

N^{os} 4110¹
4162¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROPOSITION DE LOI

sur l'union libre

PROPOSITION DE LOI

sur la réforme du mariage

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(13.6.2000)

Par dépêche du 18 décembre 1995, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit à l'avis du Conseil d'Etat la proposition de loi sur l'union libre, déposée à la Chambre des députés par la députée Lydie Err dans sa séance du 7 décembre 1995.

Par une lettre du 17 mai 1996, le Conseil d'Etat fut encore saisi pour avis par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, de la proposition de loi sur la réforme du mariage, déposée à la Chambre des députés par la députée Renée Wagener lors de sa séance du 9 mai 1996.

A l'heure d'émettre son avis, le Conseil d'Etat ne se trouve toujours pas en possession de la prise de position du ministre de la Justice pourtant annoncée dans les deux lettres de saisine susmentionnées.

Les deux propositions de loi visées tendent à une révision en profondeur du statut de la cohabitation, la première en préconisant la „reconnaissance officielle“ du concubinage, la deuxième en ouvrant la voie du mariage aux couples formés de deux personnes de même sexe. Elles s'inscrivent en partie dans le mouvement des réformes entamées ou abouties dans certains pays avoisinants. Par leur caractère incitatif, elles remettent en cause les fondements juridiques d'organisation de la société et demandent partant d'être abordées sans précipitation, avec sérénité et sans *a priori*.

Le rôle du législateur „est particulièrement difficile dans ce type de questions de société. Il faut, en effet, tout à la fois préserver la cohérence du droit sur lequel se fondent les relations individuelles et prendre en compte en toute lucidité et dans un esprit d'ouverture les évolutions que connaissent les mœurs et les modes de vie“. (*Conclusions de M. Jean-François Weber, avocat général, en rapport avec l'arrêt de la Cour de Cassation française du 17.12.1997 in D. 1998, Jur., p. 113*)

*

L'effervescence médiatique rencontrée ces derniers temps par la manifestation publique de nouvelles formes de cohabitation en marge de l'institution officielle qu'est le mariage traditionnel d'un homme et d'une femme, ne doit pas faire oublier qu'au long de l'histoire différents types d'organisation de la communauté de vie ont toujours coexisté en fait, moins souvent en droit il est vrai (*voir p.ex. Conclusions de M. Marcel Dorwling-Carter, avocat général, en rapport avec l'arrêt de la Cour de Cassation française du 11.7.1989 in G.P., 1990, Jur., pages 218 et 219; Evelyne Sullerot, Pour le meilleur et sans le pire, Fayard, 1984, pages 35 à 37, 99 à 114*).

Si le phénomène en lui-même est donc plus classique qu'il n'y paraît, force est de relever qu'il s'affiche plus ouvertement de nos jours et surtout qu'il s'accompagne d'une plus forte aspiration à la

reconnaissance sociale et juridique. Il n'est plus sûr que le législateur puisse à la longue continuer à se désintéresser du concubinage en suivant la célèbre formule attribuée à Bonaparte: „Les concubins se passent de la loi, la loi se passera d'eux.“ Les deux propositions de loi ont en tout cas le mérite de (re)lancer le débat.

