

DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DE L'ENFANT A UNE FAMILLE

La Mission s'est interrogée sur la manière dont la législation française respecte le droit de l'enfant à une famille. Trois dimensions du droit de la famille ont été examinées dans cette perspective : le couple, la filiation et l'autorité parentale.

PREMIERE SOUS-PARTIE : L'ENFANT FACE AUX TRANSFORMATIONS DU COUPLE

Il peut sembler surprenant de commencer à analyser le droit de l'enfant à une famille en abordant la question du couple, alors même qu'un couple sans enfant, en particulier s'il n'est pas marié, n'est en général pas considéré par la société comme constituant une famille.

Pourtant, dans la grande majorité des cas, le couple préexiste à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant, et celle-ci n'entraîne pas toujours un changement dans son organisation juridique. Or, la forme d'organisation du couple formé par les parents n'est pas, dans les faits, neutre pour l'enfant, même si l'évolution de la législation a progressivement gommé les différences qui subsistaient selon la situation juridique de la naissance des enfants.

Chaque individu doit être libre de choisir celui ou celle qui partage sa vie, le mode d'organisation de la vie commune et sa durée. La subsistance de pratiques visant à restreindre cette liberté ne saurait être tolérée. C'est pourquoi la Mission a souhaité étudier les moyens d'améliorer la lutte contre les mariages forcés, celle-ci contribuant aussi à la protection de l'enfance lorsque les victimes de mariages forcés sont encore mineures.

I.- L'ORGANISATION DU COUPLE

Depuis la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, le code civil prévoit trois formes d'organisation du couple : le mariage, le pacte civil de solidarité, créé par la loi précitée, ces deux formes correspondant à des situations de droit, et le concubinage, qui est une situation de fait. Cette différence conduit M. Alain Bénabent à préciser que « *la véritable opposition se situe entre, d'un côté, le concubinage, union de fait seulement constatée, et, de l'autre, le mariage et le PACS, deux véritables formes d'organisation entre lesquelles la différence tient essentiellement à la durabilité, donc à l'intensité de l'engagement* »⁽¹⁾.

Ces trois formes d'union induisent des droits et des devoirs différents. On constate en fait une certaine proportionnalité entre les droits accordés aux personnes formant le couple et les devoirs qu'ils ont accepté de remplir en choisissant l'une ou l'autre de ces trois formes d'organisation de leur vie, devoirs qui sont liés, comme l'observe M. Alain Bénabent, à la « durabilité » de l'engagement (*cf.* tableau en annexe n° 3).

Selon les données de l'INSEE, en 1990, seul 1,5 million de couples n'étaient pas mariés, ce qui représentait un dixième de l'ensemble des couples. Cette proportion a atteint un sixième en 1998, année où le nombre de couples non mariés atteignait 2,4 millions. Aujourd'hui, près de 25 millions de Français sont mariés, pour presque 5 millions de concubins et environ 300 000 personnes unies par un PACS⁽²⁾.

De l'ordre de 280 000 mariages sont contractés chaque année, contre environ 25 000 PACS par an en moyenne entre 2000 et 2003 et plus de 40 000 en 2004⁽³⁾. Enfin, l'INSEE évalue à 500 000 le nombre de couples de concubins qui se constituent chaque année.

La plupart des autres pays d'Europe offrent, comme la France, plusieurs formes plus ou moins organisées à la vie en couple.

(1) Table ronde du 12 octobre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur les formes d'organisation du couple l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

(2) Selon le ministère de la justice, entre fin 1999 et le premier semestre 2005, 169 531 PACS ont été déclarés et 21 531 ont été dissous.

(3) Près de 24 500 PACS ont été conclus au cours du premier semestre 2005.

Les différentes formes de vie en couple aux Pays-Bas

Les personnes désirant officialiser les liens qui les unissent disposent de trois possibilités aux Pays-Bas :

- le contrat de vie commune, librement rédigé entre les parties ;
- le partenariat enregistré, créé par la loi du 5 juillet 1997, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, qui a donné aux couples homosexuels la possibilité de régler officiellement leur vie commune (il est aussi ouvert aux couples hétérosexuels) ;
- le mariage qui, depuis le 1^{er} avril 2001, date de l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2000 ouvrant l'accès au mariage à des personnes du même sexe, n'unit plus nécessairement deux personnes de sexe différent.

– Le mariage

Les Pays-Bas ont été le premier pays à reconnaître le mariage des personnes de même sexe. Les règles relatives aux conditions et aux effets du mariage, aux obligations réciproques des conjoints, ainsi qu'à la dissolution de l'union (le divorce est prononcé par le juge) sont les mêmes, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple.

Le mariage entre deux personnes du même sexe ne produit pas les mêmes effets juridiques à l'égard des enfants que le mariage entre deux personnes de sexe opposé. Ainsi, il ne crée pas de lien de filiation entre un enfant et le conjoint homosexuel de son père ou de sa mère biologique ; en revanche le conjoint a une obligation d'entretien envers l'enfant aussi longtemps que dure le mariage.

Cependant, le 1^{er} janvier 2002, est entrée en vigueur une modification du code civil, qui attribue automatiquement l'exercice de l'autorité parentale conjointe aux personnes de même sexe qui sont mariées lorsqu'un enfant naît pendant le mariage et n'a, aux termes de la loi, qu'un parent. Ainsi, deux femmes mariées partagent l'autorité parentale si, à la suite d'une insémination artificielle, l'une d'elles donne naissance à un enfant qui, d'après la loi, n'a pas de père. En revanche, la règle ne s'applique pas si la naissance ne résulte pas d'une insémination artificielle et si le père reconnaît l'enfant dès la naissance.

– Les autres formes de vie commune

Les couples de sexe différent ou de même sexe qui ne désirent pas se marier peuvent choisir l'union libre, le contrat de vie commune, qui consigne les droits et les obligations des deux partenaires et ne produit pas d'effets sur les tiers, ou le partenariat enregistré.

Quand ils unissent deux personnes de sexe opposé, le mariage et le partenariat enregistré présentent une différence en matière filiation : le premier crée une présomption de paternité, tandis que, dans le second cas, l'homme doit reconnaître l'enfant pour devenir légalement le père.

Quand ils unissent deux personnes du même sexe, le mariage et le partenariat enregistré produisent les mêmes effets : ils créent tous les deux une communauté de biens, entraînent les mêmes droits successoraux et fiscaux... De même, les liens juridiques avec les enfants sont les mêmes dans les deux cas, car la loi sur l'adoption par deux personnes appartenant au même sexe s'applique indépendamment du statut juridique du couple, de même que les dispositions sur l'autorité parentale (y compris le partage automatique de l'autorité parentale en cas de naissance d'un enfant pendant la période de vie commune).

Mais, quel que soit le sexe des personnes, la principale différence est symbolique : le mariage est contracté après que les deux époux ont prononcé le « oui » solennel, tandis que le partenariat enregistré résulte d'une déclaration effectuée librement devant un officier d'état civil.

Par ailleurs, la dissolution du partenariat enregistré ne requiert pas, à la différence du divorce, de décision judiciaire lorsque les deux parties sont d'accord. Dans ce cas, il suffit de signer chez un notaire ou chez un avocat une convention réglant les conséquences de la séparation (sort du logement commun, partage de la communauté, droits à pension...) et de la faire enregistrer à l'état civil. En outre, la séparation de corps n'est autorisée que dans le cadre du mariage.

Il est possible de passer du partenariat au mariage, ou l'inverse, par un acte de conversion. Celle-ci ne modifie ni la situation contractuelle vis-à-vis du conjoint ni les liens de filiation avec les enfants. Ainsi, la baisse du nombre des partenariats homosexuels à partir de 2001 est généralement imputée à la conversion de certains d'entre eux en mariages.

L'office central néerlandais des statistiques donne les chiffres suivants :

Année	Partenariats			Mariages		
	entre deux hommes	entre deux femmes	entre un homme et une femme	entre deux hommes	entre deux femmes	entre un homme et une femme
1998	1 686	1 324	1 626	—	—	86 956
1999	894	863	1 500	—	—	89 428
2000	815	785	1 322	—	—	88 074
2001	285	245	2 847	1 339 ⁽¹⁾	1 075 ⁽¹⁾	80 432
2002	358	382	7 581	935	903	83 970
2003	446	453	9 074	727	759	81 135

(1) À partir d'avril.

A.— LES TROIS FORMES DE VIE COMMUNE : MARIAGE, PACTE CIVIL DE SOLIDARITE, CONCUBINAGE

M. Alain Bénabent a parfaitement résumé la gradation des trois formes de vie commune : *« Si l'on se place sous l'angle des rapports réciproques, il y a à l'évidence une gradation très nettement marquée. Entre les concubins, il n'y a rien. Les quelques conséquences juridiques attachées au concubinage sont exclusivement destinées à l'usage de tiers – les organismes sociaux notamment –. Mais il n'existe aucun droit ou devoir réciproque, ni pendant le concubinage, ni lors de la rupture. À l'extrême inverse, dans le mariage, on trouve tous les engagements réciproques. Le PACS se situe quant à lui à mi-chemin : il comporte certains engagements réciproques calqués sur ceux du mariage – devoir de solidarité, devoir de cohabitation –, mais ne comprend ni le devoir de fidélité – il n'y a donc pas de présomption de paternité dans le PACS –, ni de régime successoral ».*

Il souligne le lien entre cette gradation de droits et de devoirs et le caractère durable de l'engagement : *« La gradation se trouve ainsi dans l'intensité, dans la "durabilité" de l'engagement, mais également dans la notion d'engagement elle-même. Le concubinage n'existe qu'autant que l'union dure ; mais il n'y a aucun engagement. Dans le PACS, il y a un engagement et des obligations, mais avec un caractère non pas éphémère – un PACS peut durer longtemps –, mais bien précaire au sens juridique du terme, autrement dit susceptible de s'interrompre à tout moment. Dans le mariage au contraire, l'engagement est durable – ce qui ne signifie pas définitif –, en ce sens que, pour en sortir, il faut passer par une procédure ».*

Mais il observe que, si cette gradation est très claire en matière de relation au sein du couple, elle est moins nette pour les rapports entre le couple et les tiers et apparaît inégale selon les matières.

1.— Des conditions d'accès inégalement exigeantes

Le mariage, le PACS comme le concubinage unissent deux personnes et deux personnes seulement. Si le code civil ne définit pas le mariage, son article 147 interdit la bigamie et plusieurs de ses articles mentionnent les « deux époux ». Personne n'a d'ailleurs contesté jusqu'ici que le mariage unissait deux personnes. L'article 515-1 du code civil définit le PACS comme *« un contrat conclu par deux personnes physiques »*, tandis que l'article 515-8 du même code précise que le concubinage est une union de fait *« entre deux personnes »*. Ces trois formes d'union s'adressent donc bien à des couples, mais elles ne peuvent être choisies de

manière indifférenciée par tous les couples. En effet, les conditions d'accès au mariage sont les plus contraignantes, tandis que le concubinage est d'un accès parfaitement libre, l'accès au PACS se trouvant dans une situation intermédiaire.

a) Les conditions d'âge

Selon l'article 144 du code civil, « *l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* »⁽¹⁾, mais l'article 145 prévoit des exceptions à cette règle : « *Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage, d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». Le mariage des mineurs est possible, mais nécessite le consentement de ceux qui détiennent l'autorité parentale, un dissentiment entre eux valant consentement.

Un PACS ne peut en revanche être signé que par des personnes majeures, ce qui exclut à la fois les mineurs, même émancipés, et les majeurs sous tutelle, alors que ces derniers peuvent se marier avec le consentement d'un conseil de famille spécialement constitué.

