c'est la nécessité de régler une situation de fait — celle du concubinage, ou de la cohabitation hors mariage — dont les conséquences juridiques étaient encore relativement imprécises, et dont le régime plaçait le cohabitant le plus faible dans une situation particulièrement fragile⁷³.

⁷⁰ HR, 19 Octobre 1990, NJ 1992, 29, RvdW 1990, 176.

⁷¹ Voir le rapport final de la commission Kortmann : Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, *Rapport*, La Haye, 1997.

⁷² Voir *supra* note 48 ; pour une analyse approfondie de la loi belge, je renvoie le lecteur à l'article de O. De Schutter et A. Weyembergh, «La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe ?» *Journal des Tribunaux* 119:5955 (29 janvier 2000) 93.

⁷³ De Schutter et Weyembergh, *ibid.* à la p. 96.

Les bénéfices octroyés par la loi sont subordonnés à une déclaration conjointe devant l'officier d'état civil, établie par écrit entre deux personnes du même sexe ou du sexe opposé, y compris des parents vivant ensemble. Cette solution, consistant à ouvrir le régime de la cohabitation légale à deux et seulement deux parents, semble extravagante : ou bien la loi s'adresse aux couples et alors les interdits matrimoniaux s'appliquent, ou bien elle fait référence aux personnes vivant ensemble indifféremment au lien qui les unit et, dans ce cas, la limite de deux personnes semble arbitraire.

Au-delà de la valeur symbolique de ce début de reconnaissance timide des couples homosexuels, la loi n'offre aux concubins pratiquement aucun droit nouveau. Pas de conséquences fiscales, pas de droits successoraux ou de libéralités entre concubins (ces dernières demeurant très lourdement taxées, elles deviennent en pratique impossibles). Si la demande d'un titre de séjour pour le partenaire étranger est possible, ce n'est pas en vertu de la loi, mais grâce à une circulaire du ministère des Affaires intérieures relative à l'autorisation de séjour dans le cadre très général des cohabitations durables⁷⁴. Alignés dorénavant sur les concubins hétérosexuels, les partenaires homosexuels peuvent jouir d'un nombre limité de droits sociaux et de la protection du logement familial. À moins que le contraire ne soit disposé par voie conventionnelle, les cohabitants conservent les biens qui sont leur propriété exclusive. La contribution aux charges de la vie commune, ainsi que la solidarité pour les dettes contractées dans le déroulement de la vie du foyer, constituent les principales obligations entre concubins. Bien qu'aucune disposition concernant la solidarité entre les partenaires ou les conditions de la rupture ne soit prévue par la loi, les cohabitants sont libres de les établir par convention, à condition que celle-ci prenne la forme notariée et ne porte pas atteinte aux impératifs légaux. La cohabitation légale prend fin automatiquement par le mariage ou la mort de l'un des cohabitants ou par simple déclaration unilatérale effectuée auprès de l'officier d'état civil.

D. Le Pacte civil de solidarité (PaCS) : une spécificité française ?

Si le PaCS semble à certains égards se rapprocher de la solution scandinave, en ce sens qu'il instaure un troisième régime entre le concubinage (situation de fait) et le mariage (institution formelle), il diffère de celle-ci quant à son élargissement aux unions hétérosexuelles⁷⁵.

⁷⁴ *Circulaire du 30 septembre 1997 relative à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de la cohabitation dans le cadre d'une relation durable*, M.B., 14 novembre 1997, 30333.

⁷⁵ Pour une analyse approfondie du PaCS, aussi bien dans sa dimension politique que juridique, voir D. Borrillo, «The Pacte Civil de Solidarité in France. Midway between Marriage and Cohabitation» dans Wintemute et Andenæs, *supra* note 31.

Face à l'obstination de la Cour de cassation, laquelle avait à trois reprises refusé la qualité de concubin au partenaire d'une personne du même sexe⁷⁶, l'intervention du législateur devenait nécessaire. Après un long débat sans précédent dans l'histoire parlementaire de la V^e République, la France s'est dotée d'une loi qui permet de régler certains des problèmes les plus dramatiques auxquels étaient confrontés les couples de même sexe⁷⁷.

Le PaCS est un contrat solennel conclu entre deux personnes majeures, du même sexe ou de sexe opposé, capables de consentir et ayant comme but l'organisation de leur vie commune⁷⁸. Les partenaires peuvent mettre fin au pacte de commun accord, de façon unilatérale avec un préavis de trois mois, ou en contractant mariage. Le PaCS octroie des droits limités, essentiellement relatifs à la communauté de dépenses et d'habitation. Les partenaires sont solidairement responsables des dettes contractées pour les besoins de la vie quotidienne et de l'entretien de la résidence commune. La loi établit un régime général d'indivision pour les biens acquis à titre onéreux postérieurement à la signature du PaCS⁷⁹. Bien qu'un certain nombre de droits sociaux ou de bénéfices liés aux congés professionnels soient prévus par la loi, celle-ci n'ouvre

⁷⁶ Voir Cass. soc., 11 juillet 1989, Bull. civ. 1989.II.311, n° 514 ; Cass. soc., 11 juillet 1989, Bull. civ. 1989.II.312, n° 515 ; Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, Bull. civ. 1997.III.151, n° 225.

⁷⁷ Voir D. Borrillo, «Les unions du même sexe : entre mariage impossible et concubinage improbable» *Le Banquet* n° 12-13 (septembre-octobre 1998) 125. Pour une analyse plus détaillée de la loi, voir C. Mécaré et F. Leroy-Forgeot, *Le PACS*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000 ; A. Aoun, *Le PACS. Vos droits en cent questions réponses*, Paris, Dalloz, 2000 ; F. Leroy-Forgeot, *Les enfants du PACS. Réalités de l'homoparentalité*, Paris, L'Atelier de l'Archer, 1999 ; S. Thourret, «Le PACS : techniques de rédaction et esquisse de contrat» *Les Petites Affiches* n° 50 (10 mars 2000) 4. Concernant les aspects politiques, se reporter à D. Borrillo, E. Fassin et M. Jacub, dir., *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 ; C. Fourest et F. Venner, *Les Anti-PaCS ou la dernière croisade homophobe*, Paris, ProChoix, 1999 ; C. Terras et M. Dufourt, dir., *Le PACS en question*, Paris, Golias, 1999. Voir aussi les dossiers suivants : «Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale» *Témoin* n° 12 (mai-juin 1998) ; «Le troisième sexe» *La Mazarine* n° 8 (mars 1999) ; «Le mécano familial. Les nouveaux enjeux politiques de la vie privée» *Mouvements* n° 8 (2000) ; «Différence des sexes et ordre symbolique» *Les Temps modernes* n° 609 (juin-août 2000).

⁷⁸ Le Pacte civil de solidarité, *supra* note 50, a été complété par cinq décrets d'application : *Décret n° 99-1089 du 21 décembre 1999*, J.O., 24 décembre 1999, 19216 ; *Décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999*, J.O., 24 décembre 1999, 19217 ; *Décret n° 99-1091 du 21 décembre 1999*, J.O., 24 décembre 1999, 19219 ; *Décret n° 2000-97 du 3 février 2000*, J.O., 5 février 2000, 1888 ; *Décret n° 2000-98 du 3 février 2000*, J.O., 5 février 2000, 1889, ainsi que par la *Circulaire d'application de la loi et des décrets relatifs au Pacte civil de solidarité du 11 octobre 2000*, Paris, Ministère de la Justice, Doc. n° 00/2 JUS C 00 200 66C [non publiée].

⁷⁹ Concernant les biens meubles meublants, les partenaires peuvent déroger du principe de l'indivision dans la convention accompagnant le PaCS ; pour les autres biens, la loi présume l'indivision par moitié, sauf si l'acte d'acquisition ou de souscription en dispose autrement.

pas droit à la pension de réversion, à la pension de veuvage ou à l'indemnisation «accident du travail» pour le partenaire. Le PaCS n'admet pour les couples de même sexe ni l'adoption, ni l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée. L'autorité parentale conjointe ainsi que le droit de visite ne sont pas prévus par le texte français.

Le PaCS ne résout pas la question du regroupement familial et ne permet pas non plus au partenaire étranger d'accéder à la nationalité française. La délivrance d'une carte de séjour est soumise à un délai de vie commune de trois ans sur le sol français pour le partenaire étranger non ressortissant de l'Union européenne⁸⁰. Le PaCS ne modifiant pas l'état civil des personnes, les pacsés sont toujours considérés comme célibataires, avec les effets juridiques que ceci entraîne. Le régime ne confère pas non plus de droits extrapatrimoniaux tels que la représentation du partenaire en justice ou à l'hôpital. L'abattement fiscal pour les conjoints est de 500 000 francs, alors que pour le pacsés, il est de 375 000 francs. Enfin, alors que les conjoints peuvent effectuer des donations immédiatement après la célébration du mariage, le PaCS soumet l'exercice de ce droit à deux ans de vie commune⁸¹.

Toute modification du pacte devra faire l'objet d'une déclaration conjointe auprès du Tribunal d'instance. En cas de cessation, les partenaires procéderont eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations ; à défaut d'accord, le juge statuera sur les conséquences patrimoniales de la rupture.

E. Les lois régionales espagnoles

Actuellement, et malgré un long débat sur la question⁸², seules trois régions de l'Espagne ont légiféré à l'égard des couples homosexuels⁸³. La législation la plus ac-

⁸⁰ France, Ministère de l'Intérieur, *Circulaire du 10 décembre 1999 relative à l'application de l'article 12 bis 7° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée aux partenaires d'un pacte civil de solidarité (PACS)*, en ligne : Ministère de l'Intérieur <www.interieur.gouv.fr>.

⁸¹ Pour une analyse plus approfondie des lacunes du PaCS, voir *Rapport de l'observatoire du PaCS*, en ligne : Observatoire du PaCS <<http://www.chez.com/obspace>>.

⁸² Plusieurs propositions de loi furent déposées et débattues au sein du parlement national espagnol ; voir notamment *Proposición de ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho*, B.O.C.G., 1996, 61-1. Cette proposition fut refusée par 173 voix contre 162 et deux abstentions. Voir aussi *Proposición de ley de igualdad jurídica de las parejas de hecho*, B.O.C.G., 1997, 88-1 ; *Proposición de ley de reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables*, B.O.C.G. 1997, 90-1, présentée par le groupe parlementaire de Coalición Canaria ; *Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil*, B.O.C.G., 1997, 117-1. Au vu de la composition politique du parlement espagnol, la seule proposition qui semble pouvoir être adoptée est cette dernière qui, comme la loi belge, ne fait pas allusion au couple mais simplement à deux personnes qui s'entendent pour vivre ensemble et se prêter une aide réciproque.

complie est celle de Navarre, qui reconnaît non seulement l'union mais également la filiation adoptive plénière et conjointe⁸³. Bien que cette loi soit en vigueur depuis le 3 juillet 2000, son application est compromise. Le Parti populaire (gouvernement national) a présenté un recours d'inconstitutionnalité contre la loi. Les députés conservateurs considèrent que le mariage et la filiation sont des domaines de compétence exclusive du pouvoir central et non des parlements régionaux⁸⁴.

Le 15 juillet 1998, l'ensemble des partis de gauche d'un autre parlement régional ainsi que le puissant groupe nationaliste catalan, *Convergencia y Union*, ont approuvé à la quasi unanimité (cent voix pour et douze contre) une loi sur les unions stables⁸⁵. Sur l'initiative des socialistes et avec le soutien des forces régionales, Aragon devint ainsi la deuxième région du Royaume à adopter une loi sur les couples de fait élargie aux unions homosexuelles.