*

D'après Portalis, un des principaux auteurs du code civil (cité par E. Sullerot, p. 99 de son livre susmentionné), „le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer l'espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur destinée“. Le code civil ne définit pas le mariage, mais se contente de disposer à l'article 144 que „l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant seize ans révolus, ne peuvent contracter mariage“ et de l'assortir du devoir notamment de fidélité, de secours et d'assistance. On a coutume d'opposer à l'union instituée qu'est le mariage différentes formes d'unions inorganisées désignées sous des appellations diverses: concubinage, union libre, vie maritale ... En fait, sous l'impact de la jurisprudence, les différences entre le mariage et les autres formes de cohabitation, du moins hétérosexuelles, ont tendance à s'estomper. Le droit matrimonial dit institutionnel est ainsi de plus en plus influencé par des éléments contractuels touchant à l'essence même du mariage. Cette évolution vient encore d'être illustrée par une décision du Tribunal de grande instance de Lille du 26 novembre 1999 attribuant force exécutoire à une convention temporaire présentée par deux époux en instance de divorce et les dispensant notamment du devoir de fidélité. Les commentaires de Xavier Labbé en soulignent toute la portée: „Les époux peuvent-ils déroger par convention particulière à l'obligation de fidélité découlant du mariage et qui est érigée à l'article 212. c. civ.? La réponse à cette question dépend de l'image que donne aujourd'hui le droit du couple présidant la fondation de la famille. Elle est pour nous l'occasion de raviver une vieille discussion: si le mariage est une institution d'ordre public, on ne „pourra déroger par convention“ aux obligations impératives engendrées par celui-ci sans encourir la sanction de l'article 6 c. civ. Et, pour la question qui nous intéresse, on pourra plaider avec succès la nullité du „pacte de liberté“ par lequel les époux se délient de toute obligation de fidélité. Si, en revanche, le mariage n'est plus qu'un simple contrat civil soumis à des règles supplétives de volontés, ses effets pourront être conventionnellement aménagés par les époux. Et chacun pourra – pourquoi pas – valablement rendre sa liberté à l'autre.“ Et l'auteur en question de conclure: „[La] décision s'inscrit logiquement dans notre droit positif qui abaisse aujourd'hui le droit du couple au rang du droit des contrats en lui faisant perdre son caractère impératif.“ (*D. 2000, Jur.*, p. 254. *Dans le même sens: Frédéric-Jérôme Pansier, De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier, G. P. 1999, Doctrine, pages 287 à 289*)

Dans un autre ordre d'idées, il y a lieu de faire remarquer un fait de société aussi intéressant que paradoxal. Alors que les couples hétérosexuels vivant en concubinage, tout en se battant pour une plus grande sécurisation juridique de leur communauté, se défendent de s'engager dans les liens du mariage, les concubins de même sexe s'érigent de nos jours souvent en défenseurs farouches de la même institution. Les premiers fuient le mariage; les seconds y tendent avec détermination (*Bernard Beignier, A propos du concubinage homosexuel, D. 1998, Chroniques, pages 215 à 217*).

Nombreux sont les pays à développement social comparable au nôtre à être confrontés à des mutations fondamentales de la société. Elles n'émergent pas nécessairement partout en même temps et ne s'articulent pas forcément de la même façon. Mais toutes se meuvent devant une toile de fond foncièrement commune. Partout le droit de la personne et de la famille ouvre „un espace vertigineux d'interrogation“ (*Cf. Irène Théry; Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice / Editions Odile Jacob, La Documentation française, juin 1998*). Les réponses y apportées par certaines initiatives législatives prises notamment en Belgique et en France devraient à propos aiguïser notre curiosité et attiser notre intérêt. Parmi les documents à consulter, relevons:

- la proposition de loi concernant le contrat de vie commune, déposée à la Chambre des Représentants de Belgique (session ordinaire 1995-1996, 23.10.1995 / session ordinaire 1997-1998, 7.1.1998 / session ordinaire 1997-1998, 29.1.1998 / session ordinaire 1997-1998, 10.2.1998);
- la proposition de loi instaurant la cohabitation légale déposée à la Chambre des Représentants de Belgique (projet amendé par le Sénat / session ordinaire 1997-1998, 20.7.1998);
- la proposition de loi relative au contrat d'union sociale (enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 23.7.1997);

- la proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale (enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 23.7.1997);
- les propositions contenues dans le rapport Hauser visant à créer un pacte d'intérêt commun;
- différentes propositions de loi relative au pacte civil de solidarité (enregistrées à la Présidence de l'Assemblée nationale, les 13 et 14 octobre 1998).

Notons que le 23 novembre 1998 la Belgique a voté la loi instaurant la cohabitation légale. En France la loi No 99-944 relative au pacte civil de solidarité fut adoptée le 15 novembre 1999 (*J.O. 16.11.1999, p. 16959/D.1999, pages 515 à 517, Législation*).