Quant à la définition du concubinage qui figure dans le code civil, elle ne mentionne aucune condition d'âge.

b) Le sexe des personnes formant le couple

Si le fait que le mariage n'unisse que deux personnes n'est pas contesté dans nos sociétés, il n'en est plus de même de la condition de différence de sexe entre ces deux personnes. En effet, un mariage prétendant unir deux hommes a été célébré à Bègles le 5 juin 2004. La justice française s'est déjà prononcée à trois reprises contre ce mariage : le Tribunal de grande instance de Bordeaux s'est opposé à sa célébration dès le 27 mai 2004 ; il a ensuite déclaré ce mariage nul le 27 juillet 2004, décision qui a été confirmée le 19 avril 2005 par la Cour d'appel de Bordeaux.

(1) Après le Sénat, l'Assemblée nationale a adopté, le 15 décembre 2005, en première lecture, le relèvement à dix-huit ans de l'âge auquel une jeune fille peut se marier.

Cette déclaration de nullité a été justifiée par des arguments de droit français et de droit européen. Le Tribunal de grande instance a estimé que, si le code civil n'énonçait pas expressément la différence de sexe entre époux, c'est parce qu'elle allait de soi pour ses rédacteurs ; il a mentionné plusieurs articles du code civil qui, à propos du mariage, visent l'homme et la femme. Il a aussi rappelé la volonté du législateur de 1999 : « *les débats et les dispositions législatives relatives au PACS et au concubinage ont fait nettement ressortir la différence de sexe comme étant une condition de fond et une spécificité du mariage* ». Il a enfin estimé que la Convention européenne des droits de l'homme n'était violée ni dans son article 12 protégeant le droit de se marier, la jurisprudence ayant confirmé que celui-ci ne concernait que les personnes de sexe différent, ni dans son article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale, l'existence d'un droit à la communauté de vie pour les couples homosexuels étant permise dans un autre cadre, ni dans son article 14 qui interdit notamment les distinctions fondées sur le sexe (ou sur « *toute autre situation* », ce qui inclut l'orientation sexuelle). Reprenant pour l'essentiel cette argumentation, la Cour d'appel est allée jusqu'à considérer que « *la différence de sexe est une condition de l'existence même du mariage* » et que, en conséquence, la célébration ayant fait l'objet de la déclaration de nullité « *ne peut être considérée comme un mariage* ».

Il résulte de l'absence d'ambiguïté du raisonnement ainsi articulé par la Cour d'appel que, en l'état du droit, le mariage ne peut unir, en France, qu'un homme et une femme. C'est pourquoi le débat soumis à la Mission porte non sur le sens du droit existant mais sur la pertinence d'une éventuelle évolution de celui-ci.

Le PACS comme l'union libre peuvent en revanche incontestablement unir deux personnes de même sexe, comme l'a clairement décidé le législateur. L'article 515-8 du code civil précise que les deux personnes vivant en union de fait peuvent être « *de sexe différent ou de même sexe* »⁽¹⁾ ; les signataires d'un PACS peuvent de même être « *de sexe différent ou de même sexe* », en application de l'article 515-1 du même code.

Ainsi, les trois formes d'union sont offertes à un couple hétérosexuel, tandis qu'un couple homosexuel a le choix entre conclure un PACS ou vivre en union libre.

(1) Le législateur a ainsi mis un terme à la jurisprudence de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 17 décembre 1997 selon laquelle les concubins étaient forcément de sexe différent ; il a en revanche repris la définition jurisprudentielle des éléments constitutifs du concubinage.

c) Les empêchements

De même que « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* » (article 147 du code civil), il ne peut y avoir de PACS ni entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte, ni entre deux personnes dont l'une au moins est mariée (article 515-2 du même code). En revanche, une personne pacsée peut se marier, ce qui a pour conséquence de dissoudre le pacte (article 515-7 du même code). Ce type d'empêchement ne vaut pas pour le concubinage, qui est une simple union de fait ⁽¹⁾. Il en est de même des empêchements liés au degré de parenté ou d'alliance entre les membres du couple, qui ne valent que pour les situations de droit que sont le mariage et le PACS.

Liés à la prohibition de l'inceste, des empêchements induits par les liens familiaux jouent pour le mariage et pour le PACS, même s'ils ne sont pas rédigés dans les mêmes termes. Ne peuvent ni se marier ni s'unir par un PACS des ascendant et descendant en ligne directe, des alliés en ligne directe et des collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. Ces deux formes d'union sont donc exclues entre un frère et une sœur, entre un oncle et une nièce, par exemple. En revanche, les règles relatives au mariage distinguent entre les cas d'inceste absolu, pour lesquels aucune dispense ne peut être obtenue (entre ascendant et descendant, entre frère et sœur), et les cas d'inceste relatif, pour lesquels une dispense est possible (entre alliés, lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée, ou entre oncle et nièce ou tante et neveu). De telles dispenses ne peuvent être obtenues pour la conclusion d'un PACS.

Il n'existe en revanche aucun empêchement légal au concubinage, union de pur fait.

2.- Des devoirs très contrastés

Deux articles du code civil établissent les devoirs des époux l'un envers l'autre : l'article 212 prévoit qu'ils « *se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* » et l'article 215-1 les obligent à « *une communauté de vie* ». Cette dernière correspond aux principales obligations du mariage que Loysel résumait par la formule « *boire, coucher, manger ensemble* » ; elle recouvre une communauté physique et une communauté matérielle, même si les tribunaux ont admis dans certains cas le non-accomplissement du « *devoir conjugal* » et si la loi

(1) La jurisprudence a ainsi réparé le préjudice subi par une femme à la suite du décès, accidentel, de son concubin marié ; elle a même indemnisé à la fois l'épouse et la concubine.

du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce permet aux époux d'avoir deux domiciles distincts ⁽¹⁾.

Le devoir de fidélité interdit à un époux d'avoir des relations sexuelles avec une autre personne que son conjoint : la loi du 11 juillet 1975 précitée a supprimé le délit pénal d'adultère, mais celui-ci reste un délit civil. Ce devoir est le fondement de la présomption de paternité, qui ne s'applique que dans le mariage. L'assistance consiste en un devoir d'aide et de soutien entre époux, lequel varie selon leur âge, leur état de santé, leur situation professionnelle. Quant au devoir de secours, il est directement lié à l'obligation alimentaire entre époux et à leur contribution aux charges du mariage, prévues à l'article 214 du code civil. La contribution aux charges du mariage porte sur l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; le devoir de secours joue lorsque l'un des époux est dans le besoin, en particulier après une séparation. Ces devoirs peuvent conduire le juge, au cours d'une instance de divorce ou en cas de séparation de corps, à condamner l'un des époux à verser une pension alimentaire à l'autre. D'une manière générale, les manquements éventuels à ces obligations ne sont sanctionnés que s'ils sont allégués comme fautes dans un divorce.

Enfin, pour ce qui est des conséquences pécuniaires du mariage, les conjoints sont, en vertu de l'article 220 du code civil, tenus solidairement des dettes contractées par l'un d'eux pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, sauf pour des dépenses manifestement excessives ou pour les achats à tempérament ou les emprunts contractés sans le consentement des deux époux.

Les devoirs mutuels contractés par les personnes ayant conclu un PACS sont nettement moins lourds que ceux imposés aux époux, mais ils sont eux aussi fixés par le code civil et inspirés d'une logique assez proche de celle régissant le mariage. L'existence d'une vie commune est une condition à la signature d'un PACS, ce dernier ayant pour but d'organiser la vie commune (article 515-1 du code civil). Comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi relative au pacte civil de solidarité ⁽²⁾, la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes : elle suppose non seulement une résidence commune, mais aussi une vie de couple. L'obligation de vie commune acceptée par les personnes pacsées recouvre la même réalité que le devoir de communauté de

(1) Mais ils doivent choisir « d'un commun accord » le lieu de leur résidence familiale, qui est unique (article 215 du code civil).

(2) Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC.

vie des époux. Le devoir de co-résidence apparaît en revanche plus strict que pour les époux puisqu'il est interprété comme interdisant la conclusion d'un PACS à des personnes incarcérées.

L'autre devoir induit par le PACS figure à l'article 515-4 du code civil : il s'agit d'une « aide mutuelle et matérielle », dont les modalités sont en principe fixées par le pacte. Le Conseil constitutionnel a indiqué dans la décision précitée que toute clause méconnaissant le caractère obligatoire de cette aide serait nulle et que, si le pacte n'avait pas prévu ses modalités, il reviendrait au juge du contrat, en cas de litige, de les définir en fonction de la situation respective des partenaires.

En ce qui concerne la solidarité pécuniaire entre partenaires pacsés, elle porte sur les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun (article 515-4 du code civil). Paradoxalement, cette solidarité est absolue, sans que soit prévue une exception pour les dépenses manifestement excessives et pour les achats à tempérament et les emprunts contractés par un seul partenaire.

Enfin, la jurisprudence a ajouté une obligation de loyauté, qui relève du droit commun des contrats. Celle-ci est différente de la fidélité exigée dans le mariage, mais un huissier peut être désigné pour constater un manquement à cette obligation, manquement qui peut justifier une résiliation du PACS aux torts du partenaire fautif.

Le concubinage n'induit aucune autre obligation légale que ses éléments constitutifs. Le code civil le définit comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes (...)* ». L'union libre n'induit ainsi d'effets juridiques que lorsque la situation des concubins est empreinte d'une certaine stabilité imitée du mariage. Pour le reste, les membres du couple n'ont aucun devoir légal l'un envers l'autre. Ainsi, par exemple, mêmes si elles ont été contractées ensemble, les obligations envers les créanciers ne sont pas indivisibles ; les dépenses ne sont pas solidaires⁽¹⁾, même si elles ont été faites pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants et chacun supporte les dépenses de la vie courante qu'il a exposées. Cette absence de devoir mutuel se traduit par l'absence de tout droit à prestation compensatoire en cas de rupture du concubinage.

(1) Il arrive néanmoins que des juges appliquent la théorie de l'apparence : lorsque les tiers ont légitimement pu croire que les concubins étaient mariés, les dettes engagées par l'un peuvent engager l'autre. Mais cette solution est marginale, l'article 220 du code civil n'étant pas applicable aux concubins.

Il faut souligner que, si les différences de devoirs mutuels entre les membres du couple sont considérables selon la forme d'union choisie, elles sont inexistantes pour ce qui est des devoirs entre chaque membre du couple et ses enfants, dès lors que ceux-ci ont été reconnus. Cependant, seul le mariage s'accompagne de la présomption de paternité et dispense le mari de reconnaître les enfants dont sa femme a accouché. L'institution du mariage induit des conséquences en matière de filiation que les autres formes d'union n'ont pas. Selon la formule du doyen Carbonnier, « *le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité* ».

3.- Des droits partiellement différents

C'est bien la gradation des devoirs induits respectivement par le mariage, le PACS et le concubinage qui justifie l'octroi de droits différents aux couples, selon la forme d'union qu'ils ont choisie.

a) Des droits sociaux semblables ou très voisins

La jurisprudence et la loi ont progressivement rapproché les droits sociaux accordés aux couples, quel que soit leur statut légal. Le PACS étant assimilé, à tout le moins, à une forme de concubinage, tout droit ouvert aux concubins est automatiquement ouvert aux pacsés, même si son support juridique ne le mentionne pas explicitement.