Alors que la loi aragonaise ne fait pas de distinction entre les couples, qu'ils soient du même sexe ou de sexe différent, la loi catalane, suivant dans cet aspect le modèle scandinave, crée un statut spécifique pour les unions homosexuelles. Le législateur d'Aragon n'a pas souhaité établir un traitement différencié en signalant que «le principe de liberté individuelle, fondé sur la Constitution et le droit civil aragonais, oblige le législateur à accepter que toute personne ait le droit d'établir la relation de cohabitation affective la plus en accord avec sa propre sexualité» [notre traduction]⁸⁶, mais sans pour autant aller jusqu'au mariage.

De son côté, l'exposé des motifs de la loi catalane justifie le traitement différencié qu'elle réserve aux homosexuels précisément par l'impossibilité d'accès au mariage pour les couples de même sexe⁸⁷ et par leur incapacité d'engendrer biologiquement⁸⁷.

⁸³ Sur la situation générale en Espagne, se rapporter à N. Pérez-Canovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en derecho español*, Granada, Comares, 1996. Du même auteur, voir également «Homosexualité et Unions homosexuelles dans le droit espagnol» dans *Homosexualités et droit*, *supra* note 16, 227 ; J.L. Sevilla Bujalance, «Adopción, Parejas de hecho y Homosexualidad» *Derecho y Opinión* 3:4 (1995-96) 113 ; J.A. Herrero Brasas, «El matrimonio Gay : un reto al Estado heterosexual» *Claves de la Razon Practica* n° 73 (1997) ; P. Talavera Fernandez, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales : propuestas de regulación en España*, Madrid, Dykinson, 1999. Voir aussi F. Jaurena, *La llei d'unions estables de parella à través del Dret Civil català i Constitucional*, Barcelone, Llibres de l'Index, 2000.

⁸⁴ *Ley foral*, *supra* note 49, art. 6 : «Los miembros de la pareja estable podran adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas en matrimonio».

⁸⁵ La future résolution du Tribunal constitutionnel aura une incidence directe, non seulement sur la loi de Navarre, mais sur l'ensemble des législations analogues.

⁸⁶ Voir *Llei d'unions estables de parella*, *supra* note 49.

⁸⁷ Voir *Ley relativa a Parejas estables no casadas*, *supra* note 49.

⁸⁸ Voir *Llei d'unions estables de parella*, *supra* note 49, préambule : «al marge del matrimoni, la societat catalana d'avui presenta altres formes d'unió convivència de caràcter estable, les unes formades per parelles heterossexuals que, tot i que poden contreure matrimoni, s'abstenen de fer-ho, i les altres

Par un double jeu du culturel et du naturel, la loi entérine la situation d'inégalité des couples. En effet, le mariage, rappelle l'exposé des motifs, est un droit constitutionnel réservé à un homme et une femme, et l'impossibilité biologique de procréer prive les couples de même sexe de tout droit à la filiation, y compris celle issue de l'adoption.

Après avoir traité, dans un premier chapitre, de l'union stable hétérosexuelle, la loi envisage l'union homosexuelle dans le second. Les conditions d'accès sont établies par l'article 20, qui interdit l'union pour les mineurs, les personnes mariées, celles déjà liées en vertu de cette loi, les ascendants, descendants ou collatéraux en ligne directe (jusqu'au deuxième degré) ; au moins l'un des membres doit avoir son domicile (*vecindad civil*) en Catalogne. Par convention notariée, les couples homosexuels peuvent déterminer librement les conséquences des relations personnelles et patrimoniales propres à la vie commune. À défaut de convention, les partenaires contribuent aux dépenses communes en proportion de leurs biens et de leurs revenus. Chaque membre du couple conserve la propriété, la jouissance et l'administration des biens propres. À la différence de la loi belge et de la loi française, la loi catalane, comme ses équivalentes scandinaves, autorise la tutelle dans le cas où l'un des membres du couple serait déclaré incapable. La loi instaure également une obligation alimentaire entre les partenaires. Concernant les fonctionnaires, des bénéfices de congés spécifiques et des réductions des journées de travail, en cas notamment d'incapacité du partenaire, sont prévus par la loi.

Les règles propres au logement commun sont contenues dans l'article 28 et, en cas de rupture de l'union par commun accord, par volonté unilatérale notifiée à l'autre partie, par décès ou par séparation de fait de plus d'un an, un délai de six mois est obligatoire avant de formaliser une autre union stable. Face aux injustices économiques survenues après la rupture, la loi établit des règles obligatoires de solidarité ainsi que, le cas échéant, une pension alimentaire pour la partie la plus faible. À la suite de la disparition de l'un des partenaires, la loi prévoit une succession des biens meubles meublants en faveur du survivant, le transfert du bail d'habitation, ainsi que le droit au maintien dans le logement pendant un an dans la résidence commune. À la différence du PaCS, le survivant jouit également des droits successoraux *ab intestat* en concur-

integrades per persones del mateix sexe, que constitucionalment tenen barrat el pas a aquesta intimitat».

⁸⁹ *Ibid.* : «La parella heterosexual que viu maritalment, si no es casa, es per voluntat pròpia. La parella homosexual ne es pot casar encara que ho desitgi. La primera és capaç d'engendrar descendència biològica, la segona no».

rence avec les autres héritiers. Des dispositions relatives au testament sont également prévues par la loi⁹⁰.

La loi d'Aragon produit ses effets pour l'ensemble des couples, soit immédiatement après la signature de l'acte notarié, soit après deux années ininterrompues de vie commune, dont la preuve est rapportée par tous moyens⁹¹. Les partenaires sont obligés de contribuer aux dépenses de la vie commune en proportion de leurs revenus et ils sont également solidaires des dettes du ménage. Sauf pacte contraire, chacun des membres conserve la propriété de ses biens. En cas de déclaration judiciaire d'absence de l'un des membres du couple, l'autre le représente et peut devenir l'administrateur de ses biens. De même, et toujours par décision du juge, le partenaire peut avoir la qualité de tuteur. Les membres du couple sont soumis à l'obligation alimentaire dans les mêmes conditions que celles établies par les articles 142 à 153 du Code civil espagnol relatifs au mariage. En ce qui concerne les droits successoraux, la loi d'Aragon renvoie aux règles applicables au mariage. Le décès de l'un des partenaires, la déclaration unilatérale, la séparation de fait pendant au moins un an ainsi que le mariage sont des causes d'extinction du pacte. Dans ce dernier cas, la loi introduit une nouveauté par rapport aux régimes existants. En effet, lorsque les partenaires décident de contracter mariage, les conventions célébrées dans le cadre de la loi subsistent en tant que conventions matrimoniales régies par les articles 1325 à 1335 du Code civil. Certaines conséquences de la rupture sont également prévues ; ainsi, en cas de déséquilibre patrimonial, la partie la plus faible peut demander une compensation lorsqu'elle a participé à l'acquisition ou à l'amélioration de biens communs ou de biens propres de l'autre partie, ou lorsqu'elle s'est consacrée à l'entretien de la maison, à l'éducation des enfants communs ou propres à l'un des membres, ou quand elle a travaillé pour l'autre partie.

Enfin, si la loi ouvre la possibilité de l'adoption conjointe pour les partenaires, celle-ci est possible à condition qu'ils soient de sexe opposé. Malgré l'évolution régionale, la situation nationale semble plus compromise car le gouvernement conservateur ne fait pas de cette question une priorité politique.

III. L'ordre européen des conjugalités

À la lecture des dispositions légales européennes relatives aux différentes formes d'union, compte tenu de la quantité de droits et de leur teneur, nous pouvons établir

⁹⁰ La loi catalane n'octroie pas de droits successoraux aux unions hétérosexuelles. Cependant, celles-ci ne se trouvent pas en situation d'inégalité car elles peuvent toujours accéder au statut matrimonial.

⁹¹ D'après l'art. 1215 C.C. (Espagne), peuvent être des moyens de preuve les écrits, la confession, l'inspection personnelle du juge, l'intervention des experts, le témoignage et les présomptions.

un système de conjugalités allant du mariage à la cohabitation (amicale ou familiale sans connotation sexuelle), en passant par les différents degrés de concubinage. Ainsi, la jouissance de droits, plus ou moins parfaits, est directement liée, d'une part, à la qualité de «couple» dont l'union peut se prévaloir et, d'autre part, à la nature liétérosexuelle de cette union. Plus la cohabitation de deux personnes participe aux caractéristiques de la vie de couple, plus elle bénéficie d'une reconnaissance juridique en tant que telle. Plus la vie de couple a un caractère liétérosexuel, monogamique et stable, plus elle profite de droits étendus⁹². En représentant ce système sous une forme pyramidale, nous trouverions à sa base les différentes lois qui gouvernent les cohabitations non-affectives dépourvues d'un caractère sexuel, au-dessus, les dispositions qui régulent les cohabitations concubinaires informelles⁹³, plus haut encore les lois relatives au concubinage reconnu comme tel et formalisé par un acte juridique enregistré et enfin, au sommet de la pyramide, rayonnerait le couple institué par le mariage. La coexistence dans les pays européens de plusieurs de ces régimes montre bien que chacun répond à une situation différente méritant un traitement politique distinct et une régulation juridique spécifique⁹⁴.

La loi norvégienne de 1991 illustre parfaitement la base de cette pyramide⁹⁵. Elle accorde une protection juridique limitée à deux ou plusieurs personnes vivant ensemble sous le même toit pendant au moins deux ans. Par exemple, un groupe d'étudiants décidant de partager un appartement pendant leurs années d'études, peuvent bénéficier des dispositions de la loi. Ses effets sont limités à l'organisation matérielle de la vie quotidienne, concernant notamment l'utilisation des meubles communs et la faculté de se substituer dans les droits d'habitation en cas de rupture ou de mort de l'un des cohabitants.

⁹² Voir K. Waaldijk, «La libre circulation des partenaires de même sexe en Europe» dans *Homosexualités et droit*, *supra* note 16, 205.

⁹³ Avant la promulgation de lois reconnaissant une forme d'union élargie aux couples homosexuels, diverses dispositions protégeaient indirectement le concubin de même sexe. Par exemple, en France, le partenaire pouvait depuis 1993 bénéficier de la sécurité sociale s'il prouvait qu'il se trouvait à la charge totale et permanente de l'assuré. Ce n'était pas cependant en vertu de la qualité de «couple» (figure du droit civil) que le compagnon ou la compagne de même sexe bénéficiaient des droits, mais comme ayant-droit (figure du droit social), au même titre que n'importe quelle autre personne. En Espagne, pour prendre un autre exemple, la loi sur les locations urbaines élargit la possibilité de subrogation au partenaire homosexuel dans le contrat de location en cas de mort ou d'abandon du titulaire. Ici la reconnaissance de la qualité de couple est restreinte aux effets locatifs.

⁹⁴ Voir Y. Merin, *Equality for Same-Sex Couples. A Comparative Study of the Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 2002 [à paraître].

⁹⁵ *Lov om rett til felles bolig og innbo når husstands fellesskap opphører*, Loi n° 45 du 4 juillet 1991.

Un système très proche de la loi norvégienne résulte d'une loi catalane du 28 décembre 1998 relative aux situations conventionnelles d'aide réciproque et à l'accueil des personnes âgées⁹⁶. En excluant formellement les couples, la loi tend à promouvoir la cohabitation entre des individus unis par un lien amical, familial⁹⁷ ou simplement d'entraide intergénérationnelle. Ainsi, un jeune qui décide de vivre avec une personne âgée, consacrant une partie de son temps à l'aide domestique ou personnelle de celle-ci, peut bénéficier d'un certain nombre d'avantages fiscaux et patrimoniaux dans les conditions établies par la loi⁹⁸.