Pour les besoins de la cause, le Conseil d'Etat se permet d'insister un peu plus longuement sur les péripéties ayant débouché sur la législation française précitée. Sauf pour ce qui est des pensions de survie le droit social a très tôt assimilé couple marié et concubins et leur a accordé une protection sensiblement égale, restant en cela fidèle à sa vocation première de „droit des besoins, [qui] doit tenir compte de tous les couples de fait et non seulement de quelques-uns“ (*Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, R.T.D.C. 1999, p. 35*. Pour une vue globale de la question, il est renvoyé à l'étude intitulée „*Vie maritale et droit de la Sécurité sociale*“ par Jean-François Lusseau dans la revue *Droit Social*, février 1980, pages 203 à 218). Avec l'appui de la jurisprudence, les personnes vivant maritalement se sont largement vu reconnaître le droit de pouvoir tirer avantage des instruments et théories de droit commun en matière patrimoniale: communauté d'intérêts pécuniaires régie par l'indivision, recours à la clause tontinière ou d'accroissement avec possibilité de mettre en œuvre l'action de in rem verso, libéralités entre concubins, exception à l'exigence de la preuve écrite, société de fait, droit commun de la responsabilité civile ... (voir *Frédérique Granet, Concubinage, Juris-Classeur, Civil, App. art. 144 à 228, Fasc. 50 / Encyclopédie Dalloz, verbo Concubinage*). Sur le plan du droit fiscal, les différences restent notables.

Néanmoins, au regard du rapprochement progressif des situations respectives des deux espèces de couples hétérosexuels, certains observateurs ont pu s'interroger sur les raisons pouvant encore motiver un homme et une femme à se marier puisque la vie maritale permet d'acquérir les droits de la vie conjugale et parfois même davantage (*Françoise Alt, Choisir la vie maritale ou la vie conjugale, S.J. 1983, Doctrine, 3119*). Du point de vue des personnes homosexuelles vivant en union libre, le bilan était cependant loin d'être jugé satisfaisant. La jurisprudence ne leur était pas favorable et comportait des solutions qu'elles ressentaient comme profondément discriminatoires. En fait, trois décisions de la Cour de Cassation de France étaient dans le collimateur.

Dans deux arrêts du 11 juillet 1989, la Cour de Cassation a donné une interprétation restrictive de la vie maritale en la limitant à „deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme“. Ces décisions avaient été prises sur les conclusions conformes de M. Marcel Dorwling-Carter fort éloquentes au sujet des considérations à la base des décisions critiquées par les partisans d'une ouverture. (*G.P. 1990, Jur., pages 217 à 228*) A noter que dans son arrêt du 17 février 1998 la Cour de Justice des Communautés européennes avait, dans une espèce semblable, abouti au même résultat en disant pour droit que : „Le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable, lorsqu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage, ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 119 du traité CE ou par la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.“ (*Affaire C-249/96 Grant/Rec. I-621 ou D. 1998, Informations rapides p. 85*)

Dans un arrêt du 17 décembre 1997, la Cour de Cassation de France allait confirmer sa jurisprudence antérieure en statuant que „le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme“. Dans ses conclusions, l'avocat général M. Jean-François Weber avait pourtant plaidé pour une extension jurisprudentielle, estimant que „c'est une des plus nobles missions de notre Cour que d'interpréter les textes en fonction de l'évolution de la société à laquelle ils s'appliquent“ et rappelant que „la simple interprétation de la loi ... permet d'adapter (la) jurisprudence à la réalité de la société actuelle“ (*D. 1998, Jur., p. 113*).

Ce dernier arrêt a été jugé malencontreux par d'aucuns. Ainsi, de l'avis de M. Bernard Beignier „il est d'autant plus regrettable que la Cour de Cassation n'ait pas saisi l'occasion que lui proposait l'avocat

général d'adapter sa jurisprudence par simple interprétation de la loi qu'à l'évidence celle-ci sera rapidement modifiée en ce sens par le législateur ... La Cour se place donc dans une situation de soumission à la loi alors qu'elle avait une belle occasion de magnifier la valeur du droit prétorien. On dit souvent qu'une bonne jurisprudence peut corriger une mauvaise loi, mais elle peut aussi en prévenir une" (D. 1998, *Chroniques*, p. 217).

Il n'est pas exclu que le refus de la Cour de Cassation de reconnaître au couple homosexuel les mêmes droits qu'aux concubins hétérosexuels ait fait avancer l'adoption de la législation sur le pacte civil de solidarité qui avait relayé le pacte d'intérêt commun (PIC), le contrat d'union sociale (CUS) et le contrat d'union civile et sociale (CUCS). La loi No 99-944 relative au pacte civil de solidarité fut adoptée le 15 novembre 1999 après d'âpres discussions et une bataille procédurale sans précédent (J.O. 16.11.1999, p. 16959).