Les **prestations familiales** et les **aides au logement** sont identiques et les prestations de l'**assurance-maladie et maternité** présentent peu de différences. Depuis la fin des années 1940, un concubin est ayant droit de son compagnon en ce qui concerne la sécurité sociale. Le capital décès de la sécurité sociale est versé à un époux, un partenaire ou un concubin. L'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale assimile le concubin et le partenaire lié par un PACS au conjoint marié pour les prestations en nature de l'assurance maladie-maternité, mais il n'en est pas exactement de même pour les prestations en espèce : l'allocation de repos maternel et l'indemnité de remplacement ne sont versées qu'aux conjoints collaborateurs des travailleurs indépendants, et non à leurs partenaires (ou concubins) ; la pension de veuf ou de veuve invalide n'est versée qu'au conjoint survivant invalide d'un assuré social.

Le statut de conjoint collaborateur d'un travailleur indépendant n'étant ouvert qu'au conjoint marié, un partenaire ou un concubin « collaborateur » ne peut être affilié au **régime vieillesse** du travailleur indépendant. Mais la principale différence en matière de prestation vieillesse concerne le droit à pension de réversion, qui n'est ouvert qu'au conjoint survivant.

Quelques différences subsistent en matière de **droit du travail**, qui reconnaît aux partenaires pacsés des droits encore refusés aux personnes en union libre. Comme les époux, les partenaires, mais non les simples concubins, bénéficient des droits suivants : autorisation d'absence de deux jours en cas de décès du partenaire, droit au congé simultané pour les partenaires travaillant dans la même entreprise, application du code du travail pour le partenaire salarié du chef d'entreprise qui participe effectivement et de façon habituelle, en percevant une rémunération, à l'activité de l'entreprise. En revanche, sont actuellement réservées aux conjoints : la possibilité de recourir à un contrat à durée déterminée ou à un salarié d'une entreprise de travail temporaire pour remplacer le conjoint participant à l'activité de l'entreprise ; la possibilité pour le conjoint de travailler avec un travailleur à domicile ; la prise en compte éventuelle du conjoint du débiteur pour définir les quotités de salaire saisissables.

Enfin, les règles en vigueur en matière d'**accidents du travail** ne permettent qu'au seul conjoint survivant de bénéficier du reversement de la rente d'incapacité permanente.

b) Des droits fiscaux distincts

L'un des principaux objectifs de la création du PACS était de proposer aux personnes qui ne pouvaient ou ne souhaitaient pas se marier un statut leur permettant de bénéficier de règles fiscales plus favorables que celles applicables aux concubins, que le droit fiscal traite comme des tiers dépourvus de liens juridiques (ce qu'ils sont effectivement).

- ***Les règles de l'impôt sur le revenu distinguent nettement les concubins d'une part, des époux et des personnes pacsées d'autre part***

La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité ouvrait des droits particuliers aux personnes pacsées au-delà d'une durée minimale de PACS de trois années. À compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire d'enregistrement du PACS, les partenaires bénéficiaient d'une imposition commune, de la même manière que les conjoints, qui en bénéficient à compter de la date de leur mariage. La loi de finances pour 2005 ⁽¹⁾ a supprimé ce délai et les conditions d'imposition à l'impôt sur le revenu des pacsés

(1) Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005.

sont désormais identiques à celles des personnes mariées ⁽¹⁾. Comme ces dernières, ils sont tenus solidairement au paiement de cet impôt, ainsi qu'à celui de l'impôt de solidarité sur la fortune, pour lequel ils sont également l'objet d'une imposition commune.

Les concubins sont en revanche assujettis à une imposition séparée, et, le cas échéant, se partagent, pour l'impôt sur le revenu, le nombre de parts afférentes aux enfants dont ils ont la charge.

- *La fiscalité successorale respecte des règles propres à chaque statut*

Les droits de mutation à titre gratuit obéissent à des règles très différentes selon les liens juridiques qui unissent les membres du couple.

Entre époux, s'applique un abattement de 76 000 euros en plus de l'abattement de 50 000 euros opéré sur l'ensemble de la succession ⁽²⁾. Il est aussi effectué un abattement de 20 % sur la valeur vénale réelle de l'immeuble constituant la résidence principale du défunt et de son conjoint. Le taux des droits de mutation s'échelonne ensuite entre 5 et 40 % selon la tranche.

Entre personnes pacsées, l'abattement est de 57 000 euros et le taux applicable de 40 % pour une première tranche allant jusqu'à 15 000 euros puis de 50 % pour la tranche supérieure. Comme en matière d'imposition commune à l'impôt sur le revenu, le délai imposé par la loi du 15 novembre 1999, qui était de deux ans, pour bénéficier de ces dispositions spécifiques a été supprimé par la loi de finances pour 2005. Cette dernière a aussi étendu au partenaire pacsé survivant le bénéfice de l'abattement de 20 % sur la valeur de la résidence principale du couple.

Entre concubins, il n'existe aucune règle particulière : comme entre tiers, un taux de prélèvement de 60 % s'applique à la valeur des biens transmis, laquelle ne bénéficie que d'un abattement de 1 500 euros.

(1) La seule différence qui subsiste est relative aux conséquences de la séparation des partenaires (articles 6 et 8 du code général des impôts) : si le PACS prend fin au cours de l'année civile de sa conclusion ou de l'année suivante, chacun des partenaires fait l'objet d'une imposition distincte au titre de l'année de conclusion et de l'année de rupture, comme si le pacte n'avait pas existé ; le bénéfice tiré de l'imposition commune pendant la durée du pacte doit être restitué. Un divorce prononcé peu de temps après le mariage n'a pas cet effet.

(2) Cet abattement, créé par la loi de finances pour 2005, est effectué sur l'actif net successoral recueilli soit par les enfants ou les ascendants et, le cas échéant, le conjoint du défunt, soit par ce dernier seulement.

Ces différences s'expliquent par la nécessité de limiter les risques de fraude. C'est à cette fin que les délais de durée de vie sous le régime du PACS avaient, dans un premier temps, été imposés pour bénéficier du régime spécifique à ce contrat. Le fait que les partenaires sont solidairement tenus au paiement de l'impôt a permis de supprimer rapidement cette condition. L'absence d'obligations entre concubins explique qu'ils soient considérés comme des tiers par le droit fiscal.

• *Des règles successorales qui suivent des logiques dissemblables*

Les différences des dispositions fiscales en matière de succession s'accompagnent de différences toute aussi importantes pour ce qui est des règles successorales. Le contraste entre les différents statuts a encore été accru par la loi du 3 décembre 2001 ⁽¹⁾ qui a amélioré les droits du conjoint survivant.

Sans entrer dans le détail des dispositions de cette loi, il convient d'en rappeler les grands principes. Si l'époux qui décède en premier laisse des descendants issus des deux époux, le conjoint survivant recueille l'usufruit de la totalité des biens ou la propriété du quart des biens, à son choix ; si les descendants ne sont pas issus du conjoint survivant, ce dernier recueille la propriété du quart des biens. En l'absence de descendants, le conjoint survivant recueille la moitié des biens si le défunt laisse ses deux parents, les trois quarts si celui-ci ne laisse que l'un de ses parents, l'ensemble de la succession s'il ne laisse ni son père ni sa mère. Dans ce dernier cas, les biens en nature que le défunt avait reçus par succession ou donation de ses parents sont dévolus pour moitié à ses frères et sœurs. En l'absence d'ascendant ou de descendant, le conjoint survivant est même héritier réservataire ⁽²⁾ pour un quart des biens.

D'autres avantages accordés au conjoint survivant s'ajoutent à ces droits sur la succession : un droit de jouissance gratuite du logement principal du couple pendant un an, un droit d'habitation du logement, s'il appartenait aux époux, et/ou un droit d'usage des meubles le garnissant, jusqu'à son décès, ainsi qu'un droit à pension alimentaire, s'il est dans le besoin et en fait la demande dans un délai d'un an.

(1) Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

(2) Avant son décès, le conjoint ne peut donc pas disposer par testament d'un quart de ses biens, lequel reviendra au conjoint survivant.

Si un époux est héritier réservataire en l'absence d'ascendant et de descendant, ni un partenaire, ni un concubin ne peut l'être. Ni le PACS ni le concubinage n'ouvrant de vocation successorale, le partenaire ou le concubin ne peut hériter qu'en vertu d'une disposition testamentaire. À la suite du décès du compagnon, pacsé ou concubin, le survivant peut néanmoins obtenir le transfert du bail du logement commun, même s'il n'est pas intervenu au moment de sa signature.

Pour ce qui est des libéralités, elles sont irrévocables dans les conditions de droit commun entre personnes pacsées et concubins, tandis que les donations de biens à venir sont toujours révocables entre époux. Depuis une décision de la Cour de cassation du 3 février 1999⁽¹⁾, les libéralités entre concubins ne sont plus annulées pour cause immorale en cas d'adultère ; la Cour a estimé qu'elles n'étaient plus contraires aux bonnes mœurs.

4.- Des modalités de dissolution plus ou moins formalisées

Si les droits et obligations varient considérablement selon la forme de vie commune choisie par les couples, les modalités de la dissolution des unions et ses conséquences matérielles sont encore plus différentes : selon les situations, elles vont du divorce pour faute avec versement de dommages et intérêts à une simple séparation de fait.

Depuis la fin des années 1990, environ 120 000 divorces sont prononcés chaque année ; environ 40 % des mariages prennent fin ainsi. Même si la loi du 12 mai 2004⁽²⁾ a pacifié le divorce, favorisé la recherche d'un consensus entre conjoints qui se séparent et réduit la durée de la procédure, le divorce reste une décision grave, qui nécessite l'intervention du juge.

Il existe désormais quatre formes de divorce : le divorce par consentement mutuel, lorsque les époux sont d'accord sur toutes les modalités de leur séparation ; le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage, quand les époux sont d'accord pour divorcer mais n'arrivent pas à s'entendre sur tous les effets de la séparation ; le divorce par altération définitive du lien conjugal, si l'un des époux ne veut pas divorcer alors que le couple est séparé de fait depuis deux ans ; et le divorce pour faute, lorsque l'un des époux ne veut pas divorcer alors que l'autre lui reproche des fautes rendant intolérable le maintien du lien conjugal. Dans toutes les

(1) Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 3 février 1999.

(2) Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

formes de divorce, le juge aux affaires familiales intervient : il peut se contenter d'homologuer la convention conclue entre les époux et de prononcer le divorce, en cas de consentement mutuel ; dans les autres cas, la conciliation ayant échoué, il prend des mesures provisoires, avant la phase contentieuse de la procédure, au cours de laquelle, à défaut de règlement conventionnel, il liquide le régime matrimonial et partage les intérêts patrimoniaux, attribue le logement familial, fixe une éventuelle prestation compensatoire, destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie de chacun, voire accorde des dommages et intérêts à un époux qui subit des conséquences d'une exceptionnelle gravité du fait de la dissolution du mariage.

La loi du 12 mai 2004 met certes l'accent sur l'importance de la conciliation et de la médiation, et sur la recherche d'un règlement conventionnel des problèmes matériels induits par le divorce, mais, en l'absence d'accord entre les époux, c'est le juge qui tranche.

Le juge aux affaires familiales n'intervient en revanche pas dans la dissolution d'un PACS ou la fin d'une union libre, sauf si, faute d'accord, il est saisi et alors amené à attribuer la résidence habituelle, voire un droit de visite et d'hébergement et une pension alimentaire lorsque le couple a des enfants. Le PACS se dissout par consentement mutuel, par rupture unilatérale, par le mariage ou par le décès de l'un des partenaires. Dans le premier cas, il suffit aux partenaires d'adresser une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance de leur résidence commune. Dans le deuxième, la déclaration de rupture sera signifiée par huissier au partenaire, puis copie en sera adressée au greffe du tribunal d'instance qui a établi le pacte initial ; le PACS prendra fin trois mois après la signification. Le partenaire qui subit la rupture pourra éventuellement demander réparation du dommage, notamment en cas de faute tenant aux conditions de rupture. Il pourra en être de même en cas de brusque rupture du pacte, provoquée par le mariage d'un partenaire. Le juge intervient également pour trancher les éventuels différends relatifs au partage des droits patrimoniaux. Il peut donc être amené à jouer un rôle pour le règlement des effets de la dissolution du pacte, mais il ne prononce pas la dissolution elle-même.