Au même niveau, mais avec certaines nuances, se situerait la loi belge. À plusieurs égards, elle s'apparente en effet aux textes mentionnés, en ce sens qu'elle ne s'adresse pas aux couples. Il s'agit d'un dispositif ambigu. Certes, il résout quelques problèmes concrets liés à l'absence de reconnaissance des couples homosexuels, mais sans pour autant assumer ouvertement un engagement en faveur des gays et des lesbiennes. Comme les premières propositions déposées auprès du parlement français, la loi instaurant la cohabitation légale en Belgique ne consacre nullement le couple homosexuel, puisqu'elle s'adresse à deux personnes capables de contracter qui ne sont ni mariées ni liées par une autre cohabitation légale. Le refus de la qualité de couple aux unions de même sexe, ou tout au moins sa dilution dans la figure générale du duo d'individus, rapproche le droit belge des dispositifs norvégien ou catalan relatifs à la cohabitation sans caractère sexuel. Dans le même temps, la restriction à deux personnes, et seulement deux, crée une sorte d'illusion d'optique laissant croire qu'il y a reconnaissance du couple alors qu'en réalité il s'agit simplement d'une constatation conventionnelle du duo d'individus, d'une paire de frères, de sœurs ou d'amis vivant ensemble et ayant décidé de conférer une certaine stabilité patrimoniale à leur rapprochement. La situation belge est à ce titre particulièrement étrange, car si le législateur a simplement voulu régler la cohabitation sans aucune dimension sexuelle, pourquoi alors limiter celle-ci à deux personnes ? A contrario, si c'est aux couples qu'il a souhaité s'adresser, pourquoi donc permettre aux collatéraux d'y participer ?

Avec la loi suédoise⁹⁹ de 1987, ainsi qu'avec le nouvel article 515-8 du Code civil français¹⁰⁰ (introduit par la loi sur le PaCS), qui reconnaissent de façon explicite le

⁹⁶ *Situaciones convencionales de ayuda mutua*, B.O.E., 1999, 35.

⁹⁷ Uniquement collatéral, c'est-à-dire frères, sœurs et cousins.

⁹⁸ Celle-ci s'applique aux relations de cohabitation entre au moins deux et au plus quatre personnes qui partagent un logement et ayant établi leur volonté par acte notarié ou pouvant prouver au moins deux ans de vie commune.

⁹⁹ *Lag om homosexuella sambor*, S.F.S. 1987:813 (18 juin 1987).

¹⁰⁰ Le Pacte civil de solidarité, *supra* note 50, complète le livre I du Code civil français par un titre XII nommé «Du pacte civil de solidarité et du concubinage». Cette formulation montre clairement que le fait concubinaire est une chose et que l'acte formel résultant du PaCS en est une autre. Ainsi, l'article 515-8 C. civ. établit dorénavant que «[l]e concubinage est une union de fait, caractérisée par

concubinage homosexuel, nous nous situons à un niveau supérieur. Dans le cas du concubinage (qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel), la loi se limite à constater une situation de fait et en tire quelques conséquences juridiques limitées, relatives essentiellement aux droits sociaux et au bénéfice du transfert du bail en cas de décès ou d'abandon de l'un des concubins. Les devoirs et les obligations des concubins entre eux sont quasi inexistantes, et n'incluent aucune exigence alimentaire. Les droits successoraux leur sont tout simplement refusés. À la différence de la France, qui règle ces situations par la voie jurisprudentielle, la loi suédoise intervient directement dans des situations relatives à l'utilisation des biens du ménage ou à l'occupation du logement commun en cas de dissolution du concubinage ou de décès de l'un des concubins. Le concubinage étant un fait que le droit se limite à constater, il n'existe pas de preuve préconstituée permettant d'attester de son existence, comme dans le cas du partenariat enregistré, du PaCS ou du mariage. L'absence de consécration par un acte juridique formel explique que le concubinage, de par sa nature factuelle, nécessite l'écoulement du temps pour prétendre à des effets de droit. L'infériorité juridique du concubinage par rapport au mariage existe depuis toujours¹⁰¹, et si la célèbre formule de Napoléon — «les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux»¹⁰² — n'est plus d'actualité, elle décrit néanmoins assez bien la difficulté du droit à accorder des prérogatives aux concubins¹⁰³. Et, même si l'union libre constitue certainement la copie imparfaite du mariage, pendant longtemps celle-ci a été catégoriquement refusée aux compagnons de même sexe. Ainsi, la Cour de cassation française a-t-elle rejeté à trois reprises toute possibilité, non seulement de reconnaissance, mais aussi de constatation de l'union homosexuelle¹⁰⁴. Selon la juridiction suprême, le concubinage

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».

¹⁰¹ Le droit romain établissait que seuls les citoyens romains pouvaient contracter *iustum matrimonium* ; les esclaves avaient néanmoins la possibilité de vivre en concubinage.

¹⁰² Citée, entre autres, par De Schutter et Weyembergh, *supra* note 72 à la p. 93.

¹⁰³ La jurisprudence a dû faire preuve d'imagination pour accorder aux concubins hétérosexuels des droits. La théorie de l'apparence, la notion de société de fait ou encore le régime des obligations naturelles ont servi de base à la construction jurisprudentielle.

¹⁰⁴ Le Tribunal d'instance de Paris 4^e, dans un jugement du 5 août 1993, avait considéré que le transfert du bail 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 mêmes de Monsieur X que le concubinage homosexuel de Monsieur X et de Monsieur X était notoire et stable, depuis plusieurs années» : Trib. inst. Paris 4^e, 5 août 1993, R.G. n° 6693 [non publié]. 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». L'autre partie décida de faire appel de cette décision et, contrairement à la première instance, la Cour d'appel de Paris 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 ;

étant calqué sur le mariage, celui-ci ne pouvait s'appliquer exclusivement qu'aux couples hétérosexuels¹⁰⁵. Cette obstination de la Cour de cassation a conduit à l'ouverture du débat français sur la question, débat grâce auquel non seulement la qualité informelle de concubin fut reconnue aux unions gays, mais aussi celle de couple formel lié par un PaCS.

Toujours au niveau du concubinage informel, trente ans avant la France, les tribunaux néerlandais avaient déjà constaté le lien homosexuel en lui attachant des effets juridiques. Or, malgré la constatation de la qualité de concubins pour les membres d'un couple homosexuel, le législateur néerlandais, pour ne prendre que cet exemple, a estimé nécessaire de créer un cadre juridique de reconnaissance formelle des unions en question. Ceci explique pourquoi, désormais, le régime du concubinage coexiste pacifiquement avec celui du partenariat enregistré.

L'ensemble des pays faisant l'objet de mon analyse, y compris ceux qui ont reconnu certaines formes de colabitation concubinaire, ne se sont pas contentés d'attendre l'évolution de la jurisprudence ou de régler ponctuellement l'aménagement de certains droits patrimoniaux et sociaux. Ils ont également cru opportun de mettre en place un cadre juridique global permettant la reconnaissance formelle d'un type de concubinage également élargi aux homosexuels. Or, aucune de ces dispositions n'a jamais été conçue comme susceptible de concurrencer le mariage ou comme se substituant au concubinage¹⁰⁶, ce qui a pour conséquence la création d'un niveau intermédiaire.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel français, lors du contrôle de constitutionnalité du PaCS, a clairement établi que celui-ci ne portait pas atteinte au mariage républicain car «en instituant une "nouvelle communauté de vie", les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles relatives au

par conséquent l'expulsion fut ordonnée : Paris, 22 mars 1995, J.C.P. 1995.IV.1421. L'affaire arrive en cassation qui finit par confirmer l'interprétation de la Cour d'appel en rappelant que «le concubinage ne [peut] résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme» : Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, *supra* note 76.

¹⁰⁵ N'existant pas de concubinage notoire entre deux hommes, la Cour a estimé 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, *supra* note 76, la même 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.

¹⁰⁶ À l'exception de la loi catalane sur les couples de fait hétérosexuels, qui établit qu'au bout de deux ans de vie commune, les concubins se voient soumis au régime de la loi. Cette situation me semble particulièrement critiquable car l'État ne devrait pas se substituer à la volonté des concubins. En effet, si ceux-ci décident de formaliser leur union et qu'ils sont de surcroît hétérosexuels, ils peuvent choisir entre le mariage ou la loi relative aux unions stables de couple.

mariage»¹⁰⁷. De plus, le Conseil a souhaité marquer nettement la différence entre le PaCS et le concubinage en signalant que

contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires d'un tel pacte sont assujettis à certaines obligations ; qu'ils se doivent, en particulier, "une aide mutuelle et matérielle" ; que cette différence de situation justifie, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement critiquée entre personnes vivant en concubinage et personnes liées par un pacte civil de solidarité¹⁰⁸.

L'existence de ce niveau intermédiaire ressort également des divers textes relatifs au partenariat enregistré ainsi que du PaCS. Ils réservent en effet aux partenaires un traitement plus favorable que celui octroyé par le concubinage, tout au moins en ce qui concerne l'alliance¹⁰⁹. Dans certains pays, comme la Belgique ou les régions espagnoles étudiées, les nouvelles lois ont elles aussi introduit une hiérarchie à l'intérieur du concubinage. Lorsque celui-ci est constitué par un acte formel, les partenaires bénéficient automatiquement d'un certain nombre de droits refusés aux concubins informels. La loi française semble à ce sujet bien plus prudente car, tout en définissant le concubinage, elle entend le protéger indépendamment du PaCS.

Contemplant notre pyramide, nous sommes à même de constater que les individus se trouvant à la base jouissent essentiellement de droits patrimoniaux¹¹⁰. Ceux qui

¹⁰⁷ Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, *Loi relative au Pacte civil de solidarité*, Rec. 1999.116, J.O., 16 novembre 1999, 16962, 99-419 DC [renvois au J.O.].

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 16965.

¹⁰⁹ Et exclusivement l'alliance, car les couples hétérosexuels, même s'ils ne sont pas mariés, continuent à jouir du monopole des droits de la filiation.

¹¹⁰ Une solution proposée par l'ancien gouvernement de droite en France, sans mention de la nature hétérosexuelle ou homosexuelle de la relation, fut articulée par le professeur J. Hauser. En conformité avec l'esprit conservateur qui animait la demande, le Pacte d'intérêt commun (PIC) évacuait totalement la dimension affective en plaçant la question sur la dimension purement patrimoniale. L'auteur proposait de situer le PIC dans le Code civil entre le titre consacré à la société et celui de l'indivision ; le PIC s'adressait ainsi aux couples et aux non-couples et avait pour vocation de régler les aspects économiques de la vie de deux personnes en leur octroyant de plus quelques droits sociaux et fiscaux limités. Le projet réduisait ainsi les relations amoureuses des hommes entre eux ou des femmes entre elles aux simples aspects patrimoniaux, et son auteur de signaler 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 : «[I]l y a deux domaines qui peuvent être rapidement balisés. Le secteur des relations personnelles devrait être hors négociation. [...] Le secteur des relations patrimoniales est beaucoup plus prometteur» : J. Hauser, «Les communautés taiseuses» D.1997.I.256.

choisissent la vie de couple peuvent de surcroît bénéficier de droits personnels plus ou moins parfaits selon le type d'union (partenariat, *uniones estables*, PaCS). En levant davantage le regard, flanqué au sommet, on trouve les droits familiaux réservés au seul couple hétérosexuel marié¹¹¹.