Tout au long de l'élaboration de la loi en question, partisans et détracteurs s'affrontaient dans la presse (Voir p.ex. *Pour ou contre le PACS / Supplément du journal „Le Monde“ du 10.10.1998*). Les adversaires qualifiaient sans merci la réforme prévue de „mariage hall de gare" (Jean Foyer, *Le Figaro*, 27.5.1998), de „législation totalitaire" (Marie-Françoise de Saint Chamas, *Le Figaro*, 25.9.1998) ...

Par décision 99-419 DC du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel avait finalement déclaré conforme à la Constitution le texte à lui soumis, après toutefois y avoir apporté de nombreuses précisions et réserves d'interprétation. (Cf. Jean-Jacques Lemouland, *Présentation de la loi No 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, D. 1999, *Chroniques*, pages 483 à 487 / Raphaël Piastra, *Loi relative au PACS*, D. 2000, *Chroniques*, pages 203 à 208) Il a même été soutenu que la loi relative au PACS a franchement été réécrite par le Conseil Constitutionnel dont la plume généreuse aurait sauvé le législateur ... „comme un grand frère“:

„Alors, (en effet), que le texte soulevait maintes interrogations, dues aux imperfections de sa rédaction, le Conseil constitutionnel a fait le choix de le réécrire, faisant un usage peu modéré, en cette occasion, de la technique des réserves d'interprétation. La décision contribue ainsi à combler les lacunes du texte et à fournir diverses précisions nécessaires à sa compréhension. Sur le fond, c'est le régime même du PACS qui s'en trouve modifié ..." (Nicolas Molfessis, *La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil Constitutionnel*, S.J. No 10-8 mars 2000 pp. 399 à 407)

La loi susvisée définit le concubinage en complétant dans son article 3 le titre XII du livre Ier du code civil par une disposition conçue comme suit:

„**Art. 515-8.** Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.“

Aux termes d'une disposition inscrite sous l'article 1er ayant complété le livre Ier du code civil par un titre XII „Du pacte civil de solidarité et du concubinage“, „un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune" (Art. 515-1).

Il importe de relever que la loi est sans incidence sur le droit des personnes (état civil, filiation, autorité parentale). Le Conseil constitutionnel l'a souligné dans le quatrième considérant au regard des griefs tirés de la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence en rappelant que la loi soumise à son examen n'affecte en rien les autres titres du livre Ier du code civil intitulé „Des Personnes“.

Depuis la réforme de 1999, la France connaît donc désormais plusieurs formes de communautés de vie: le mariage traditionnel, le concubinage légal régi ou non par un pacte civil de solidarité et le concubinage de fait ne rentrant pas dans la définition de la loi.

Revenons maintenant sur la situation au Grand-Duché de Luxembourg. La situation démographique et sociale présente quelques particularités par rapport à d'autres pays européens, comme cela ressort du Bulletin „*Population et Emploi*“, Numéro 2/99 de juillet 1999 publié par le Statec, le CEPS/Insee et l'IGSS. Dans cette „*Histoire de couples: la place de l'union libre dans le paysage familial luxembourgeois*“, l'auteur Blandine Lejealle fait en effet état des observations suivantes:

„En schématisant l'évolution démographique de [la] dernière décennie, on observe une baisse de la nuptialité, une stabilisation de la divortialité et une augmentation de la natalité tant dans le mariage que hors mariage. L'ampleur de ces récents changements démographiques reste relativement limitée au Luxembourg par rapport aux autres pays européens: l'indicateur conjoncturel de

fécondité est supérieur à la moyenne européenne (1,69 contre 1,42 en 1995), le pourcentage de naissances hors mariage est inférieur à la moyenne européenne et n'a pas connu l'explosion qu'on a pu observer dans certains pays; les taux de nuptialité et de divortialité se maintiennent dans la moyenne des pays de l'UE. (p. 2)

[...] trois types de ménages (famille nucléaire classique, personne seule et couple sans enfant) représentent la quasi-totalité des ménages résidant sur le territoire luxembourgeois: près de 81% de l'ensemble des ménages. (p. 4)

Plus de 91% des couples sont mariés; autrement dit, seulement 9% de l'ensemble des couples ne le sont pas. A titre comparatif, on peut noter qu'en France, en 1997, 16% des couples n'étaient pas mariés. Au Luxembourg, parmi ces couples vivant en union libre, les couples de célibataires sont les plus nombreux (4,3% de l'ensemble des couples) [...]