Le concubinage étant une situation de fait, la loi n'organise pas les modalités de la rupture. Celle-ci n'obéit donc à aucun formalisme et n'ouvre pas droit à prestation compensatoire. Elle ne constitue pas en elle-même une faute susceptible d'ouvrir droit à des dommages et intérêts, mais une réparation peut, de manière assez restrictive, être accordée pour rupture abusive si les circonstances établissent une faute, en application de la responsabilité du fait personnel de droit commun (article 1382 du code civil). Dans d'autres circonstances, une indemnité

peut être obtenue lorsque l'existence d'une société de fait entre les concubins est démontrée ou que l'enrichissement sans cause d'un concubin aux dépens de l'autre est établi. Mais il s'agit là d'exceptions. La liberté de l'union se retrouve dans sa rupture, le caractère protecteur du mariage transparaisant nettement en comparaison.

B.– AMELIORER LA GRADATION DES DEVOIRS ET DES DROITS

La Mission estime que cette gradation de devoirs et de droits, si elle peut être améliorée, est pleinement justifiée et permet à chaque couple de choisir, en fonction de sa situation, la forme de vie commune qui lui convient le mieux. Mais cette liberté de choix ne peut s'exercer que si les personnes connaissent précisément les droits et les devoirs induits par chaque forme d'union. C'est pourquoi la Mission juge primordial que soit assurée, dans le respect des choix de chacun, l'information des couples sur les protections et les obligations induites par les différentes formes de conjugalité.

Cette information peut être réalisée à différents moments, selon les situations : lorsqu'un statut légal est choisi, mariage ou PACS, elle doit être donnée au moment de la célébration ou de l'enregistrement ; dans le cas de l'union libre, elle pourrait être assurée lorsque le couple demande un certificat de concubinage. En tout état de cause, elle doit intervenir au plus tard au moment de la naissance des enfants.

Proposition :

– afin de garantir un choix libre et éclairé, informer les couples, tout particulièrement au moment de la conclusion d'un PACS, d'une demande de certificat de concubinage, du mariage ou de la naissance des enfants, des différences entre les droits et les devoirs offerts par le mariage, le PACS et le concubinage

1.– La liberté du concubinage doit être préservée

Seule la définition du concubinage figurant dans le code civil, cette forme d'organisation du couple ne pose guère de problèmes « techniques », contrairement au PACS.

Tous les concubins ayant la possibilité de conclure un PACS, on peut supposer que leur maintien dans l'état de « non droit » est un choix libre de leur part, qu'il convient de respecter. Néanmoins, cette liberté peut avoir des

conséquences dommageables dans certains cas, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence d'un éventuel encadrement du concubinage, en particulier pour protéger les plus faibles.

Au cours de la table ronde réunissant les associations familiales laïques et protestantes ⁽¹⁾, plusieurs intervenants ont souhaité que la reconnaissance légale du concubinage effectuée par la loi du 15 novembre 1999 conduise à « *l'augmentation des droits des couples concubins* » qui ne sont pas pacsés, ce qui est le cas du plus grand nombre. M. Bernard Teper, président de l'Union des familles laïques, a estimé que « *la France est l'un des pays européens qui accordent le moins de droits aux concubins* ».

Au cours de son audition, Mme Françoise Dekeuwer-Défossez ⁽²⁾ a dénoncé la situation de « non droit » dans laquelle le code civil renvoie l'union libre. Elle a insisté sur l'urgence qu'il y a à prévoir un certain nombre de protections pour le plus faible des concubins, en général la femme, au moment de leur séparation et en cas de violences domestiques.

M. Alain Bénabent observe que la liberté de rupture de concubinage est une conséquence de l'absence d'engagement formel entre les concubins. Mais il reconnaît que cette situation peut être lourde de conséquence : « *Lorsque les concubins, avant de se séparer, ont vécu longtemps ensemble, que leurs situations sont très déséquilibrées et que l'un d'entre eux a renoncé à une carrière professionnelle et à l'autonomie patrimoniale pour l'intérêt commun, il ne me paraîtrait pas aberrant qu'une compensation soit offerte à ce dernier. Cela pourrait du reste trouver un fondement dans l'obligation naturelle, mais le juge n'a pas le droit d'appliquer ce concept en tant que tel. Il faudrait cependant trouver un mécanisme compensateur différent de la prestation compensatoire réservée aux époux, et l'exercice est malaisé* ». Il souligne par ailleurs que ce « simple mécanisme d'équité » devrait naturellement s'appliquer aussi dans le cadre du PACS, ce qui le rapprocherait encore davantage du mariage.

Tout comme l'idée d'un renforcement des droits et obligations des pacsés suscite l'inquiétude des personnes les plus attachées à la souplesse de ce pacte, un encadrement du concubinage, même au seul bénéfice des plus faibles, heurte le principe de liberté qui fonde cette forme d'union.

(1) Table ronde du 29 juin 2005.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

Pour M. Éric Fassin, les couples doivent continuer à avoir le choix entre les différentes formes de conjugalité et la liberté du concubinage doit être préservée : *« Il ne s'agit pas de formaliser davantage le concubinage, mais de maintenir les options existantes en les modulant. La logique de liberté est inscrite dans les mœurs : les parents ont des enfants hors mariage, ce qui constitue une forme de liberté ».*

M. Daniel Borrillo tient lui aussi à éviter que l'on impose des devoirs à ceux qui ont choisi la liberté : *« Il convient cependant de se garder de toute évolution qui mettrait en cause l'autonomie de la volonté, et de ne pas suivre l'exemple de la loi catalane, qui, au bout de deux ans de vie commune, donne aux concubins des obligations, en particulier vis-à-vis des tiers. Je désapprouve les juristes qui ont proposé que le concubinage, en France, produise lui aussi des effets juridiques à partir d'une durée de deux ans de vie commune ».*

La protection, certes relative et prétorienne, reconnue dans certains cas aux concubins par le juge et les droits qui leur sont déjà accordés en matière sociale et de logement constituent des garanties suffisantes. Leur caractère relativement limité apparaît un prix à payer acceptable pour la liberté dont jouissent les concubins.

Il serait en effet logique qu'un renforcement des droits des concubins se traduise par une augmentation parallèle de leurs devoirs. Or préserver leur liberté suppose de maintenir l'absence de tout engagement de leur part, entre eux comme vis-à-vis de la société, et donc de ne pas accroître leurs droits.

En outre, les règles relatives à l'autorité parentale sont les mêmes, quel que soit le statut du couple. Les responsabilités qui échoient aux concubins en tant que parents sont donc identiques à celles des parents mariés.

La Mission estime donc qu'il convient de préserver la liberté du concubinage, laquelle constitue son essence, et donc ne pas imposer de contrainte particulière aux concubins dans leur vie de couple.

2.– Le pacte civil de solidarité doit devenir un contrat de couple cohérent

Si, au moment de sa création, le PACS a été présenté par le ministère de la justice comme un contrat purement patrimonial, l'insertion par le législateur des dispositions qui le régissent dans le livre premier du code civil consacré aux personnes témoignait déjà de son caractère particulier de « convention solennelle »

et le rapprochait au moins formellement du mariage. La décision précitée du Conseil constitutionnel a suivi cette logique. Elle a été parachevée par la récente décision de la Cour de cassation ⁽¹⁾ qui considère que, au regard du droit électoral, une personne pacsée est un membre de la famille de son partenaire. Ainsi, M. Alain Bénabent évoque-t-il la « matrimonialisation » du PACS.

Si cette évolution est critiquée par certains, aucune des personnes auditionnées ne s'est prononcée pour la suppression de ce pacte. En revanche, nombreux sont ceux qui ont souligné que ce texte, élaboré dans un contexte très passionnel et fruit d'un compromis entre la volonté réformatrice du législateur de l'époque et les prudences gouvernementales, présente des défauts qui justifient une réécriture. Les dispositions régissant le PACS manquent de cohérence et placent les couples dans une situation difficile. Les principaux problèmes découlent de la complexité du régime des biens qui repose sur deux présomptions d'indivision différentes selon le type de biens, de l'absence de toute exception au régime de solidarité des dettes et de la difficulté pour les tiers d'établir si une personne est pacsée ou non.

a) Les défauts du pacte civil de solidarité

Pour les adversaires d'une modification de la loi du 15 novembre 1999, ou les défenseurs de son maintien en l'état, réformer le PACS conduirait à le rapprocher du mariage, et donc à réduire la spécificité de celui-ci en tant qu'institution fondatrice du droit de la famille. Pour d'autres, un PACS trop proche du mariage reviendrait à créer un mariage *bis* ouvert, contrairement au mariage, aux couples de même sexe, ce qui maintiendrait une discrimination au détriment de ces couples, et limiterait les possibilités de choix entre les trois formes actuelles d'organisation du couple puisque les effets du PACS et du mariage ne différeraient plus guère.

M. Paul de Viguerie, président de la Confédération nationale des associations familiales catholiques, défend la première logique : « *si le PACS et le concubinage donnent droit aux mêmes avantages que le mariage, je ne vois vraiment pas quel intérêt les couples trouveront à se marier civilement, d'autant que s'ils veulent ensuite se séparer, ils doivent divorcer, procédure qui reste difficile même si elle est désormais pacifiée* » ⁽²⁾.

(1) Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 25 mars 2004.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

Mme Chantal Lebatard, administratrice de l'Union nationale des associations familiales (UNAF), n'est pas non plus favorable à un approfondissement des droits et des devoirs ouverts aux personnes pacsées : « *En rapprochant maintenant le PACS du mariage, on brouille les cartes et l'on crée une sorte de sous-mariage, ce qui ne clarifie pas le débat, n'assure pas la protection des intéressés et suscite des ambiguïtés* »⁽¹⁾. Elle rappelle que l'UNAF a toujours préconisé la création d'un statut ouvert aux seuls couples de même sexe, comme cela existe dans plusieurs pays européens.

La seconde thèse est présentée par M. Éric Fassin : « *En réponse aux demandes d'égalité entre les sexualités, sans doute certains proposent-ils de renforcer les droits et les devoirs du PACS, pour le rapprocher du mariage. Mais formaliser davantage le PACS, n'est-ce pas démentir la logique de liberté qu'ouvre la pluralité des modes d'organisation conjugale ? En outre, fût-ce au nom de l'égalité, n'est-ce pas contredire le principe d'égalité, puisqu'en alignant le PACS sur le mariage, on reviendrait subrepticement au projet de créer un mariage bis en ne laissant au mariage lui-même qu'une caractéristique en propre : l'exclusion des couples de même sexe ?* ». M. Daniel Borrillo craint lui aussi que la réforme du PACS ne conduise à moins de souplesse : « *il semble plus judicieux d'ouvrir le droit au mariage que de donner aux couples pacsés les mêmes droits qu'aux couples mariés. L'intérêt du PACS se trouve aussi dans sa plus grande souplesse. Lorsque l'on propose de nouveaux droits, s'ajoutent aussi des nouvelles obligations qui vont nécessairement rendre le PACS plus contraignant* ».

On trouve ainsi des adversaires à l'évolution du PACS aussi bien parmi les défenseurs du mariage traditionnel que parmi les promoteurs de son ouverture aux couples de même sexe.