S'il est important de proposer un choix clair aux partenaires parmi les différentes formes d'union, ce système ne pourra être considéré comme effectivement pluriel que le jour où l'ensemble des couples, indépendamment du sexe des partenaires, pourra choisir librement entre tous les régimes disponibles (concubinage, partenariat, mariage). Or, l'impossible accès au mariage pour une catégorie de couples interdit de parler de multiplicité ou de diversité des unions, en ce sens que la pluralité implique nécessairement l'égalité ; autrement il n'est possible de parler que de hiérarchie.

IV. La suprématie du mariage hétérosexuel

La coexistence pacifique des différents régimes et les divers degrés de reconnaissance qui en découlent montrent bien que, loin de constituer une multiplicité innocente, alignée de façon horizontale, l'ensemble des dispositifs instituant la qualité de couple pour les unions de même sexe s'ordonne à l'intérieur d'un système hiérarchique au sommet duquel rayonne le mariage.

L'exposé des motifs de la loi norvégienne sur le partenariat enregistré est, à cet égard, très parlant :

La loi n'octroie pas aux partenariats homosexuels le même statut qu'au mariage. Le mariage demeure l'unité sociale fondamentale et le cadre naturel pour élever les enfants. Le statut du mariage est unique et aucune mention n'est faite concernant le mariage des homosexuels. La loi emploie les expressions «registre» ou «partenariat». Les termes «conjoint» et «mariage» sont réservés au mariage hétérosexuel et à son statut idéologique et religieux [...] Le mariage est une institution sociale fondamentale, il est une relation entre un homme et une femme. La monogamie durable est l'idéal auquel aspirent la plupart des individus. Le divorce, ainsi que la généralisation du concubinage, ont certes réduit l'importance du mariage en tant qu'institution familiale dominante [...]. Une

¹¹¹ Ou, tout au moins, au couple parental hétérosexuel. L'une des expertes du gouvernement français s'était prononcée dans ces termes : F. Dekeuwer-Défossez, «Modèles et normes en droit contemporain de la famille» dans P.-H. Antonmattéi, dir., *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, 281 aux pp. 291, 296 :

Sociologues et juristes ont de nouveau pris conscience de ce que le contrôle des unions fécondes fait partie des fonctions sociales essentielles, et redécouvert que le couple hétérosexuel stable est le meilleur berceau des enfants [...] L'exigence première et «incontournable» est l'hétérosexualité du «couple» qui, seule, lui permet de revendiquer certains droits et, surtout, d'être reconnu comme «couple parental».

relation homosexuelle ne pourra jamais être la même chose qu'un mariage, ni socialement ni religieusement. Il [le partenariat enregistré] ne remplace ni ne concurrence le mariage hétérosexuel [notre traduction]¹¹².

Dans le même sens, le préambule de la loi catalane établit que seuls les couples de sexe opposé ont droit au mariage et que c'est bien «à la marge du mariage»¹¹³ que d'autres formes d'union stables existent et doivent exister. L'expression «à la marge du mariage»¹¹⁴ utilisée par le législateur est fort significative, car elle montre bien que les unions autres que le mariage doivent demeurer loin du centre dessiné par celui-ci, leur qualité étant accessoire et secondaire. Si, concernant l'hétérosexualité, cette nature marginale ne renvoie à aucune signification (en ce sens que les couples de sexe différent peuvent choisir leur marginalité), en revanche, pour ses homologues homosexuels, cette qualité opère une évocation instituée de la nature même de l'homosexualité, considérée ainsi nécessairement comme marginale.

En France, tout au long du débat sur le PaCS, l'ordre conjugal permettait d'établir les limites des revendications possibles. La droite et la gauche furent d'accord pour considérer que le mariage devait être préservé en l'état, c'est-à-dire par essence hétérosexuel¹¹⁵. La suprématie matrimoniale ainsi que sa nécessité symbolique ont fait lar-

¹¹² *Loi sur le partenariat enregistré* (Norvège), *supra* note 45, préambule.

¹¹³ Voir *Llei d'unions estables de parella*, *supra* note 49.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ F. Dekeuwer-Déffosez est non seulement contre le droit au mariage pour les couples de même sexe, mais aussi contre le concubinage. Avant le vote de la loi sur le PaCS, la juriste affirmait, dans «Modèles et normes en droit contemporain de la famille», *supra* note 111 à la p. 297 :

Ces demandes émanent, par hypothèse, surtout de personnes qui ne peuvent pas se marier, au premier rang desquels les couples homosexuels. Le choix du modèle utilisé pour créer le cadre propice à la satisfaction de leurs revendications est infiniment délicat. Les projets déjà présentés sont tellement modelés sur le mariage [...] qu'ils se sont attirés des critiques justifiées : si l'on englobe le couple homosexuel dans une notion générique de concubinage calquée sur le mariage, on lui reconnaît implicitement la qualité juridique de «couple» ou de «famille», et l'on ouvre la voie à des revendications relatives aux PMA et à l'adoption.

Convoquée en tant qu'experte dans les questions familiales, I. Théry affirmait : «[L]a 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» : «Le contrat d'union sociale en question» *Esprit* n° 236 (octobre 1997) 159 ; cet article a été publié en même temps comme Note de la Fondation Saint-Simon. Le mot CUS a été l'une des dénominations antérieures données au PaCS. Les juristes de droite invoquait directement ou indirectement le droit canonique ; ainsi, B. Belgnier considère que «[L]e canon 1096 du Code [canonique] de 1983 le dit bien mieux que le Code civil : "le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle"» : «Une nouvelle proposition de loi relative au CUS : copie à revoir» *Droit de la famille* n° 12ter (décembre 1999) 4. Le 6 juin 1998, le président de la République lui-même est intervenu dans le débat en signalant : «[i]l ne faut pas prendre le risque de

gement consensus dans le monde politique. Les points de désaccord se trouvaient, non pas dans le PaCS lui-même, mais plutôt dans les dérives que cette loi pouvait entraîner. Lorsque la droite accusait la gauche de vouloir ouvrir le mariage aux couples de même sexe, cette dernière rassurait ses opposants en mettant l'accent sur la différence entre le mariage et le PaCS. «Le PaCS est un contrat», expliquait la ministre de la justice Élisabeth Guigou :

Il apporte une réponse pragmatique et équilibrée, qui ne bouleverse pas l'ordre juridique et social [...]. Le Pacs n'est ni un mariage bis ni un quasi mariage, car rien ne vaudra le statut du conjoint pour ceux qui recherchent le maximum de sécurité juridique et de stabilité [...]. Le Pacs est radicalement différent du mariage parce qu'il n'est pas question, ni aujourd'hui ni demain, que deux personnes physiques quel que soit leur sexe puissent se marier¹¹⁶.

Et la ministre de nous rappeler : «le mariage, c'est l'union entre un homme et une femme ; c'est l'institution qui articule la différence de sexes». La défense du mariage hétérosexuel devient son cheval de bataille :

Comme je l'ai très clairement affirmé à diverses reprises, il ne saurait être question de décalquer le mariage, car ce serait lui porter atteinte [...] et l'institution que représente le mariage — il nous faut évidemment le préserver car il est le fondement même de notre société [...]. Tels sont les traits caractéristiques du pacte civil de solidarité qui, comme vous le constatez, diverge profondément du mariage et n'interfère en aucune manière avec le droit de la famille¹¹⁷.

«L'argument selon lequel le PACS concurrencerait le mariage n'est donc pas recevable», affirme le rapport parlementaire à l'origine de la loi. «Rien ne vaudra le statut de conjoints pour ceux qui recherchent un maximum de sécurité juridique»¹¹⁸. D'après les défenseurs de la loi, cette absence de concurrence avec le mariage est d'abord et surtout le produit d'une différence de nature. Au rapporteur de nous expliquer que le mariage est un engagement institué, liant le couple à la filiation par la pré-

dénaturer le droit du mariage, ni de le banaliser, en mettant sur le même plan d'autres réalités humaines de notre temps, qui conduisent bien loin des valeurs fondamentales de la famille» : cité par Fourest et Venner, *supra* note 77 à la p. 63.

¹¹⁶ Cité par S. Huet, «Pacs : la droite gagne une première bataille» *Le Figaro* (10 octobre 1998) 4B. La formule «quel que soit leur sexe» utilisée par l'une des propositions de loi sur le PaCS permettait de faire référence par euphémisme à l'homosexualité. La déclaration de la ministre doit être comprise comme «deux personnes physiques du même sexe».

¹¹⁷ Intervention de Mme Guigou, Ministre de la Justice, à la séance du 17 mars 1999 au Sénat, en ligne : Sénat <<http://www.senat.fr/seances/seances.html>>.

¹¹⁸ Rapport dirigé par le député J.-P. Michel pour l'Assemblée Nationale, Rapport n° 1097 (23 septembre 1998) à la p. 9, en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r1097.asp>>.

somption de paternité¹¹⁹. Durant le débat, le gouvernement et le groupe socialiste se sont efforcés de démontrer que le PaCS ne mettait nullement en danger l'institution du mariage, laquelle conserve et doit conserver sa qualité et son utilité sociale : «[l]e PACS ne modifie pas le droit de la famille [...]. Il constitue avant tout un encouragement à la stabilité des couples en ce qu'il implique un engagement absent de l'union libre, sans pour autant se substituer au mariage»¹²⁰. «Le PACS et le mariage ne doivent pas être confondus», a répété avec insistance la seule députée de droite favorable à la loi¹²¹.

Mais la rhétorique n'a pas semblé suffire. Face aux soupçons de la droite, le gouvernement s'est adonné à une véritable entreprise de «dématrimonialisation» du PaCS. Il fallait modifier ou faire disparaître tous les éléments le rapprochant de l'institution matrimoniale : la mairie fut remplacée par le tribunal d'instance comme lieu d'enregistrement du contrat ; la référence à l'autorité parentale partagée, présente dans les premières propositions, fut retirée ; des délais spécifiques inexistantes pour le mariage ont été introduits dans le PaCS ; l'absence des droits extrapatrimoniaux ainsi que la différence de la somme d'abattement fiscale sont également des phénomènes extrêmement significatifs. Qui plus est, à trois jours du débat parlementaire, le groupe socialiste vota un amendement, sans lendemain, en faveur de l'extension du PaCS aux frères et sœurs¹²². Une fois que le PaCS se sera «détaché du complexe matrimonial, lorsqu'il se tiendra clairement à distance du mariage, il cessera d'être un concurrent pour devenir son meilleur complice car il ne fera que le renforcer»¹²³.

Pour mieux illustrer mon propos, prenons encore l'exemple d'un autre pays de l'Union. Ainsi, l'exposé de motifs de la proposition de loi présentée par le groupe socialiste espagnol le 10 avril 1997 (et refusé peu de temps après) montrait bien que,

¹¹⁹ Le député J.-P. Michel emprunte la formule à I. Théry, une experte du gouvernement, qui avait proposé dans un rapport officiel la reconnaissance des concubins homosexuels tout en leur refusant la qualité de conjoints. Le député se réfère à ce rapport de la façon suivante : «[a]bordant les réformes à apporter au droit, elle [I. Théry] considère qu'il importe de "respecter aussi bien la nature propre du mariage (engagement institué, liant le couple à la filiation par la présomption de paternité) que celle du concubinage (pacte privé d'un couple, n'impliquant en tant que tel aucun lien à la filiation)" Votre rapporteur se reconnaît pleinement dans cette approche» : *ibid.*

¹²⁰ *Ibid.* à la p. 38.

¹²¹ Mme R. Bachelot-Narquin défendait également l'idée que le PaCS devait être ouvert «aux frères et sœurs et aux membres d'une même famille afin de satisfaire aux situations du troisième type de public» : Avis n° 1102, Assemblée Nationale, rapp. P. Bloche (1^{er} octobre 1998) à la p. 37, en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r1102.asp>>.