Parmi les couples de moins de 35* ans, les couples non mariés représentent 17%, soit deux fois plus que pour l'ensemble de la population et trois fois plus que pour les couples de plus de 35 ans. Ce pourcentage témoigne d'une surreprésentation de l'union libre chez les jeunes. Concernant les couples de moins de 30* ans, l'union libre est encore plus répandue: un couple sur quatre n'est pas marié. (p. 5)“

Des données statistiques concernant les couples de cohabitants de même sexe ne sont pas disponibles. Aucune décision judiciaire visant la même catégorie de personnes n'a d'ailleurs été publiée.

La jurisprudence luxembourgeoise s'est par contre itérativement préoccupée de la situation de concubins hétérosexuels en retenant que:

- Le préjudice moral causé par la mort d'un être cher ne doit être réparé que s'il y a véritable désarroi de l'âme [...] En l'absence de degré de parenté légitime ou naturelle, il appartient au demandeur en indemnisation de rapporter la preuve du grand chagrin par le décès (App. 11.12.1972, Pas. 22, 231).
- Deux concubins peuvent constituer une société en établissant un compte bancaire commun (T. Arr. 6.12.1982, T. Arr. 4.11.1987, T. Arr. 4.5.1988, App. 13.3.1989, Pas. 27, 312).
- L'acte de libéralité se trouve frappé de nullité s'il a pour cause, c.-à-d. pour motif déterminant, soit la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération (App. 22.2.1984).
- L'impossibilité simplement morale de se procurer un écrit rend admissible la preuve par témoins selon l'article 1341 du code civil. Il est admis que cette impossibilité peut résulter de l'état de concubinage dans lequel ont vécu les parties. Il importe cependant d'établir dans chaque cas les causes qui ont fait obstacle à la confection d'un écrit, car la seule existence de relations d'affection entre concubins ne saurait automatiquement constituer l'impossibilité morale. Ce sont partant les relations de concubinage de longue durée s'étendant sur des années qui sont à considérer comme faisant obstacle à la rédaction d'un écrit (T. Arr. 13.2.1985, T. Arr. Diek. 15.1.1991).
- L'action de in rem verso est en principe admise entre concubins (T. Arr. 21.3.1985, T. Arr. 20.2.1991, T. Arr. 27.3.1991).

Le droit social ignore largement les concubins, ce qui, dans certaines situations, peut paradoxalement conduire à des avantages par rapport à un couple marié. Ainsi, en matière de paiement des cotisations, la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes a institué une solidarité indivise entre conjoints quel que soit le régime matrimonial régissant leur mariage. A cet égard les concubins sont privilégiés en comparaison avec des époux même mariés sous le régime de la séparation de biens. Signalons encore dans le même ordre d'idées les articles 197 et 204 du code des assurances sociales qui font perdre au conjoint survivant le droit à une pension de réversion en cas de remariage. Contrairement au droit civil qui, dans le cadre d'un divorce, prévoit que la pension alimentaire ne sera plus due en cas de communauté de vie du créancier avec un tiers (article 300, al. 4 du code civil), le droit social observe une neutralité bienveillante à l'égard du conjoint vivant en communauté domestique avec un nouveau partenaire et avantage de la sorte le concubin au détriment de la personne remariée.

*

* c'est l'âge du conjoint homme qui sert de référence.

Sans discuter en détail les deux propositions de loi sous avis, le Conseil d'Etat se doit d'émettre quelques observations générales en rapport avec la problématique soulevée par les deux initiatives parlementaires en cause.

La proposition de loi sur l'union libre se contente d'instituer un certificat officiel d'union libre et d'habiliter les concubins à conclure un contrat d'union libre devant notaire. Ce certificat peut être délivré par le préposé du bureau de la population de la commune de leur résidence commune „aux concubins majeurs célibataires, veufs ou divorcés par jugement de divorce coulé en force de chose jugée“ (art. 2, al. 2).

Le texte de la proposition de loi s'applique quelle que soit l'orientation sexuelle des concubins, ouverture à laquelle le Conseil d'Etat souscrit. Le Conseil d'Etat reproche cependant à la proposition de loi en cause de manquer d'ambition. D'après son auteur il s'agit en effet avant tout „de régler le partage de la communauté de fait en cas de séparation et d'éviter ainsi qu'une des parties ne se voie lésée par l'absence de législation sur l'union libre“. Cet objet est par trop limité. Les implications sociales sont complètement négligées. Ainsi, l'on peut se demander si la sécurité sociale peut toujours se permettre d'ignorer un fait social touchant un groupe de plus en plus important de la population surtout jeune. Par ailleurs le droit fiscal doit-il être encouragé à persister à traiter comme des tiers des personnes vivant ou ayant vécu en communauté domestique parfois pendant de longues années?