Néanmoins, la plupart des personnes entendues par la Mission estiment que la gradation entre les trois formes d'organisation du couple, et notamment la spécificité du mariage, peut être maintenue même si le PACS offre plus de garanties aux partenaires. Elles soulignent presque unanimement les imperfections du texte actuel, que ce soit dans le régime des biens (l'indivision) qui, de fait, peut rendre très conflictuelle une séparation, que dans l'octroi des droits sociaux qui diffère selon les voies professionnelles choisies par les pacsés. De même, les devoirs d'un partenaire au regard du règlement des dettes de l'autre vont bien au-delà des obligations des conjoints mariés. L'absence de mention du PACS sur l'acte de naissance rend complexes certains actes de la vie courante. Enfin, certains

(1) Audition du 13 décembre 2005.

témoignent des effets d'aubaine du PACS, permis par la facilité de conclusion et de dissolution du contrat, notamment pour les mutations dans la fonction publique obtenues par la signature d'un pacte de complaisance. Au total, une majorité de personnes entendues se rejoignent pour défendre une réforme qui ferait du PACS un contrat de couple cohérent et équilibré, intermédiaire entre concubinage pur et mariage, sans lui donner d'effets en matière de filiation.

Les dispositions régissant les contrats voisins du PACS en vigueur dans d'autres pays (*cf.* tableau en annexe n° 4) témoignent de la possibilité d'améliorer le contenu du PACS tout en maintenant clairement sa différence par rapport au mariage, et ce même si dans certains pays les partenariats civils se sont progressivement rapprochés du mariage jusqu'à ne plus s'en distinguer que par des détails.

Si une réforme du PACS apparaît souhaitable au plus grand nombre, son contenu reste à déterminer. Le groupe de travail mis en place à la Chancellerie a étudié les différentes voies d'évolution et proposé une série de mesures, parmi lesquelles un choix peut être opéré.

b) Les propositions d'évolution élaborées par le groupe de travail du ministère de la justice

M. Dominique Perben, alors garde des Sceaux, a constitué un groupe de travail sur le PACS, qui a remis son rapport le 30 novembre 2004 ⁽¹⁾. Certaines des préconisations formulées par le groupe de travail sont purement techniques, d'autres sont de plus grande portée, et visent à établir un meilleur équilibre entre les droits et les devoirs des pacsés.

Elles sont globalement approuvées par M. Alain Bénabent : « *force est de reconnaître que, entre le mariage et le PACS, la comparaison est faussée, en ce sens que, contrairement aux hétérosexuels, les homosexuels n'ont pas de choix possible. Sur ce point, les améliorations du régime juridique du PACS telles que proposées par le groupe de travail apparaissent tout à fait séduisantes et de nature à assurer un équilibre satisfaisant* ».

(1) *Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme*, rapport remis à M. Dominique Perben, garde des Sceaux.

Elles sont aussi soutenues par un grand nombre d'associations, parmi lesquelles les associations de défense des droits des homosexuels, les associations familiales laïques mais aussi Familles rurales.

- *Des améliorations techniques*

En ce qui concerne la **conclusion du PACS**, plusieurs modifications utiles sont préconisées :

– il conviendrait de préciser que la convention écrite à laquelle la conclusion du pacte est subordonnée (article 515-3 du code civil) peut être un acte sous seing privé (comme c'est le cas aujourd'hui) ou un acte authentique passé devant notaire ;

– une fois la déclaration de PACS enregistrée par le greffier du tribunal d'instance, il serait souhaitable que la publicité de la conclusion du pacte (puis de son éventuelle dissolution) soit portée en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires par l'apposition d'une mention simplifiée ne révélant pas l'identité du partenaire, afin de libérer les greffiers de la lourde charge de délivrer des certificats de non-PACS, tout en assurant une certaine discrétion.

Le PACS bénéficierait ainsi d'un mode d'enregistrement actuellement réservé aux changements d'état des personnes.

Le groupe de travail suggère aussi de lever l'interdiction de souscrire un pacte pour les majeurs sous tutelle⁽¹⁾ (article 506-1 du code civil), de prévoir que les majeurs sous curatelle se fassent assister par leur curateur lors de la conclusion de la convention de pacte civil de solidarité⁽²⁾ et de reconnaître aux personnes incarcérées le droit de se pacser, même si elles ne remplissent pas complètement, du fait de leur incarcération, la condition de vie commune.

S'agissant des biens, l'article 515-5 du code civil prévoit deux régimes différents selon la nature des biens acquis pendant le PACS et deux présomptions d'indivision différentes : les meubles meublants sont indivis sauf déclaration contraire dans la convention initiale et les autres biens sont présumés indivis par

(1) Ils pourraient conclure un pacte avec l'assistance de leur tuteur ou en étant représentés par celui-ci, après autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

(2) Actuellement, devant le silence de la loi, ils peuvent conclure librement un PACS, malgré l'importance de conséquences patrimoniales de ce dernier.

moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose pas autrement. Le groupe de travail estime que le régime de la séparation des biens serait plus simple et beaucoup mieux adapté à la nature du PACS, lequel se caractérise par la liberté de sa rupture, les partenaires pouvant toujours opter conventionnellement pour un régime d'indivision organisée.

Afin d'éviter les **problèmes juridiques internationaux**, une règle de conflit des lois en matière de PACS devrait être insérée dans le code civil. Le rattachement du pacte à la loi du lieu d'enregistrement est préconisé.

- *Un rééquilibrage entre les droits et les devoirs*

Le groupe de travail propose plusieurs améliorations des **droits sociaux** des partenaires d'un PACS. Il est notamment demandé qu'une autorisation d'absence d'un jour soit accordée pour la conclusion d'un PACS. Par ailleurs, le groupe de travail souhaite que les droits sociaux des pacsés artisans ou indépendants soient améliorés. En effet, les pacsés salariés, et plus particulièrement ceux du secteur public et des grandes entreprises, se sont vus reconnaître l'ensemble des droits sociaux des couples mariés. En revanche, les pacsés salariés de PME, exerçant une profession libérale ou travailleurs indépendants, ne bénéficient pas de cet alignement des droits sur ceux des couples mariés, ce qui constitue une différence de traitement injustifiée.

La plus importante demande concerne le droit à pension de réversion. Le groupe de travail estime qu'il conviendrait d'ouvrir ce droit aux partenaires pacsés depuis deux ans, ce qui réintroduirait le délai que la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites a supprimé, s'agissant de la réversion entre époux. Cet encadrement lui semble justifié par la souplesse de la rupture du PACS par rapport à celle du mariage et par le caractère contractuel du premier.

En ce qui concerne le **régime fiscal** du PACS, après les améliorations apportées par la loi de finances pour 2005, le groupe de travail est favorable à l'extension au partenaire survivant d'un abattement global équivalent à celui accordé au conjoint survivant depuis 2005, et, au-delà, à l'alignement de la fiscalité successorale du partenaire survivant sur celle du conjoint survivant.

Un autre domaine dans lequel des améliorations du PACS sont demandées est le **droit des étrangers**. Ainsi, les conditions relatives à la durée de vie commune exigée pour l'obtention, par le partenaire étranger d'un Français, d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » mériteraient d'être précisées.

S'agissant des **devoirs entre partenaires**, le groupe de travail juge nécessaire d'apporter quelques précisions à la loi. D'une part, il estime que, créateur de droits, le PACS devrait comporter, comme le mariage, la reconnaissance d'un devoir d'assistance entre les partenaires. D'autre part, il considère qu'il serait juste de limiter le régime de solidarité actuel des pacsés à l'égard des tiers pour les dettes contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante, car cette solidarité va aujourd'hui bien au-delà de celle des couples mariés, puisqu'elle englobe, faute de précisions, les dépenses excessives. Il conviendrait également de préciser que l'aide mutuelle entre les partenaires est fonction de leurs capacités contributives respectives, ce qui n'est pas prévu par le texte.

c) Les autres revendications

Malgré leur accord sur l'ensemble des préconisations du groupe de travail, certaines associations souhaitent aller encore plus loin.

Ainsi, Homosexualités et socialisme et l'Interassociative lesbienne, gaie, bi et trans souhaitent que le PACS soit signé en mairie, sur les registres de l'état civil, ce qui augmenterait sa portée symbolique.

Ces deux associations demandent aussi que soit garantie aux personnes unies par un PACS une liberté de choix pour organiser leur succession. Au moment de la signature du pacte, elles devraient avoir le choix entre la situation actuelle (en l'absence de testament, le partenaire n'est pas considéré comme héritier) et un dispositif inspiré des droits du conjoint survivant marié (le survivant hérite entre la totalité et le quart des biens de son conjoint selon la situation familiale de ce dernier), qui permettrait de faire du partenaire un héritier, même en l'absence de testament.

Plus modestement, les notaires entendus par la Mission ont estimé qu'il serait utile d'ouvrir à une personne pacsée le droit au moins temporaire de continuer à occuper le logement du couple après le décès de son partenaire, qui en était le propriétaire, même s'il n'a pas été prévu qu'il en hérite. Un pas supplémentaire pourrait consister à permettre qu'un testament lui accorde un droit viager à l'occupation de ce logement.

Les notaires ont aussi évoqué la possibilité de s'inspirer du modèle en vigueur en Catalogne qui prévoit une forme particulière de partenariat enregistré, réservée aux couples de même sexe, laquelle donne à ceux-ci des droits proches de ceux accordés aux époux ⁽¹⁾, à l'exception de ceux liés à la filiation. Ce partenariat permettait d'accroître les droits, notamment patrimoniaux, des partenaires de même sexe, sans leur ouvrir le mariage.

d) Pour une réforme du pacte civil de solidarité

La Mission est favorable à une réforme du PACS qui résolve les difficultés apparues au cours des premières années de la mise en œuvre de la loi du 15 novembre 1999 et améliore l'équilibre entre les droits et les devoirs des partenaires pacsés, tout en respectant la spécificité du mariage.

En ce qui concerne les **modalités de conclusion et d'enregistrement** du PACS, la Mission est favorable aux propositions du groupe de travail. Il ne lui semble pas pertinent de prévoir une signature du pacte en mairie. En effet, elle ne veut ni nuire à la cohérence de ses propositions, ni apparaître comme hypocrite en conférant à la signature du PACS une trop grande ressemblance avec la célébration d'un mariage, alors que les droits et les devoirs en sont fondamentalement différents. En outre, l'enregistrement au tribunal d'instance assure aux pacsés une certaine discrétion, à laquelle beaucoup de personnes sont attachées. Dans les petites communes en particulier, les couples de même sexe qui se lient par un PACS ne souhaitent pas forcément attirer l'attention sur eux en le signant à la mairie. Pour ce qui est de la mention en marge de l'acte de naissance, la Mission considère qu'elle doit se limiter à l'indication du tribunal et de la date d'enregistrement.

La Mission souhaite que, par souci de simplicité et de sécurité, les présomptions d'indivision soient remplacées par un **régime de séparation des biens**, en l'absence d'autres dispositions dans le pacte.

(1) Le partenaire survivant peut conserver les meubles du logement, sauf les bijoux ou les objets de valeur particulière ; il a un droit au maintien dans le logement si le défunt en était propriétaire, sauf si ce dernier lui a accordé l'usufruit sur toute la succession pour une période supérieure à un an ; il a droit à la continuation du bail si le logement était loué. Lorsque les partenaires sont de sexe différent, ils ont aussi droit à des aliments dont la valeur est imputée sur l'actif successoral.