¹²² Cette idée fut finalement rapidement abandonnée.

¹²³ Un des principaux opposants du droit au mariage pour les homosexuels, J. Hauser, s'est ainsi manifesté dans un reportage : «On ne se mariera plus à cause des impôts» *Libération* (29 septembre 1998) 14.

pour les socialistes, le lieu de la discrimination n'est pas celui du mariage mais celui du concubinage :

Partant de la thèse qu'il ne peut pas avoir identité d'effets entre mariage et union libre, car il s'agit des institutions différentes qui obéissent à des options et des projets personnels divers, il est nécessaire de respecter cette différence aussi bien sur le plan social que juridique. Il est évident que l'enracinement croissant de l'union libre [...] exige l'adoption d'une série de mesures rendant effective cette protection en éliminant les discriminations dont peuvent faire objet lesdites unions ainsi que ses membres [notre traduction]¹²⁴.

Voici comment, en déplaçant la discrimination du mariage vers le concubinage, celle-ci est justifiée.

Le très conservateur Parti populaire espagnol, bien qu'extrêmement proche de l'Église catholique, ne s'est jamais opposé à une certaine reconnaissance des unions homosexuelles, allant jusqu'à déposer une proposition de loi. Très proche de la loi belge, la proposition de la droite espagnole tente de résoudre la question par l'intermédiaire de la théorie des contrats, sans modifier en rien les dispositions du droit matrimonial ou du droit de la famille. L'idéologie hiérarchique de la proposition s'est cependant trahie très rapidement. En effet, dans son article I, la proposition de loi établit : «le contrat d'union civil sera terminé dès lors que l'une des parties contracte un mariage» [notre traduction]¹²⁵. Cette forme de rupture apparaît dans l'ensemble des projets, propositions et lois européennes. Elle montre bien la puissance accordée à l'institution matrimoniale. En effet, elle ne se trouve affectée en rien lorsqu'on la confronte au partenariat homosexuel, en revanche, celui-ci cesse d'exister automatiquement face au mariage.

Depuis longtemps, les pays scandinaves se sont retrouvés avec le même type de problèmes et ont dû également faire face aux limites imposées par l'ordre des conjugalités. En 1968, le Parti socialiste populaire du Danemark avait déjà proposé une modification de la loi relative au mariage en introduisant un statut légal pour les couples homosexuels. L'organisation danoise pour les droits des gays et des lesbiennes (LBL) avait très rapidement placé le débat au sein d'une politique globale d'égalité, en revendiquant, dans un premier temps, soit l'ouverture du mariage pour les couples homosexuels, soit son abolition pour tout le monde¹²⁶. Cette revendication à double visage permettait de répondre aux critiques des opposants au mariage gay provenant aussi bien des secteurs conservateurs que des groupes libertaires.

¹²⁴ *Proposición de ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho*, B.O.C.G., 1997, 87-1.

¹²⁵ *Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil*, *supra* note 82.

¹²⁶ Voir Merin, *supra* note 94.

L'Église luthérienne était vivement opposée à cette revendication, en se montrant toutefois très sensible aux discriminations dont les couples de même sexe étaient encore les victimes. L'élaboration du partenariat enregistré est le résultat d'un compromis politique du gouvernement avec l'Église et l'opposition conservatrice. Et, bien que la loi renvoie aux effets du mariage pour l'administration de la vie du couple (sans pour autant toucher à l'institution matrimoniale et à la famille), elle propose une forme juridique spécifique bien distincte de celui-ci. L'Église va même jusqu'à bénir officiellement les unions de même sexe, sous condition que cette cérémonie ne soit nullement confondue avec la consécration religieuse dont doivent bénéficier les conjoints.

L'Église norvégienne s'est aussi fermement opposée à la création d'un statut formel pour les couples de même sexe, non tant par volonté de laisser ces unions en dehors du droit, mais plutôt par crainte que ce nouveau statut ne vienne fragiliser l'institution du mariage. Plusieurs évêques considéraient qu'il fallait protéger les homosexuels mais, selon eux, il suffisait de renforcer le concubinage sans aller jusqu'à créer une loi spécifique. Le ministère norvégien de l'Enfant et des Affaires familiales a bien mis l'accent sur le fait que la nouvelle loi ne modifiait en rien la prééminence du mariage ni ne dérogeait à son importance historique. Ainsi, la distance du mariage a constitué le gage symbolique et la base du compromis politique permettant la sanction de la nouvelle loi¹²⁷.

L'attitude des autorités religieuses montre bien la logique sous-jacente à la politique ecclésiastique vis-à-vis des gays et des lesbiennes¹²⁸. C'est bien de charité chrétienne dont il est question¹²⁹. Le cas des Pays-Bas est à cet égard très significatif. En effet, si la dialectique de l'égalité a fini par s'imposer, c'est principalement parce que, pour la première fois en dix-huit ans, le gouvernement néerlandais gouverne sans les démocrates chrétiens et seulement 5% des sièges parlementaires appartiennent à des partis chrétiens¹³⁰. La laïcité n'est cependant pas un gage de neutralité éthique de l'État.

¹²⁷ Voir P. Lødrup, «Registered partnership in Norway» dans A. Bainham, dir., *International Survey of Family Law 1994*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1996, 387.

¹²⁸ Voir G. Nilsson, «Intercession or Blessing ? Theological Reflections on a Swedish Liturgy for Homosexual Couples» *Ecumenical Review* n° 50 (janvier 1998) 64.

¹²⁹ La Communion anglicane à sa conférence de Lambeth, réunissant huit cent évêques du monde entier, a condamné à une écrasante majorité la bénédiction des couples homosexuels, en rappelant que les pratiques homosexuelles sont «incompatibles avec les Écritures» : voir l'article de M. Roche, «La Communion anglicane condamne la bénédiction des couples homosexuels» *Le Monde* (8 août 1998) 3.

¹³⁰ Voir L. Hosek, «Special Report on Same-Sex Marriage» *Honolulu Star Bulletin* (22 janvier 1997) 16-18, en ligne : <<http://starbulletin.com/97/01/22>>.

Que les gardiens de l'ordre conjugal soient les Églises ou que cette tâche revienne aux pouvoirs publics, ceci ne modifie en rien la symbolique véhiculée. Si nous prenons l'exemple de la France, ce ne furent pas tellement les secteurs religieux qui ont œuvré le plus efficacement en faveur du régime conjugal établi ; bien que fortement mobilisés¹³¹, ils ne réussirent pas à structurer une véritable opposition au PaCS en tant que tel. Le texte fut dénoncé d'abord et surtout parce qu'il représentait une première étape vers la pleine reconnaissance sociale de l'homosexualité, vers l'équivalence de celle-ci avec l'hétérosexualité, enfin vers la disparition de l'ordre sexuel garanti par le mariage¹³². Et, face aux arguments rassurants du gouvernement et de la majorité parlementaire, les secteurs conservateurs soupçonnaient les autorités d'agir d'une façon masquée sans avouer ouvertement leurs véritables intentions. Ils considéraient qu'il s'agissait tout simplement d'hypocrisie et que la défense du mariage, et le privilège hétérosexuel qu'il comporte, ne répondait pas à une conviction profonde de la gauche mais à l'opportunisme politique. Et pourtant les socialistes n'ont pas cessé de donner des preuves incontestables de leur défense de l'ordre conjugal, ordre qu'ils ne prétendaient nullement importuner¹³³. En effet, le gouvernement a systématiquement refusé de devenir le moteur du projet, et a clairement différencié les questions soulevées par le PaCS de celles relevant du droit de la famille¹³⁴. Il s'est bien assuré que les trois rap-

¹³¹ Le 31 janvier 1999, les opposants au PaCS organisent une marche à Paris. Sous la dénomination «génération anti-pacs» divers groupes de droite et d'extrême droite ont manifesté à côté des associations familiales catholiques, des représentants des Églises protestantes et des autorités juives et musulmanes.

¹³² Le 16 septembre 1998, le Conseil permanent de l'Épiscopat de la conférence des évêques de France adopta une résolution très hostile au PaCS. Tout en se manifestant sensible aux problèmes rencontrés par les couples homosexuels, l'Église juge le PaCS comme «un mariage bis», comme une sorte de contre-modèle ; c'est justement pour cela qu'il est si fortement attaqué : Conférence des évêques de France, «Une loi inutile et dangereuse» (16 septembre 1998), en ligne : Documents/PaCS et contrats d'union <<http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/cef.html>>.

¹³³ L. Joffrin, éditorialiste de *Libération* (qui a été le journal le plus proche du gouvernement lors des débats sur le PaCS) écrivait :

C'est à des fins purement polémiques que les adversaires du Pacte Civil de Solidarité l'ont assimilé à un mariage homosexuel. Pour mériter cette qualité, il lui manque deux choses : il n'est pas un mariage, et il est loin de concerner les seuls homosexuels [...] Une partie des associations homosexuelles estiment, en corollaire, qu'on est resté trop timides, qu'il faut progresser vers un statut de la famille monosexue. Vaste débat, plus complexe qu'il n'y paraît. Mais surtout débat que le Pacs, contrat matériel plus que moral, ne prétend pas trancher («Progrès» *Libération* (8 septembre 1998) 3).

¹³⁴ Dans son rapport sur la réforme du droit de la famille, Mme Dekeuwer-Défossez ne mentionne jamais le PaCS. Les unions homosexuelles sont écartées de sa réforme, et seul le couple parental hétérosexuel mérite la qualité de référence fondatrice : F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, La documentation française, 1999 [ci-après *Rénover le droit de la famille*].

ports susceptibles de devenir la base d'une réforme soient conformes à l'idéologie hétérosexiste¹³⁵. Enfin, les revendications des associations gays et lesbiennes qui prônaient l'égalité furent souvent dénoncées comme politiquement irresponsables.

Les juristes français ont été les plus ardents opposants du PaCS, pas tant parce qu'ils étaient insensibles aux problèmes matériels rencontrés par les gays et les lesbiennes, mais plutôt pour le «dégât symbolique» qu'il allait provoquer vis-à-vis du mariage¹³⁶. «[C]e sont les fondements même de la famille qui risquent d'être bouleversés. Le mariage lui-même n'est-il pas ébranlé ? Entre cette institution [...] et un contrat qui peut être rompu unilatéralement [...] la concurrence n'est-elle pas déloyale ?» se demandait l'éditorial d'un numéro spécial consacré au PaCS dans la plus renommée des publications en droit de la famille¹³⁷. C'est pour les mêmes raisons politiques qu'un an auparavant, près de vingt mille maires de France se sont mobilisés en faveur du «mariage républicain» et contre le PaCS. Dans un communiqué du 21 septembre 1998, les maires signataires s'opposent de façon catégorique à ce que la loi accorde aux couples homosexuels les droits réservés jusqu'à présent à la famille¹³⁸.

V. Ordre conjugal et hiérarchie des sexualités

L'ordre conjugal, qui érige le mariage au sommet de la hiérarchie juridique des couples, implique l'existence d'une logique qui, tout en lui étant parallèle, fonctionne en même temps comme sa justification politique. L'ensemble des arguments opposés à la pleine reconnaissance des unions de même sexe se fonde sur une idée commune qui consiste à différencier les sexualités (homo et hétéro) et à en tirer des conséquences politiques. La distinction entre union des sexes opposés et couple de même sexe renvoie également aux pratiques sexuelles propres à chacune de ces unions. De même qu'il est impossible de désigner le couple non-marié sans faire référence au mariage,

¹³⁵ 1° J. Hauser, *Le Pacte d'intérêt commun*, Paris, Ministère de la Justice, 1998, en ligne : France Queer Resources Directory <<http://www.france.qrd.org/texts/hauser-980424.html>> (ce rapport fait référence à deux personnes sans pour autant les considérer comme un couple) ; 2° I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob et La documentation française, 1998 [ci-après *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*] (dans ce rapport, l'auteur explique les raisons pour lesquels il est impossible, sauf à porter un danger à la civilisation, d'ouvrir le mariage aux unions de même sexe) ; 3° *Rénover le droit de la famille*, *ibid.* (ce rapport s'inscrit dans la continuité de celui de I. Théry : il renforce le couple parental et refuse aux unions homosexuelles de fonder une famille reconnue comme telle par le droit).