Toutes ces questions méritent une réponse. Le texte de la proposition de loi appelle partant quelques compléments et précisions. A cet égard le Conseil d'Etat estime notamment que l'union libre doit prendre fin non seulement par la déclaration conjointe des deux concubins, mais également par le mariage d'un des cocontractants.

La proposition de loi sur la réforme du mariage a pour objet d'ouvrir cette institution sans restriction aux couples homosexuels et d'abaisser à 16 ans l'âge nubile tant pour l'homme que pour la femme. Elle va beaucoup plus loin que les législations des pays limitrophes du Grand-Duché de Luxembourg. Le Conseil d'Etat se demande s'il existe une nécessité objective d'étendre telle quelle la législation sur le mariage à des couples homosexuels surtout dans l'hypothèse où le législateur serait amené à accorder dans le cadre de la législation sur l'union libre une protection légale aux concubins de même sexe ou de sexe opposé.

Aux termes de l'article 12 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950 „à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit“. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ledit article 12 vise „le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent“ (Cour EDHM 27.9.1990, Cossey: Série A, No 184; JDI 1991, p. 806). Certes, au vœu de l'article 8 de la convention susmentionnée „toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance“ et d'après la jurisprudence des juges européens cet „article 8 ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres liens de facto“ (CEDH, 13.6.1979, Marcks c/Belgique série A No 31). Il résulte néanmoins de l'ensemble des développements ci-dessus que le législateur national reste libre d'ouvrir ou non le mariage aux couples homosexuels. En s'y refusant il ne violerait d'aucune façon la Convention précitée du 4 novembre 1950.

Signalons encore que suivant l'article 11 de la Constitution „l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille“. Or, avec Irène Théry, l'on peut raisonnablement soutenir que „quelle que soit la situation juridique du couple, c'est la naissance d'un enfant, qui crée socialement la famille“ (op. cité p.42). Décidément „l'individu n'est pas un électron libre. Il a des contrats, des obligations, des responsabilités vis-à-vis du réseau qu'il intègre, et surtout des enfants dont il a la responsabilité“. (Dominique Gillot, Le Nouvel Observateur, 11-17.6.1998, Dossier Familles p.18)

L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 20 décembre 1993, prévoit d'ailleurs en son alinéa 1er que „dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou *des organes législatifs*, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale“.

Deux personnes de même sexe peuvent se croire fondées à invoquer des droits naturels en vue de voir légalement protégée leur communauté de vie, mais en va-t-il encore de même au regard du désir d'enfants? Ce n'est sans doute qu'au prix d'un singulier glissement sémantique qu'un couple homosexuel pourrait prétendre être investi du „droit naturel“ de procréer ou d'adopter. L'on pourrait au

demeurant s'interroger si les enfants n'auraient pas de leur côté un droit naturel autrement fondé à faire valoir, à savoir celui d'être élevé par un père et une mère, de grandir dans une famille avec des parents légitimes, naturels ou adoptifs, peu importe, mais biologiquement différents?

Ces considérations devraient influencer sur les réflexions à mener par le législateur dans le cadre de la réforme du droit de la famille en général. La proposition de loi instaurant le libre choix du nom patronymique des enfants déposée à la Chambre des Députés par la Députée Lydie ERR lors de la séance du 20 janvier 1994, rentre d'ailleurs également dans ce domaine.

Dans la déclaration gouvernementale présentée à la Chambre des Députés le 12 août 1999 il est dit que „les deux partenaires de la coalition sont d'avis que le mariage reste l'un des fondements de notre société et de notre droit civil. Il offre la meilleure protection juridique possible à la vie en couple durable entre homme et femme. Dès lors la loi continuera à protéger le mariage institutionnel. Les deux partenaires sont cependant conscients que de nombreux couples choisissent librement d'autres formes de communautés de vie. Ce libre choix est à respecter.