Afin notamment d'assurer à toutes les personnes pacsées le même traitement quel que soit leur employeur, elle se rallie à l'ensemble des propositions du groupe de travail en matière de **droits sociaux**. Le seul point sur lequel elle se distingue de celui-ci est l'ouverture du droit à pension de réversion : elle estime que ce droit ne doit être accordé qu'aux partenaires pacsés depuis au moins cinq ans, et pas depuis deux ans seulement, comme le suggérait le groupe de travail. Il s'agit d'empêcher tout risque d'abus.

En outre, afin d'**éviter la conclusion de « PACS blancs »**, la Mission souhaite soumettre les droits sociaux ouverts par le pacte à la preuve que les revenus des partenaires font l'objet d'une imposition commune. Par la liberté de séparation qu'il offre, le PACS ouvre des possibilités de fraude plus importantes que le mariage. Avant de leur accorder des droits, il convient donc de vérifier la réalité de l'engagement des partenaires, en exigeant qu'ils se soumettent à l'obligation d'imposition commune, prévue par le code général des impôts.

En matière de **fiscalité successorale**, la Mission estime qu'il serait équitable d'étendre au partenaire survivant le bénéfice de l'abattement spécifique de 50 000 euros sur l'ensemble de l'actif successoral, ouvert depuis 2005 au conjoint survivant (article 775 *ter* du code général des impôts). La Mission ne souhaite pas aller au-delà en alignant la fiscalité successorale du partenaire survivant sur celle du conjoint survivant ou en faisant du partenaire survivant un héritier en l'absence de testament. Elle considère en effet qu'il est très facile de rédiger un testament et que le pacte lui-même peut contenir des dispositions testamentaires.

En revanche, elle juge nécessaire de permettre au partenaire survivant de bénéficier du **droit de jouissance gratuite du logement** du couple pendant un an après le décès, lorsque le logement appartenait au partenaire défunt (article 763 du code civil). Quand le logement est loué, le partenaire, comme le concubin, peut déjà obtenir un transfert de bail. Il convient d'éviter qu'une personne en deuil soit brutalement chassée du logement qu'elle occupe, pour le seul motif que son partenaire en était propriétaire. Dans la même logique, elle est favorable à ce que, lorsqu'il existe un testament en faveur du partenaire, celui-ci puisse avoir un droit viager d'habitation du logement (articles 764 à 766 du code civil) et un droit d'attribution préférentielle de la propriété du logement (article 832 du code civil).

Comme le propose le groupe de travail, la Mission souhaite que l'aide mutuelle et matérielle entre partenaires soit définie, et, en particulier, qu'il soit précisé que la contribution des partenaires aux charges de la vie commune est fonction de leurs facultés respectives. Elle estime juste d'écarter les dépenses excessives de la solidarité à l'égard des tiers en ce qui concerne les dettes

contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante. Il s'agit là de protéger les partenaires pacsés qui sont soumis aujourd'hui à un régime de devoirs plus important sur ce point que les conjoints mariés.

Enfin, pour que la consolidation des droits sociaux et fiscaux des personnes pacsées s'accompagne d'une réaffirmation de leurs devoirs mutuels, la Mission préconise la reconnaissance d'un **devoir de soutien** entre partenaires : il s'agit essentiellement d'affirmer un devoir d'aide et de soins mutuels, qui dépasserait les seules solidarités financières.

Propositions :

– la conclusion et l'enregistrement du PACS :

– préciser que la convention écrite à laquelle la conclusion du pacte est subordonnée peut être un acte sous seing privé ou un acte authentique passé devant notaire

– maintenir l'enregistrement par le greffier du tribunal d'instance, mais porter l'existence et, le cas échéant, la dissolution du pacte en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires par l'apposition d'une mention simplifiée ne révélant ni l'identité, ni le sexe du partenaire

– lever l'interdiction de souscrire un pacte pour les majeurs sous tutelle, prévoir que les majeurs sous curatelle se fassent assister par leur curateur lors de la conclusion et de la dissolution du pacte civil, et reconnaître aux personnes incarcérées le droit de se pacser

– le régime des biens :

– remplacer les présomptions d'indivision en vigueur par un régime de séparation des biens, les partenaires pouvant toujours opter conventionnellement pour un régime d'indivision organisée

– les droits sociaux :

– instaurer une autorisation d'absence d'un jour pour la conclusion d'un PACS

– permettre le recours aux contrats à durée déterminée pour remplacer un partenaire participant effectivement à l'activité professionnelle de l'entreprise

– permettre le recours aux employés des entreprises de travail temporaire pour remplacer le partenaire participant effectivement à l'activité de l'entreprise

– considérer comme travailleur à domicile la personne qui travaille avec son partenaire

– considérer le partenaire comme une personne à charge pour le calcul de la part saisissable et cessible de la rémunération

- étendre les prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité aux partenaires
- étendre aux partenaires les droits en matière d'accidents du travail
- permettre l'affiliation du partenaire collaborateur d'un travailleur indépendant au régime d'assurance vieillesse de ce dernier
- ouvrir le droit à pension de réversion aux partenaires pacsés depuis cinq ans
- soumettre l'ouverture des droits sociaux offerts par le PACS à la production de la preuve de l'imposition commune des revenus des partenaires
- **la fiscalité successorale :**
- étendre au partenaire survivant l'abattement supplémentaire de 50 000 euros accordé depuis 2005 au conjoint survivant
- **le régime successoral du logement :**
- donner au partenaire survivant un droit temporaire de jouissance gratuite du logement pendant un an
- lorsque le partenaire survivant est légataire, lui donner un droit viager d'habitation du logement
- lorsque le partenaire survivant est légataire, lui donner un droit d'attribution préférentielle de la propriété du logement
- **le droit des étrangers :**
- préciser par voie de circulaire les conditions relatives à la durée de vie commune exigée pour l'obtention, par le partenaire étranger d'un Français, d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale »
- **les devoirs entre partenaires :**
- équilibrer l'aide mutuelle et matérielle entre partenaires en prenant en compte leurs facultés contributives
- limiter le régime de solidarité à l'égard des tiers pour les dettes contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante, en excluant les dépenses excessives
- créer un devoir de soutien entre partenaires

3.– Le mariage républicain doit rester l'institution fondatrice de la famille

Les travaux de la Mission ont bien montré la fragilisation du mariage républicain, des couples de plus en plus nombreux faisant du concubinage un choix de vie durable, y compris après l'arrivée d'enfants au foyer. Néanmoins, la majorité de la Mission considère que le mariage civil présente des caractéristiques qui justifient, dans l'intérêt de l'enfant, qu'il garde toute sa place dans le droit de la famille.

a) Le mariage civil n'est pas seulement un contrat

Le mariage n'est pas seulement la forme de vie commune qui assure la meilleure protection de ceux qui l'ont choisie. Il est aussi, et surtout, la seule « à produire des effets familiaux », pour reprendre la formule utilisée par le garde des Sceaux devant la Mission⁽¹⁾. Le mariage n'est ainsi pas seulement la reconnaissance contractuelle de l'amour d'un couple. C'est un cadre exigeant de droits et de devoirs conçu pour permettre l'accueil et le développement harmonieux de l'enfant.

Les juristes reconnaissent au mariage une dimension institutionnelle, que M. Jean Hauser présente en ces termes : « *Le mariage est l'objet d'un droit et d'une liberté fondamentale mais, contrairement à bien d'autres droits individuels qui s'exercent par des actes dont le seul cadre est la liberté des conventions, le mariage a une autre dimension. S'il est le droit de conclure un acte individuel, il est aussi le droit de choisir un modèle défini et protégé, au moins en principe, par la société. Le mariage n'est pas seulement un droit ou une liberté, c'est aussi une institution sociale* ».

Tous les représentants des confessions religieuses entendus par la Mission⁽²⁾ ont unanimement mis l'accent sur le rôle fondamental du mariage comme institution sur laquelle se fonde la famille, tout en reconnaissant la spécificité française que constitue le mariage civil obligatoire, qui fait de cette institution un pilier de la République laïque au-delà du sacrement religieux.

(1) Audition du 13 décembre 2005.

(2) Auditions du 7 décembre 2005.

L'archevêque de Paris André Vingt-Trois justifie le rôle de l'institution du mariage dans la société en ces termes : « *Différents aménagements législatifs de ces dernières décennies induisent l'idée que le mariage n'est qu'un contrat purement privé entre les individus, fondé sur leur seule affectivité et sur un désir d'union dont ils définiraient eux-mêmes les conditions et à laquelle ils mettraient un terme quand ils le souhaitent. Si l'on persévère dans cette vision d'une gestion législative de contrats privés, on vide toute possibilité d'expression de l'intérêt de la société dans le mariage. La société se prive de son droit légitime à dire en quoi le mariage importe à sa stabilité et à son renouvellement* » ⁽¹⁾.

Pour sa part, le Grand Rabbin Joseph Sitruk considère que « *la famille [qu'il] appelle "légitime", c'est-à-dire issue du mariage, est la seule manière de concevoir utilement l'avenir. Le mariage est la base de la responsabilité* » ⁽²⁾.

Certaines des loges maçonniques partagent cette conviction, que M. Jean-Pierre Pilorge, Grand Secrétaire de la Grande loge nationale française, a exprimée en ces termes : « *La valeur sociale du mariage vient de ce qu'il est la pierre d'assise assurant la stabilité de la famille, cellule de base de la société. Par l'union conjugale, le couple hétérosexuel qui fonde la famille fournit un milieu stable et propice à la prise en charge des enfants et à l'éducation des générations futures. La famille est la base du lien social qui s'établit entre les générations qui se succèdent et qui font ainsi l'apprentissage de l'amour et de l'altérité. Le mariage est l'institution sur laquelle est fondée la société occidentale* » ⁽³⁾.

Cette dimension spécifique du mariage a pour effet d'en faire la forme d'union qui préserve le mieux l'intérêt de l'enfant. Elle est aussi un élément essentiel à prendre en considération dans le débat sur l'éventuelle ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

b) Le mariage est la forme d'union qui préserve le mieux l'intérêt de l'enfant

Malgré le développement de l'union libre et la conclusion d'un nombre significatif de PACS, le mariage conserve une place à part, dans la mesure où, réservé aux couples de sexe différent, il est le seul à ouvrir la présomption de paternité et continue à offrir des avantages, notamment fiscaux, plus importants.

(1) Audition du 7 décembre 2005.

(2) *Idem*.

(3) Table ronde du 7 décembre 2005.

- *L'enfant est au cœur du mariage*

La place centrale de l'enfant dans le mariage apparaît dès sa célébration. L'officier de l'état civil lit en effet cinq articles du code civil, parmi lesquels deux visent explicitement l'éducation des enfants : l'article 213 charge les époux d'assurer « *ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». Depuis la loi du 4 mars 2002, il est aussi fait lecture de l'article 371-1 du code civil, qui définit l'autorité parentale. Si cet article s'applique à tous les parents, mariés ou non, sa lecture au cours de la célébration du mariage souligne la vocation familiale de cette union.

Comme l'a précisé M. Alain Bénabent, en droit, la situation conjugale des parents n'a plus d'incidence sur leurs enfants, à l'exception de la présomption de paternité et de l'adoption conjointe, réservées aux couples mariés, et d'une condition de durée de vie commune de deux ans imposée aux concubins, mais pas aux époux, pour accéder à l'assistance médicale à la procréation. Ces exceptions peuvent apparaître marginales, mais elles illustrent bien la dimension familiale du mariage, qui a vocation à accueillir des enfants, conçus de manière naturelle, grâce à l'aide de la médecine ou adoptés, mais qui auront, dans tous les cas, deux parents.