¹³⁶ Voir D. Borillo, «L'homophobie dans le discours des juristes» dans L.-G. Tin et G. Pastre, dir., *Homosexualités : expression/répression*, Paris, Stock, 2000, 156.

¹³⁷ Voir le hors-série «Le PACS» *Droit de la Famille* 4:12^{ter} (décembre 1999).

¹³⁸ Voir M. Pinton, «Le mariage républicain», en ligne : France catholique <<http://myweb.worldnet.net/~aimard/articles/article61.html>>.

on ne peut se référer à l'ordre conjugal sans prendre en compte le phénomène capital auquel il renvoie : la sexualité.

Si l'institution du mariage doit être réservée aux seuls couples de sexe opposé, c'est parce qu'ils sont supposés entretenir un certain type de rapports sexuels. Ainsi, parallèlement à l'ordre conjugal, se dessine un ordre des sexualités qui, par le biais du mariage, place l'hétérosexualité au rang de modèle, de canon en fonction duquel toutes les sexualités doivent s'interpréter. Lorsque l'ordre des conjugalités place le mariage à la tête de sa hiérarchie, il ne fait qu'énoncer la suprématie du coït hétérosexuel¹³⁹. Au cours du débat relatif au PaCS, le prêtre psychanalyste Tony Anatrella avait posé directement et ouvertement des questions fort significatives : «[q]u'est-ce donc que l'homosexualité pour lui accorder une place de plus en plus importante dans les représentations sociales ? La société doit-elle la légitimer, lui offrir un cadre juridique pour l'organiser, la financer par les impôts, en faire une norme ? Et de se répondre : «[I]nquiétude qu'inspire l'homosexualité, au-delà du respect des individus, est un sain réflexe de survie quand elle apparaît comme la négation du sens de l'autre, de l'amour objectal et de la filiation. Inscrire dans la loi le droit à la confusion des sexes est une folie dont les générations futures auront à assumer les conséquences»¹⁴⁰. À la même époque, un autre psychanalyste dénonce «l'économie globale du PACS», qui, d'après lui, «n'a d'autre but que d'avaliser l'équivalence quasi absolue des couples homosexuels et des couples hétérosexuels»¹⁴¹. En effet, si la loi dérange, ce n'est pas tant pour ce qu'elle est mais plutôt pour ce qu'elle pourrait devenir, à savoir l'anéantissement de la différence homo/hétéro.

Or, le privilège hétérosexuel est loin d'être aboli. L'ordre conjugal n'est nullement remis en question par les différentes lois sur le partenariat que nous venons d'analyser. Loin d'en finir avec l'inégalité, elles ne font que l'entériner. Respectueux de l'ordre symbolique hétérosexiste, l'ensemble des dispositifs relatifs aux couples gays instituent sans complexe l'infériorité sociale de l'homosexualité. Et, bien que ces lois permettent de régler des situations devenues particulièrement dramatiques à l'époque du sida¹⁴², elles n'impliquent pas un progrès moral. De même que la doctrine

¹³⁹ La supériorité morale et physique des rapports hétérosexuels vaginaux a été défendue par J. Finnis dans son célèbre article «Law, Morality and "Sexual Orientation"» (1994) 69 *Notre Dame L. Rev.* 1049 ; voir aussi R. George, *In defense of natural law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, et la critique de N. Bamforth, «Same-Sex Partnerships and the Argument of Justice» dans Wintemute et Andenæs, *supra* note 31. Sur les arguments avancés contre les homosexuels, voir D. Herman, *The Antigay Agenda. Orthodox Vision and the Christian Right*, Chicago, University of Chicago Press, 1997.

¹⁴⁰ T. Anatrella, «À propos d'une folie» *Le Monde* (26 juin 1999) 17.

¹⁴¹ A. Magoudi, «Et la différence des sexes ?» *Le Monde* (9 octobre 1998) 15.

¹⁴² Pour une analyse critique de l'usage du sida pendant le débat sur le PaCS, voir mon article : D. Borrillo, «Le Sida, un fait social et un phénomène politique» dans *Droits de l'Homme et Santé Publique. Actes du colloque du 11 mars 2000*, Paris, Ligue de Droits de l'Homme, 2000, 21.

du *separate but equal* de la Cour suprême des États-Unis¹⁴³ permit de concéder aux Noirs le bénéfice de certains droits, il n'en reste pas moins qu'elle fut la base du ségrégationnisme. Les arguments avancés aujourd'hui contre le mariage homosexuel véhiculent les mêmes peurs et les mêmes préjugés que ceux utilisés aux États-Unis pour interdire le mariage inter-racial¹⁴⁴.

Qui plus est, la morale sociale qui soutient aujourd'hui l'ordre juridique ne semble pas prête à élargir le droit au mariage pour l'ensemble des citoyens. Cette démarche impliquerait en effet de reconnaître l'homosexualité comme toute aussi valable et légitime que l'hétérosexualité. Le standard du raisonnable en Europe (à l'exception des Pays-Bas) semble bien être la tolérance de l'homosexualité en tant que manifestation de la vie privée et l'acceptation sociale des unions homosexuelles cantonnées à un statut périphérique, mis en scène juridiquement sous les habits du «partenariat enregistré», de la «cohabitation légale» ou du «pacte civil de solidarité».

Malgré la diversité des régimes juridiques européens relatifs aux unions de même sexe, l'ensemble est caractérisé par un trait commun fondé sur une même base morale : la tolérance. Si les démocraties européennes ont pu effectivement dépasser le stade de la pénalisation, elles n'arrivent cependant pas à abandonner la dialectique de

¹⁴³ Rappelons que cette dialectique naquit à l'occasion du contrôle de la loi de l'État de Louisiane qui obligeait la compagnie locale de trains à pourvoir des places «séparées mais égales» pour les Blancs et les Noirs. La Cour décida qu'une telle loi ne violait pas la Constitution des États-Unis, en ce sens que l'existence des lois ségrégationnistes, «[did] not necessarily imply the inferiority of either race to the other». La Cour expliqua que le standard du raisonnable est déterminé «with reference to the established usages, customs, and traditions of the people» : *Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) aux pp. 544, 550.

¹⁴⁴ Afin de justifier l'application d'une loi interdisant le mariage entre personnes de race différente, le *Circuit Court* du comté de Caroline (Virginie) considérait en 1966 que «Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix» (cité par la Cour suprême des États-Unis dans son jugement en appel : *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817 (1967)). En 1967, la Cour suprême fédérale trouva cette loi contraire à la Constitution américaine : *Loving c. Virginia*, *ibid.* Vingt-six ans plus tard, la Cour suprême de l'État de Hawaï considère, dans l'affaire *Baehr c. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993), que le refus du droit de se marier pour un couple d'hommes constitue une discrimination contraire à la Constitution. Aux arguments consistant à dire qu'il n'existe pas de discrimination parce que le mariage entre personnes de même sexe ne s'applique pour aucun homme ni aucune femme, la Cour de Hawaï répond que ces mêmes arguments avaient été refusés par la Cour suprême lorsqu'ils avaient été invoqués pour la question raciale. En effet, jusqu'à cette décision, aucun Noir ne pouvait épouser une Blanche ni une Noire un Blanc. Une situation semblable existait en France jusqu'à l'abrogation des règlements coloniaux en 1833 : voir J. Carbonnier, *Droit civil : la famille*, t. 2, 16^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1993 à la p. 60. Jusqu'à récemment, le régime d'apartheid de l'Afrique du Sud interdisait non seulement le mariage mais aussi les relations sexuelles entre Blancs et Métis, Noirs ou indigènes.

la tolérance et à articuler une véritable politique d'égalité. Un sentiment d'indulgence semble ainsi s'installer sans opposition dans l'ensemble des systèmes légaux. On n'approuve pas l'homosexualité, on l'admet tout simplement, et parfois même à contre-cœur. Dans cette logique, afin de nous rappeler cette hiérarchie des sexualités, le mariage demeure et doit demeurer en l'état, c'est-à-dire nécessairement hétérosexuel¹⁴⁵.

Le pluralisme moral qui fonde la société démocratique implique l'absence d'interférence dans les choix individuels¹⁴⁶. En refusant le droit au mariage à certains individus en raison de leur homosexualité, l'État manque à son obligation éthique principale. En effet, la neutralité du régime démocratique signifie qu'il n'a pas à encourager une sexualité au détriment des autres¹⁴⁷. Le maintien du privilège hétérosexuel est non seulement contraire à la morale libérale¹⁴⁸ mais, de plus, elle constitue une ingérence illégitime à l'égard de la double liberté individuelle de choisir l'état de personne mariée (par opposition à celui de célibataire, concubin, partenaire enregistré ou pacsé) et de choisir le conjoint avec qui se marier.

VI. Liberté matrimoniale et égalité des sexualités

Comme le signale Jean-Claude Bologne, «en deux mille ans d'histoire, l'institution du mariage aura accompagné toutes les mutations de la civilisation occi-

¹⁴⁵ La référence au mariage est utilisée dans mon analyse non seulement comme l'accès à un droit fondamental mais également comme le révélateur du regard que la société porte sur la sexualité. C'est pourquoi je n'entre pas dans le débat sur le caractère normalisateur ou subversif de la revendication du mariage gay ; voir W. Eskridge, «The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate and some Postmodern Arguments for Same-Sex Marriage» dans Wintemute et Andenæs, *supra* note 31. La critique conservatrice et celle postmoderne s'accordent pour donner au mariage une place capitale et une extraordinaire capacité à modifier les comportements humains. La première soutient qu'en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'institution se dénature et les fondements même de la société risquent de se trouver ébranlés ; la seconde considère de son côté que l'ouverture du mariage aux homosexuels finira par les domestiquer et les uniformiser au reste de la population. Ces approches relevant souvent plus du fantasme que d'une analyse stricte des arguments, je refuse de me consacrer à une sorte de science-fiction en pronostiquant une quelconque conséquence apocalyptique ou massificatrice de l'élargissement du mariage aux homosexuels.

¹⁴⁶ Voir notamment J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977 ; B.A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1980.

¹⁴⁷ Voir C. Feldblum, «The Limitations of Liberal Neutrality Arguments in Favor of Same-Sex Marriage» dans Wintemute et Andenæs, *supra* note 31.

¹⁴⁸ La situation aux États-Unis peut faire l'objet de critiques plus sévères. En effet, le droit fondamental au mariage est refusé aux unions homosexuelles ; «préventivement», le mariage a été défini comme exclusivement hétérosexuel par le *Defense of Marriage Act*, Pub. L. No. 104-199, § 3(a), 110 Stat. 2419 (1996).

dentale»¹⁴⁹. De l'alliance tribale à la domination des femmes en passant par les nombreux arrangements interfamiliaux, le mariage contemporain se fonde exclusivement dans la volonté individuelle et la liberté des conjoints. Si pendant très longtemps il demeura indisponible pour les individus (le mariage se contractait à vie), l'ensemble des pays européens ont intégré dans leur législation le droit au divorce, faisant ainsi de l'institution matrimoniale un contrat *sui generis* soumis à l'intention des époux. Détaché donc de sa nature statutaire, le mariage moderne est conçu aujourd'hui comme un droit fondamental au service de l'individu¹⁵⁰. En ce sens, il est protégé par la plupart des constitutions européennes ainsi que par la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁵¹.