Ce libre choix soulève cependant un certain nombre de questions d'ordre humain, social et économique. Ces problèmes ne touchent pas seulement les couples d'hommes et de femmes, mais aussi les couples homosexuels et d'autres communautés, tels les fratries.

Les deux partenaires sont d'avis qu'il convient d'apporter au problème pratique des solutions légales ponctuelles, basées sur la notion de communauté domestique, et dès lors d'application générale à tous les couples.

Les solutions concerneront avant tout le droit social (assurance pension, assurance accidents, assurance maladie), le droit de la propriété (indivision, bail à loyer, tontine) et le droit successoral (aspects fiscaux)*.

L'œuvre de réforme devrait être conduite au vu des conclusions d'un débat aussi large que possible. Les discussions sur ces questions fondamentales et complexes d'organisation et d'orientation de la société seront d'autant plus fructueuses qu'elles seront menées en toute sérénité, sans moralisme ni prosélytisme de mauvais aloi. Le rapport d'Irène Théry intitulé „Couple, filiation et parenté d'aujourd'hui“ (publié en juin 1998 aux Éditions Odile Jacob / La Documentation Française) pourrait utilement servir de référence en la matière, sans oublier le rapport de la juriste Françoise Dekeuver-Defossez devant préparer la réforme du droit de la famille, initiée par Elisabeth Guigou (v. *Le Figaro*, 4 mai 2000).

Entre novembre 1999 et mars 2000 quelque 14.000 pactes civils de solidarité ont été déposés auprès des greffes des tribunaux d'instance de France. Dès l'entrée en vigueur de la loi certaines insuffisances de la réglementation en cause avaient cependant été signalées (cf. *Bernard Beignier, A propos du décret No 99-1089 du 21 décembre 1999 relatif au pacte civil de solidarité: problème quant à l'acte authentique, D. 2000, Point de vue V / Nicolas Molfessis, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil Constitutionnel, S.J. No 10 - 8 mars 2000 pp. 399 à 407*). La très forte opposition juridique de la part de la doctrine civiliste, quasi unanime, donne à réfléchir, d'autant plus que „les critiques envers le „PACS“ ne sont pas des critiques envers le concubinage, moins encore envers le concubinage homosexuel. En critiquant le „PACS“ on ne conteste pas les droits des couples homosexuels, on veut les organiser autrement et mieux. Le débat n'est pas *politique*, il est *juridique*“ (*Bernard Beignier, page 24 du hors-série, Le Pacs, Décembre 1999, Droit de la famille, Editions du Juris-Classeur*). Les incohérences du système mis en place allaient d'ailleurs rapidement se confirmer et nombreux sont les observateurs estimant que „le Pacs risque de susciter un lourd contentieux“ (titre d'un article publié dans le Monde du 26 avril 2000). Le Conseil d'Etat encourage le législateur national à tirer utilement profit des enseignements se dégageant de l'application de la loi française sur le PACS, de les confronter à l'expérience faite en Belgique avec la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale*, pour aborder ainsi dans les meilleures conditions l'œuvre de réforme annoncée dans la déclaration gouvernementale du 12 août 1999 ci-avant reproduite en veillant à aboutir à une solution d'ensemble embrassant toutes les branches du droit. Il s'agira de mener un véritable débat de société qui ne devra pas être confiné aux cénacles de juristes.

* dont la qualité technique est d'ailleurs jugée nettement supérieure au régime français par Me Jacques COMBERT, notaire, notamment en matière de régime des biens, de contenu et de forme de la convention ou encore de rupture (page 557 du numéro hors-série, *Décembre 1999, précité*).

Pour les raisons ci-avant développées les deux propositions de loi sous avis ne sont pas prêtes à être intégrées telles quelles dans notre droit positif. Aussi le Conseil d'Etat fait-il abstraction d'un examen détaillé des textes lui soumis. Les propositions de loi en cause ont cependant le mérite d'exister et d'inciter à réfléchir sur l'orientation future de la société. Selon les options prises au niveau politique le constituant sera le cas échéant amené à revoir son projet de révision du paragraphe (3) de l'article 11 de la Constitution qui s'énonce: „L'Etat garantit la protection de la famille et de la vie privée.“ (*Doc. parl. No 3923 B, Sess. Ord. 1998-1999, Projet de révision des paragraphes (1) et (3) à (6) de l'article 11 de la Constitution, position de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle*)

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 juin 2000.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Raymond KIRSCH