M. Alain Bénabent juge que la différence entre les enfants selon que leurs parents sont mariés, pacsés ou concubins n'est que « purement psychologique », les enfants pouvant avoir l'impression que les parents non mariés se sépareront plus facilement. Mme Edwige Antier souligne pourtant l'importance symbolique du mariage aux yeux des enfants : « *Les enfants aiment que leurs parents soient mariés. Cette officialisation du lien qui les unit leur est toujours symboliquement précieuse, même s'ils savent que des parents mariés peuvent divorcer* » ⁽¹⁾.

Selon M. Xavier Lacroix, « *d'après des sources convergentes, les couples concubins sont en moyenne six fois plus instables que les couples mariés et, même lorsqu'ils ont des enfants, ils le sont encore deux fois plus* ». La plus grande stabilité des couples de parents mariés n'est donc pas une simple illusion enfantine.

(1) Table ronde du 30 novembre 2005.

Il estime surtout que « *le mariage est la seule institution qui lie, noue et unifie a priori les trois dimensions de la filiation ou de la parenté : biologique, juridique et sociale* ». Il estime que l'intérêt de l'enfant est « *de pouvoir compter sur un lien stable et institué entre ses deux parents, autrement dit sur un engagement de fidélité* » et que la reconnaissance d'un enfant n'emporte pas les mêmes garanties que la présomption de paternité : « *reconnaître un enfant, c'est bien s'engager envers lui, mais que vaut cet engagement en l'absence de tout engagement à la fidélité envers l'autre parent, c'est-à-dire si délibérément reste ouverte l'hypothèse que l'un des deux parents quitte le foyer familial ?* ».

Il est incontestable que, dans les faits, en cas de séparation des parents, les enfants sont mieux protégés lorsque leurs parents étaient mariés que lorsqu'ils ne l'étaient pas, le juge intervenant obligatoirement dans un divorce, notamment pour veiller à l'intérêt de l'enfant.

M. Philippe Bas, ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, a ainsi déclaré que « *L'une des grandes forces du mariage, c'est, paradoxalement, le divorce. Pourquoi ? Parce qu'il n'est pas la répudiation. Il y a en effet des obligations des deux parents – envers l'enfant, mais aussi l'un envers l'autre le cas échéant – qui survivent au divorce, ce qui, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, fonde la supériorité du mariage sur les autres formules* »⁽¹⁾.

M. Jean-Marie Bonnemayre, président du Conseil national des associations familiales laïques, a souligné cette faiblesse de l'union libre par rapport au mariage : « *Les couples qui vivent en concubinage ne sont pas, par définition, connus de l'autorité publique. Les choses se compliquent quand ils ont des enfants et se séparent. Ces séparations, qui ne se règlent pas toujours par les tribunaux et que l'on peut qualifier de "sauvages", produisent parfois des dégâts considérables* »⁽²⁾.

(1) Audition du 14 décembre 2005.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

M. François Édouard, secrétaire général de la Confédération syndicale des familles, fait le même constat : « *Les couples vivant en concubinage avec enfants ont les mêmes obligations et les mêmes droits que les autres. Mais n'étant ni mariés, ni pacsés, ils vivent le moment de la séparation de manière particulièrement difficile, ce qui conduit parfois à des situations dramatiques pour les enfants* »⁽¹⁾.

La Mission considère qu'il n'est pas possible d'envisager de manière distincte mariage et filiation, les deux questions étant intimement liées car le mariage s'est construit autour de l'enfant. Elle est soutenue dans ce raisonnement par les exemples étrangers. Ainsi, les pays qui ont ouvert le mariage aux couples de même sexe ont tous autorisé l'adoption par ces couples, ainsi que développé des systèmes d'aide à la procréation, voire de gestation pour autrui, afin de permettre à ces couples d'avoir des enfants.

c) L'altérité homme-femme doit continuer de fonder le mariage

La question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe est devenue depuis plusieurs années un débat international et national. La création du pacte civil de solidarité a permis de résoudre certains problèmes matériels auxquels se heurtaient les couples de même sexe. La définition dans la loi du concubinage, qui inclut couples de sexe différent et couples de même sexe, a résolu la difficulté provoquée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne reconnaissait de droits sociaux qu'au sein des couples informels formés de personnes de sexe différent.

Les principaux problèmes pratiques rencontrés dans la vie quotidienne par les couples de même sexe ont ainsi trouvé, ou peuvent encore trouver, une solution par le biais du PACS ou de l'union libre. La revendication de l'ouverture du mariage relève donc d'une autre logique : il s'agit d'obtenir, par l'affirmation de l'égalité des droits entre tous les couples, une forme de reconnaissance sociale. Cette démarche peut apparaître paradoxale au moment où l'institution du mariage ne constitue plus une norme sociale incontournable ni pour les couples ni même pour les familles.

(1) *Idem.*

- *Le contexte juridique international*

Le fait que le mariage entre personnes de même sexe vienne d'être autorisé dans quelques États, proches géographiquement ou culturellement de la France, est utilisé comme un argument par les défenseurs français de cette revendication. M. Éric Fassin indique que cette évolution « *nous montre clairement que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, ce n'est pas la fin du monde, mais seulement la fin d'un monde* ». Mais force est de constater qu'elle est encore récente, et que l'opinion publique des pays concernés témoigne parfois d'un certain scepticisme.

Ainsi, au Canada, en avril 2005, au moment de l'examen du projet de loi fédérale visant à tirer les conséquences des décisions des Cours d'appel provinciales en faveur de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, la part de la population d'accord avec la réforme n'atteignait que 52 %, alors que 44 % y étaient opposés. Le contraste entre la position de la moitié la plus jeune de la population et celle de la moitié la plus âgée était sensible. Les habitants des zones urbaines s'avèrent plus ouverts à cette évolution que les ruraux.

En juin 2004, un an avant que l'Espagne ouvre le mariage aux personnes de même sexe, le Centre d'enquêtes sociologiques estimait que 66 % de la population espagnole y étaient favorables et que 26 % seulement s'y opposaient. Malgré l'opposition ferme des Églises, l'opinion semblait donc plus largement favorable à cette réforme en Espagne qu'elle ne l'est en France.

– *Le mariage entre personnes de même sexe est autorisé dans plusieurs pays*

Deux cours suprêmes étrangères se sont récemment prononcées en faveur de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe au nom de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : la Cour suprême du Canada et la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud.

Au Canada, les cours d'appels de huit provinces ou territoires⁽¹⁾, sur les treize entités que compte la fédération, ont statué que le droit à l'égalité sans discrimination exigeait une égalité d'accès au mariage civil pour les conjoints de même sexe, considérant toutes que l'interdiction du mariage entre deux personnes

(1) Dans l'ordre chronologique : Ontario (juillet 2002), Québec (septembre 2002), Colombie Britannique (mai 2003), Yukon (juillet 2004), Manitoba (septembre 2004), Nouvelle-Écosse (septembre 2004), Saskatchewan (novembre 2004), et Terre-Neuve-et-Labrador (décembre 2004).

du même sexe, fondée sur la définition du mariage retenue par la *commom law*⁽¹⁾, constituait une violation de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui a valeur constitutionnelle et interdit toutes les discriminations. Interrogée par le Gouvernement fédéral sur un projet de loi visant à définir le mariage civil comme « *l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne* », la Cour suprême du Canada a estimé que ce projet de loi non seulement n'était pas contraire à la Constitution, mais qu'au contraire il la renforçait et garantissait les droits qu'elle reconnaissait. Elle a en revanche refusé de répondre à la question qui lui était posée sur la conformité de la définition traditionnelle du mariage à la Charte des droits et libertés au motif, notamment, que cela pourrait compromettre le but visé par le Gouvernement d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada et que cela pourrait créer une confusion juridique à l'égard des décisions déjà rendues par les juridictions inférieures. La nouvelle loi sur le mariage civil a été définitivement adoptée le 20 juillet 2005.

La Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud est allée plus loin. Dans une décision rendue le 30 novembre 2004 sur l'affaire *Fourie and another versus minister of home affairs and others*, elle a affirmé que la définition du mariage comme acte unissant « *un homme et une femme* » est contraire à la Constitution sud-africaine et que, pour être conforme à celle-ci, le mariage doit dorénavant être défini comme « *l'union de deux personnes* », sans référence à la différence de sexe. Le Gouvernement ayant fait appel de cette décision devant la Cour constitutionnelle, celle-ci s'est prononcée le 1^{er} décembre 2005 en faveur du mariage de personnes de même sexe et a donné un an au Parlement pour modifier la définition légale du mariage, la définition actuelle étant jugée « *incompatible avec la Constitution et non valide dans la mesure où elle ne permet pas aux couples de même sexe de bénéficier du statut, des avantages, ainsi que des responsabilités, qu'elle accorde aux couples hétérosexuels* ».

En outre, trois États fédérés des États-Unis permettent le mariage entre personnes du même sexe : c'est le cas d'Hawaï et de l'Alaska, depuis 2001, à la suite de décisions de leurs cours de justice respectives, et du Massachusetts, depuis un arrêt de la Cour suprême de cet État du 4 février 2004. Celle-ci a estimé que « *l'interdiction du mariage civil faite aux couples du même sexe est anticonstitutionnelle car elle les prive des mêmes protections civiles que celles* ».

(1) Cette définition figure notamment dans l'arrêt de 1866 *Hyde contre Hyde* : « *le mariage, tel que le conçoit la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne* ».

dont bénéficient les couples hétérosexuels ». Elle a accordé cent quatre-vingts jours au législateur pour modifier les lois sur le mariage ; ce délai passé, le mariage entre personnes du même sexe est devenu possible dans l'État. 4 000 mariages entre personnes de même sexe ont aussi été célébrés à San Francisco entre février et mars 2004, avant d'être annulés par la Cour suprême de Californie en août 2004 au motif que le droit californien ne les permettait pas. Le 6 septembre 2005, le Parlement local de cet État a adopté, à une courte majorité, un projet de loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe, sur lequel le Gouverneur a exercé son veto.

Sans y être poussés par des décisions de justice, trois autres pays, tous européens, ont, avant l'adoption de la loi canadienne⁽¹⁾, autorisé le mariage entre personnes du même sexe : il s'agit des Pays-Bas, depuis le 1^{er} avril 2001, de la Belgique, depuis le 1^{er} juin 2003, et de l'Espagne, qui a adopté le 30 juin 2005 la loi supprimant du code civil la condition de différence de sexe entre les époux. Aux Pays-Bas et en Belgique, les conséquences du mariage entre personnes du même sexe sont semblables à celles du mariage traditionnel sauf pour ce qui est des questions de filiation, même si, dans ces deux pays, l'adoption conjointe d'un enfant a été finalement autorisée à tous les couples mariés⁽²⁾. En Espagne comme au Canada, les droits et obligations induits par le mariage sont identiques que les couples soient du même sexe ou de sexe différent, y compris en matière de filiation.

L'exemple de nos voisins corrobore donc l'analyse juridique de la Mission selon laquelle le droit au mariage et le droit à la filiation sont intimement liés. On ne peut lever un interdit sur le mariage des couples de même sexe sans également lever l'interdit sur l'adoption. Il n'y a pas de « voie moyenne » possible pour réformer le mariage, et ce même dans des États qui, compte tenu de leur culture et de leurs traditions, perçoivent le mariage davantage comme un contrat que comme une institution. Ajoutons que la revendication de l'égalité des droits portée par les associations représentant les personnes homosexuelles ne saurait se limiter à la seule demande d'accès à un mariage sans filiation.

(1) Dans les faits, à la suite des décisions de plusieurs cours provinciales, des mariages civils entre personnes de même sexe étaient déjà célébrés avant l'adoption de la nouvelle définition du mariage : ainsi, entre 2003 et l'été 2005, plus de 1 500 couples de personnes de même sexe, dont 500 couples venus des États-Unis, se sont mariés en Ontario ; leur nombre serait de l'ordre de 5 000 pour l'ensemble du Canada.