Au fil des ans, la liberté individuelle est devenue l'axe autour duquel se structure l'édifice matrimonial. Ni la caste (qui, en droit romain, organisait jadis l'accès aux différents degrés de conjugalités, allant du *iustum matrimonium*, réservé aux citoyens romains, au *contubernium* pour les esclaves), ni la religion (qui, en droit canonique empêchait notamment les Juifs et les Protestants d'accéder au sacrement), ni encore la politique raciale (qui, dans les systèmes ségrégationnistes, interdisait aux individus de race différente de s'unir) ne conditionnent plus l'exercice de ce droit. Ce n'est pas non plus une quelconque finalité reproductive qui commande l'accès au mariage. Aussi bien les couples stériles que ceux qui choisissent volontairement l'usage de techniques contraceptives ne voient leur liberté matrimoniale affectée d'aucune manière¹⁵². De surcroît, les nouvelles méthodes procréatrices permettent de dissocier totalement sexualité et reproduction. C'est donc la volonté individuelle — engagée dans un projet affectif — et seulement elle qui fonde le mariage.

Comment se fait-il dès lors que, dans des sociétés au sein desquelles l'autonomie de l'individu est mise de l'avant et même célébrée, l'exercice d'un droit fondamental soit encore si farouchement refusé à des personnes en raison de leur orientation sexuelle ? Autrement dit, pour quelles raisons et en vue de quelles fins notre droit s'acharne-t-il encore à faire de la différence des sexes une *conditio sine qua non matrimonii* ?

¹⁴⁹ J.-C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Jean-Claude Lattès, 1995, couverture verso.

¹⁵⁰ Voir A. Bénabent, «La liberté individuelle et le mariage» (1973) 71 R.T.D. civ. 440.

¹⁵¹ Voir notamment *Constitution espagnole*, art. 32 ; *Constitution italienne*, art. 29 ; *Loi fondamentale allemande*, art. 6 ; *Constitution française*, préambule ; *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 9, art. 12.

¹⁵² Si la relation matrimoniale était évaluée en fonction de la procréation plutôt que de la relation intime entre deux personnes, si la filiation occupait une place aussi centrale dans la nature de l'acte matrimonial, cette situation devrait se refléter aussi bien dans la théorie des nullités que dans les causes de divorce. Or, l'impossibilité de procréer ou l'absence de projet parental ne constituent pas un empêchement à l'union ou un motif de rupture du lien.

Si le mariage a cessé d'être le moyen de légitimer l'activité essentiellement pécheresse qu'était la sexualité, laquelle, par le biais du sacrement chrétien, se voyait purgée du mal qu'elle contenait ; si la reproduction n'est ni une finalité ni une condition du mariage, ou encore, si l'institution matrimoniale ne fonde plus le couple ou la famille ; s'il n'instaure pas non plus la présomption de paternité (devenue simple moyen de preuve et non plus règle de fond) et si même la filiation unisexuée peut dorénavant être instituée par le biais de l'adoption plénière par un célibataire¹⁵³, quelle est donc encore la fonction politique du mariage, en tant que régime réservé à des individus de sexe différent ?

L'ensemble des arguments déployés, aussi bien par les États que par les institutions européennes, contre l'élargissement du mariage aux unions homosexuelles nous donne déjà un premier aperçu de la réponse. Le mariage doit être conçu et compris comme une institution sociale véhiculant une politique des sexualités. D'une façon plus ou moins euphémisée, revêtue du langage théologique ou prenant les habits de la psychanalyse ou de l'anthropologie¹⁵⁴, cette politique consiste en l'encouragement de l'hétérosexualité en tant que modèle dont l'État doit se faire le promoteur. Ce n'est pas autour de la pénalisation de l'homosexualité qu'elle s'organise, mais en fonction du contrôle d'accès aux ressources disponibles dans l'univers des conjugalités. Autrement dit, ce n'est plus la loi pénale qui fonctionne comme instrument de mise à l'écart des homosexuels, mais la loi civile. En réservant le mariage aux seuls couples de sexe différent, le droit civil institue la pratique hétérosexuelle comme la seule capable de constituer une référence sociale. Ainsi, en tant que coutume érotique supposée réactualiser la différence des sexes, l'hétérosexualité est présentée non seulement comme naturelle, mais aussi comme culturellement nécessaire, c'est-à-dire indispensable à la survie de la civilisation¹⁵⁵.

¹⁵³ Art. 343-1 C. civ.

¹⁵⁴ Pour une critique de l'usage abusif de l'anthropologie, voir l'article d'E. Fassin, «L'illusion anthropologique : homosexualité et filiation» *Témoignage* n° 12 (mai-juin 1998) 43.

¹⁵⁵ Les deux rapports rendus au gouvernement français concernant une future réforme du droit de la famille (*Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *supra* note 135 ; *Rénover le droit de la famille*, *supra* note 134) s'accordent sur la considération que seuls les couples parentaux et les conjoints peuvent constituer une famille. Les unions homosexuelles sont formellement exclues car les reconnaître comme étant une famille mettrait en danger les principes mêmes de l'organisation symbolique de la société et la structuration psychique de l'individu. Dans le même sens, C. Labrusse-Riou, dans un entretien pour *Le Monde de l'éducation* n° 264 (novembre 1998) 43 aux pp. 43-44, affirme :

La structure du mariage en Occident remonte à plus de 2000 ans. Il n'est donc pas plus facile de rompre l'héritage institutionnel que d'imaginer les conséquences qui peuvent en résulter dans les représentations que nous en avons [...] Mais le mariage qui, en l'état, implique la différence des sexes, n'est pas fait pour eux [les homosexuels] car le statut matrimonial est également construit en fonction des enfants et pour eux. [...]

VII. Les fissures juridiques de la pyramide conjugale

Bien qu'en l'état actuel le mariage continue à fonctionner en tant que mécanique justificatrice du droit d'exception, opérant ainsi une discrimination directe à l'égard des gays et des lesbiennes, un certain nombre des décisions judiciaires et de résolutions politiques commencent à mettre en évidence les contradictions du système et, par là même, à l'éroder dans ses fondements. La démocratisation des rapports sociaux, la lutte contre les exclusions et la mise en place d'actions antidiscriminatoires constituant aujourd'hui les combats politiques majeurs de l'Union européenne, il devient de plus en plus difficile de justifier le maintien du droit au mariage en tant que prérogative réservée aux unions hétérosexuelles.

Dans l'atmosphère laïque qui baigne l'Europe, imprégnée d'une progressive individualisation du social, «[l]a famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Que s'estompe le droit *de* la famille», s'exclamait le doyen Carbonnier, «parlons plutôt d'un droit de l'homme (et de la femme) à la famille : c'est une forme du droit au bonheur implicitement garanti par l'État»¹⁵⁶. Cependant, et malgré le libéralisme moral et la laïcité qui sous-tendent le droit européen, de nombreuses requêtes ont été rejetées par la Commission au motif qu'«[e]n dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité, [des relations homosexuelles durables] ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8»¹⁵⁷.

Malgré cette «jurisprudence», une évolution semble envisageable pour des raisons internes au fonctionnement de la logique des droits de l'homme et de la philosophie qui l'anime. Tout d'abord, rappelons que la *Convention européenne des droits de l'homme* est considérée par la Cour comme «un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles»¹⁵⁸. L'interprétation sociologique a été systématiquement utilisée par la Cour en considérant que la philosophie des droits de l'homme ne peut nullement être cristallisée dans un canon immuable, celle-ci étant une déclaration de principe susceptible d'évoluer. La Convention doit donc être interprétée à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les sociétés démocra-

Peut-on faire courir aux enfants les risques d'une déstructuration du système de parenté ou d'une mise en question de leur identité généalogique qui, à terme, s'inscrit dans la demande de certains homosexuels ?

Le juriste P. Legendre va plus loin en affirmant : «[t]outes les générations ont leurs impostures. L'homosexualisme en est une. [...] 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» : «L'"essuie-misères"» *Le Monde de l'éducation* n° 254 (décembre 1997) 35 à la p. 37.

¹⁵⁶ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979 aux pp. 171-72.

¹⁵⁷ *X. et Y. c. Royaume-Uni*, *supra* note 32 à la p. 223.

¹⁵⁸ *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), 26 Cour. Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 15, 2 E.H.R.R. 1.

tiques¹⁵⁹, caractérisées par «le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture»¹⁶⁰. En ce sens, l'évolution herméneutique de la notion de «vie privée» a permis de protéger efficacement les rapports homosexuels entre adultes consentants. Il n'existe pas de raison pour qu'un développement similaire ne se produise pas à propos de la notion de «vie familiale», et ceci pour des motifs qui tiennent à la nature même de cette notion. La «vie familiale» est interprétée par la Cour de Strasbourg de façon autonome, c'est-à-dire indépendamment de la qualification que les États font des liens interpersonnels. En d'autres termes, il importe peu qu'une relation soit considérée comme une famille par les États membres, la Cour se réservant la liberté de l'apprécier au cas par cas et de décider en fonction de critères qui lui sont propres, sans tenir nécessairement compte du droit national. Ainsi, la stabilité de la relation, la contribution à l'entretien du foyer, la durée du lien ou la volonté des parties, peuvent être des éléments suffisants pour qualifier une situation spécifique comme constituant une vie familiale.

Concernant la reconnaissance des familles homoparentales, un arrêt de la Cour ainsi qu'une décision de la Commission joueront un rôle décisif dans l'avenir. Il s'agit de l'affaire *X, Y, Z c. Royaume-Uni*¹⁶¹ du 22 avril 1997 et de la décision *Sutherland*¹⁶² du 1^{er} juillet 1997. Dans la première affaire, X était un transsexuel femme-homme, Y, sa compagne, une femme hétérosexuelle, et Z, leur fille issue d'une insémination artificielle avec donneur. X demanda aux autorités britanniques de l'inscrire en tant que père de Z. L'État refusa la demande en signalant que, du fait qu'il n'y pas de changement d'état civil, X est toujours considéré comme une femme et qu'il ne pouvait donc se réclamer de la paternité de Z : une femme ne peut pas être un père. La famille en question a fait appel à la Cour européenne, qui nota que

[p]our déterminer si une relation s'analyse en une "vie familiale", il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre¹⁶³ ;

en somme, tout élément susceptible d'informer de la réalité familiale factuelle. La Cour a ainsi reconnu qu'il existe une famille *de facto* de type embryonnaire entre une femme, un transsexuel et leur enfant issu d'une insémination artificielle avec donneur.

Dans l'affaire *Sutherland*, il s'agissait d'un garçon qui avait saisi la Cour, se plaignant d'une ingérence illégitime de l'État ainsi que d'un traitement discriminatoire du fait qu'en tant qu'homosexuel de seize ans, il ne pouvait s'engager dans une relation

¹⁵⁹ Voir *Marckx c. Belgique* (1979), 31 Cour. Eur. D.H. (Sér. A) 1, 2 E.H.R.R. 330.

¹⁶⁰ *Handyside c. Royaume-Uni* (1976), 24 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 23, 1 E.H.R.R. 737.

¹⁶¹ (1997-II) 35 Cour. Eur. D.H. 619, 24 E.H.R.R. 143 [renvois à Cour. Eur. D.H.].

¹⁶² *Supra* note 19.

¹⁶³ *X, Y, Z, c. Royaume-Uni*, *supra* note 161 à la p. 630.

sexuelle avec une personne de son sexe et de son âge, la loi anglaise établissant la majorité sexuelle pour les gays à dix-huit ans, alors que pour les hétérosexuels elle était fixée à seize ans. Au regard de la protection de la vie privée, la Commission a considéré qu'il existait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Partant de l'interprétation faite par la Commission, il est difficile d'imaginer que s'agissant de la vie familiale (valeur juridique plus importante qu'une simple relation sexuelle), la Cour puisse continuer à refuser aux familles homoparentales la protection de l'article 8. En effet, peut-on estimer qu'il y a discrimination basée sur la sexualité lorsqu'il s'agit de la vie privée et ignorer une telle discrimination lorsqu'il est question de la vie familiale ? Cela d'autant plus que cette même Cour, dans l'arrêt *Salgueiro*¹⁶⁴, énonce que le refus d'attribuer l'autorité parentale à un père en raison de son homosexualité constitue une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, c'est-à-dire une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Le but de l'article 8 n'est pas tant de protéger la famille au sens classique, mais plutôt l'exercice du droit subjectif à la vie familiale. La Convention assure le respect de la dignité humaine en garantissant aux individus la liberté d'organiser leur vie privée et leur vie familiale comme ils l'entendent. La Cour a elle-même signalé que «l'article 8 comprend le droit de créer et développer des relations avec d'autres individus». Au nom de quel principe cette même Cour pourra-t-elle continuer de refuser la qualification de «vie familiale» lorsqu'il s'agit de deux adultes du même sexe, qui décident de fonder une relation sur la base de leur affection réciproque ? Il est difficile d'imaginer que la relation entre deux personnes du même sexe et leurs enfants issus d'une filiation adoptive, biologique, d'une procréation médicalement assistée ou de tout autre technique reproductive, puisse demeurer en dehors de la protection de l'article 8. La Cour pourra-t-elle maintenir longtemps sa jurisprudence en l'état et considérer que l'article 12 de la *Convention européenne de droits de l'homme* vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologiquement opposé ?

La philosophie différentialiste ainsi que la hiérarchie des sexualités qu'elle véhicule seront de plus en plus difficile à défendre. Deux assemblées ce sont déjà formellement prononcées pour l'égalité dans le mariage. Aussi bien le Parlement européen¹⁶⁵ (par le biais de sa Résolution du 8 février 1994) que le Parlement des Pays-Bas ont

¹⁶⁴ Cette décision est d'une importance capitale car, pour la première fois, la Cour considère que l'orientation sexuelle est «couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention» : *supra* note 25 au para. 28.

¹⁶⁵ Voir *Résolution sur l'égalité*, *supra* note 41.

bouleversé l'ordre conjugal classique, mettant ainsi fin au privilège multiséculaire de l'hétérosexualité¹⁶⁶.

Suite à un rapport du 26 janvier 1994 dans lequel la députée écologiste allemande Claudia Roth dénonçait les discriminations dont sont encore victimes les homosexuels, le Parlement européen a adopté une résolution demandant à la Commission européenne de présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes qui tendrait à mettre un terme, entre autres,

à l'interdiction faite aux couples homosexuels de *se marier* ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes : la recommandation devrait garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats. À toute restriction au droit des lesbiennes ou des homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants¹⁶⁷.

Bien que les résolutions du Parlement ne disposent d'aucune force contraignante, la valeur symbolique de celle-ci pourrait peser significativement dans les prochains débats relatif à l'égalité des gays et des lesbiennes en Europe. Deux ans plus tard, le 9 mai 1996, une autre femme, la députée Renée Wagener, allant dans le sens de la résolution européenne, déposa au parlement luxembourgeois une proposition de loi sur la réforme du mariage dont l'article premier prévoit que «[l]e mariage constate l'union de deux personnes physiques de même sexe ou de sexe opposé»¹⁶⁸.

Le 16 avril 1996, le parlement néerlandais vota une motion en faveur du mariage entre personnes du même sexe et sur l'accès à l'adoption. Suite à cette motion, le gouvernement annonça la création d'une commission ayant pour mission l'étude de l'éventuelle ouverture du mariage aux couples de même sexe. Dirigée par le professeur Kortmann, la commission a rendu ses conclusions¹⁶⁹ en octobre 1997. Divisés sur la question de l'accès au mariage (cinq étaient pour et trois contre), les huit membres de la commission étaient tous d'accord pour interdire l'application de la présomption de paternité au sein des couples homosexuels. Le partenaire d'un parent homosexuel ne peut pas être automatiquement considéré comme l'autre parent de l'enfant. La

¹⁶⁶ Mes propos doivent tout de suite être nuancés car même la loi néerlandaise, la plus égalitaire à l'heure actuelle, n'accorde pas l'égalité parfaite en ce sens qu'il n'y a pas institution automatique de la paternité au sein du couple homosexuel ainsi que de lien de filiation adoptive conjointe pour les enfants issus de pays tiers.

¹⁶⁷ *Résolution sur l'égalité*, *supra* note 41.

¹⁶⁸ Chambre des Députés, Sess. ordinaire 1995-96, *Proposition de loi sur la réforme du mariage*, n° 4162 (21 mai 1996). Sans faire référence à la résolution du PE, l'exposé de motif de la proposition montre bien que le seul élément qui rattache encore le mariage à son passé canonique est la condition de la différence des sexes, autrement dit sa nature hétérosexuelle. «Il convient de dégager l'institution du mariage de son carcan religieux afin de lui donner une acceptation plus utilitaire», signale le texte.

¹⁶⁹ Voir *supra* note 71.

commission conseilla également de mettre fin à l'institution du partenariat enregistré une fois que le mariage aura été élargi aux unions homosexuelles.

La loi déposée par le gouvernement et votée très majoritairement par la chambre des députés (109 pour et 33 contre) suit les conseils de la commission Kortmann, ouvrant ainsi le droit au mariage pour les gays et les lesbiennes. La loi sur la filiation adoptive est également modifiée, permettant ainsi aux couples de même sexe d'accéder à l'adoption des enfants (à l'exception de ceux provenant de pays étrangers)¹⁷⁰.

Par ailleurs, avec la signature du *Traité d'Amsterdam*¹⁷¹ par l'ensemble des pays de l'Union, la lutte contre les discriminations est devenue un enjeu majeur de la politique européenne. L'article 13 établit :

Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹⁷².

Malgré le fait que le droit de la famille demeure un domaine réservé aux États, la valeur politique de cette disposition antidiscriminatoire pourrait jouer un rôle important dans la remise en question du monopole matrimonial hétérosexuel. Bien que le domaine professionnel soit le seul à être couvert par les directives¹⁷³ mettant en œuvre l'article 13, celui-ci ne perd pas pour autant sa vocation universelle, et rien ne s'oppose à ce que des dispositions antidiscriminatoires futures puissent s'étendre à d'autres champs, y compris ceux du couple et de la famille. De même, la *Charte européenne des droits fondamentaux*¹⁷⁴ adoptée par le *Traité de Nice* du 10 décembre

¹⁷⁰ Voir la partie II.B, ci-dessus.

¹⁷¹ *Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 2 octobre 1997, [1997] J.O. C. 340/1.

¹⁷² *Traité instituant la communauté européenne*, 10 novembre 1997, [1997] J.O. C. 340/3, art. 13 [version refondue], en ligne : Recueil des traités <<http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/treaties-fr.pdf>>.

¹⁷³ Seules les discriminations fondées sur la race sont interdites dans l'ensemble des situations de la vie sociale (emploi, logement, éducation, services, etc.). En revanche, les autres causes de discriminations, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle, sont interdites exclusivement en matière d'emploi : voir CE, *Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, [2000] J.O. L. 303/16.

¹⁷⁴ [2001] J.O. C. 80/43.

2000 prévoit dans son article 21 une clause générale contre toutes les discriminations, y compris celles fondées sur l'orientation sexuelle¹⁷⁵.

Dans ce contexte, délimité par l'ensemble des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, les résolutions du Parlement européen, le mandat antidiscriminatoire de l'article 13 et l'expérience égalitaire des Pays-Bas, il devient de plus en plus difficile de justifier l'exclusion des gays et des lesbiennes du droit fondamental à se marier et à fonder une famille. Tant que ces situations ne sont pas résolues, plutôt que d'un système pluriel, nous devons parler de régime ségrégationniste, certes euphémisé mais produisant les mêmes effets d'exclusion juridique que ses précédents. S'il est évident que l'Union européenne demeure l'espace le plus protecteur à l'égard des couples de même sexe, cette évidence ne doit pas cependant nous faire oublier que la situation est encore précaire et que l'exigence de l'État de droit implique la stricte application du principe d'égalité et de non-discrimination. Toute politique gradualiste qui n'est pas accompagnée d'un rappel constant des inégalités actuelles risque de faire du provisoire une situation définitive.

Conclusion

Si la condition de la différence des sexes a été pendant longtemps présentée comme consubstantielle au mariage, la revendication des couples gays et lesbiens oblige la société à réviser les catégories juridiques existantes, toujours fondées sur cette évidence.

Tout au long de mon étude, j'ai délibérément refusé de porter un jugement de valeur sur l'institution matrimoniale. Il ne s'agit en effet ni de la défendre ni de s'opposer à elle. Mon approche consiste à la traiter, d'une part, comme un droit subjectif et, d'autre part, comme une institution politique. En tant que droit subjectif, le mariage peut être analysé comme un révélateur du degré de démocratisation des liens privés et des rapports sociaux. Il accompagne l'évolution de notre civilisation. Il reproduit dans la vie domestique ce que l'État dicte pour la vie publique. En d'autres termes, la fonction symbolique du mariage reflète un ordre plus général qui a ses règles, ses procédures, ses statuts et ses outils de domination : lorsqu'il écartait les esclaves et les vaincus ou lorsque l'origine nationale ou ethnique organisait les critères d'accès au contrat social et au contrat familial, le mariage ne faisait que reproduire la

¹⁷⁵ Cet article demeure une déclaration de principe, car la Charte n'a pas encore été incorporée dans les traités constitutifs de l'Union. Mais une fois incorporée, elle ne servira pas à résoudre les questions relatives au droit de la famille. Comme pour l'art. 13, cette question demeure de compétence nationale. Il faut néanmoins mettre de l'avant sa valeur symbolique et ne pas négliger les portes que cet nouveau art. 21 est susceptible d'ouvrir, notamment dans les domaines de l'emploi, de la libre circulation et du traitement des fonctionnaires communautaires.

mécanique d'exclusion des appareils de l'État esclavagiste ou colonialiste. De même, la naissance au sein du mariage ou en dehors de celui-ci déterminait la qualité d'enfant légitime ou illégitime ; ou bien encore, le gouvernement exclusif du mari dans la vie domestique durant des siècles, reflétait l'idée selon laquelle la femme, en raison de sa nature, devait être assujettie à la tutelle de l'homme.

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 de droits identiques. De même, l'égalité politique des femmes a rendu possible la codirection du ménage et le partage de la responsabilité. 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 ethnie, 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, juives, athées ou catholiques, blanches ou noires, ne sont pas reconnues en tant que couples 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 inférieure¹⁷⁶.

L'ouverture du droit au mariage pour les gays et les lesbiennes représenterait dès lors le pas suivant dans le processus de démocratisation de la vie privée et pourrait constituer dans l'avenir, et suivant l'exemple néerlandais, la base d'un véritable pluralisme familial.

¹⁷⁶ Pour une analyse critique de la reconnaissance des couples de même sexe, voir l'article de E. Pissier, «Du PACS et de l'ambiguïté d'une tolérance» dans le numéro spécial «Les nouvelles intolérances» *La Revue de Deux Mondes* (novembre-décembre 1999) 153.