(2) La loi belge a récemment été modifiée en ce sens. En revanche, il n'existe, ni en Belgique ni aux Pays-Bas, de présomption de « parentalité » au sein des couples de même sexe.

– Le droit européen laisse chaque État libre de ses choix

Nous avons évoqué plus haut les arguments utilisés par les tribunaux français pour annuler le « mariage » de deux hommes. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur cette affaire. Sa jurisprudence passée va néanmoins clairement dans le sens de la conception hétérosexuelle du mariage.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme accorde une protection conventionnelle au seul mariage entre un homme et une femme comme l'indique explicitement sa rédaction : « *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* ». La Cour européenne des droits de l'homme n'a jusqu'à présent pas ouvert la voie à la reconnaissance d'un droit au mariage entre personnes de même sexe. L'arrêt *Rees contre Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 a précisé que l'article 12 visait « *le mariage traditionnel* » entre personnes de sexe biologiquement opposé, et l'arrêt *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni* du 30 juillet 1998 a considéré que l'interdiction de se marier faite à deux personnes de même sexe ne constituait pas une atteinte substantielle aux droits garantis par cet article. L'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 a offert la possibilité de se marier à une transsexuelle anglaise qui souhaitait épouser une personne (un homme) ayant le même sexe qu'elle sur le plan de l'état civil, dans la mesure justement où elle revendiquait sa différence de sexe par rapport à son futur conjoint. Le problème résultait du fait que le droit britannique tenait compte du sexe enregistré à la naissance pour permettre le mariage, et ne reconnaissait pas, en ce domaine, le résultat d'une conversion sexuelle. La possibilité d'un mariage entre personnes effectivement (et pas seulement légalement) de même sexe n'était pas l'objet du recours.

Se posait également la question de savoir si la condition de différence des sexes dans le mariage est constitutive d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour admet des différences de traitement « *lorsqu'il existe une justification objective et raisonnable, qui poursuit un but légitime dans une société démocratique et qui respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». C'est sur le fondement de cette jurisprudence que, dans l'affaire de Bègles, le Tribunal de grande instance de Bordeaux a estimé que la différence de traitement est possible eu égard à la « *fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une*

famille »⁽¹⁾. La Cour d'appel a confirmé cette interprétation : « *La spécificité, et non discrimination, provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent (...) Certes les couples de même sexe, et que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue* »⁽²⁾.

La Cour de justice des Communautés européennes refuse également de reconnaître l'existence d'un droit au mariage des homosexuels, en affirmant que « *il est constant que le terme de "mariage", selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent* »⁽³⁾. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux au Traité constitutionnel européen n'aurait pas, en cas d'entrée en vigueur de celui-ci, changé la situation. Tout d'abord, les obligations qu'elle contient ne s'imposent aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Or, le droit civil ne relève que très partiellement des compétences communautaires. De plus, si la Charte exige le respect de la vie privée et familiale et proclame le droit de se marier et le droit de fonder une famille, ces deux derniers droits sont garantis « *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* » : certes, le caractère hétérosexuel du mariage ainsi protégé n'est pas mentionné, mais les lois nationales peuvent continuer à exiger celui-ci sans déroger à la Charte.

Néanmoins, la légalisation du mariage entre deux personnes de même sexe dans certains pays pourrait conduire la Cour de justice des Communautés européennes à intervenir. Elle devra en effet déterminer si le fait de ne pas traiter comme des époux deux personnes de même sexe, mariées dans leur pays d'origine, constitue un obstacle à la libre circulation, voire une inégalité de traitement prohibée dans l'espace communautaire.

- ***Les termes du débat***

Les termes du débat reposent sur deux conceptions de la société et des normes qui la fondent. L'alternative est la suivante : pour les uns il apparaît légitime d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, pour les autres l'altérité des sexes constitue une condition essentielle pour se marier.

(1) Tribunal de grande instance de Bordeaux, 26 juillet 2004.

(2) Cour d'appel de Bordeaux, 19 avril 2005.

(3) Cour de justice des Communautés européennes, *D. et Royaume de Suède contre Conseil de l'Europe*, 31 mai 2002.

– Les arguments en faveur de l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe

La plupart des associations de défense des droits des homosexuels ⁽¹⁾ se prononcent en faveur de l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe, au nom du principe d’égalité de tous les citoyens. L’Association des parents et futurs parents gays et lesbiens souhaite que, dans le cadre de cette ouverture, la présomption de paternité soit remplacée par une présomption d’engagement parental.

Les associations familiales laïques ⁽²⁾ partagent le souhait de permettre aux couples de même sexe d’accéder aux trois formes d’organisation de la vie commune, y compris au mariage. C’est en particulier le cas du Conseil national des associations familiales laïques.

Les arguments mis en avant par les partisans de l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe portent principalement sur la lutte contre les discriminations et sur l’absence de toute obligation de procréation au sein du mariage, alors que l’impossibilité de procréer au sein d’un couple de même sexe constitue un argument des défenseurs de la conception traditionnelle du mariage.

M. Éric Fassin fait de l’ouverture du mariage aux couples de même sexe, après celle du concubinage et du PACS, une question d’égalité. La création du PACS a validé *« une double évolution de la société : d’un côté, une certaine reconnaissance de la diversité des sexualités ; de l’autre, une manière de privatisation quant aux modes d’organisation de la conjugalité »*. La loi du 15 novembre 1999, que plus personne ne propose d’abolir, a ainsi reconnu plus d’égalité et plus de liberté dans *« l’ordre sexuel dont le couple et la famille sont les figures centrales »*. Les progrès déjà réalisés doivent être poursuivis dans notre société démocratique, dont les lois et normes sont humaines, sujettes au changement et ouvertes à la négociation. L’enjeu est la poursuite de la *« dénaturalisation »* de nos normes juridiques. En effet, *« dans une logique démocratique, l’ordre sexuel n’est pas plus naturel que le système économique ou la constitution. Les lois qui l’organisent résultent de choix fondés sur des valeurs politiques, et non sur des vérités en dehors de l’histoire »*.

(1) Au cours de la table ronde du 13 juillet 2005, l’Interassociative lesbienne, gaie, bi et trans, l’Association des parents et futurs parents gays et lesbiens, Homosexualités et socialisme et Gay Lib se sont prononcés en faveur de l’ouverture du mariage aux couples de même sexe.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

M. Daniel Borrillo, qui critique vivement les décisions de justice relatives au « mariage de Bègles », met lui aussi l'accent sur les principes de liberté, d'égalité et surtout de laïcité, pour justifier l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. La « dénaturalisation » des normes est aussi une laïcisation, qui a commencé à la Révolution française. Le mariage est de plus en plus considéré sous un jour contractualiste, et plus comme un sacrement. La suppression de la condition de l'altérité des sexes achèverait ce processus.

M. Daniel Borrillo ajoute que l'absence de fécondité des couples de même sexe ne peut constituer un argument valable contre le mariage de personnes de même sexe dans la mesure où « *la reproduction ne fut jamais une condition du mariage* », et l'est aujourd'hui moins que jamais.

Ainsi, aucune raison de fond ne justifierait la fermeture du mariage aux personnes de même sexe, laquelle constituerait une discrimination indéfendable.

– ***La différence des sexes doit rester une condition essentielle pour se marier***

Plusieurs arguments sont avancés pour justifier que l'altérité des sexes constitue une condition essentielle pour se marier.

M. Charles Melman et M. Xavier Lacroix opposent le concubinage et le PACS d'une part, au mariage d'autre part. Le premier est « *amené à distinguer le mariage, qui suppose que, en s'engageant à produire et à élever des enfants, les partenaires acceptent de restreindre leurs satisfactions, de l'organisation du couple, lequel fonctionne, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel, dans le cadre d'un contrat passé entre les deux partenaires et dont la durée sera liée à celle du bénéfice qu'ils trouveront à son accomplissement* ». Pour le second, « *entre PACS et concubinage d'une part, et mariage d'autre part, il y a un saut qualitatif. Et cela pour deux raisons : premièrement, on passe d'une conception du droit à une autre, d'un droit libéral, centré sur les individus, à un droit instituant, garant d'un modèle ; deuxièmement et surtout, avec le mariage, c'est non seulement un couple, mais une famille qui est fondée* ».

M. Thierry Damien, président de Familles rurales, estime qu'il convient de distinguer « *le couple destiné à fonder une famille, qu'il considère composé d'un homme et d'une femme, et auquel, par souci de protection de chacun de ses membres, il recommande le mariage civil, du couple dont le projet de vie serait une simple aspiration à vivre à deux, solidairement. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de faire état du sexe des personnes, ni même d'assimiler cette union à un mariage* ». Aussi, tout comme la Confédération nationale des associations familiales catholiques et Familles de France, l'association qu'il préside n'est pas favorable à l'ouverture du mariage à des personnes de même sexe.

M. Xavier Lacroix s'oppose vivement au relativisme souvent mis en avant par les défenseurs de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : « *Contrairement à ce qu'affirment certains, il existe une définition anthropologique du mariage, qui vaut universellement : il s'agit de l'institution qui articule l'alliance entre l'homme et la femme avec la succession des générations. Si d'aventure le terme de mariage était étendu à des unions entre personnes du même sexe, nous assisterions à la perte d'un signifiant majeur : nous ne disposerions plus dans notre vocabulaire de terme pour dire spécifiquement l'union socialement instituée d'un homme et d'une femme. Or il est difficile de nier que cette union, et toute la symbolique qui s'y rattache, soit un bien pour la société* ».

Dans cette perspective, l'« *axe vertical régi par le souci d'assurer la poursuite des générations* » est une composante essentielle du mariage, et justifie qu'il soit réservé aux couples susceptibles de contribuer à cette succession des générations, même s'ils ne sont soumis à aucune obligation de résultat dans ce domaine. Les couples de même sexe ne sont objectivement pas, à cet égard, dans la même situation que les couples de sexe différent. L'argument de M. Daniel Borillo selon lequel « *après tout, les techniques d'assistance médicale à la procréation peuvent venir en aide à la stérilité "phénoménologique" des couples homosexuels* » n'est pas très solide, car les enfants ainsi conçus nécessitent l'intervention d'un tiers donneur, voire porteur, qui, pour les couples de sexe différent, n'est autorisée qu'à titre exceptionnel, en raison d'un problème médical spécifique.

Compte tenu de la dimension filiative du mariage, la différence de situation entre couples de sexe différent et couples de même sexe peut donc justifier une différence de traitement sans constituer pour autant une discrimination.

Le lien entre mariage et filiation est si étroit que la question de l'ouverture du mariage ne peut être séparée de celle de l'ouverture de l'adoption et de l'assistance médicale à la procréation. Ce lien a été admis par la quasi-totalité des personnes entendues par la Mission, qu'elles soient favorables ou opposées à des évolutions dans ce domaine. M. Xavier Lacroix affirme ainsi que « *prétendre promouvoir l'idée d'un mariage homosexuel en excluant l'adoption est hypocrite : on crierait tôt ou tard à la discrimination* ». La Mission a pu constater que les partisans de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe souhaitent le plus souvent que leur soit aussi accordée la possibilité d'adopter conjointement, et que les adversaires de l'une refusent aussi l'autre.

L'exemple belge illustre la difficulté qu'il y a à scinder ces deux questions : la loi du 13 février 2003 a permis à deux personnes de même sexe de se marier, tout en réservant le droit à l'adoption conjointe aux couples mariés de sexe différent. Elle a néanmoins permis à un époux d'adopter l'enfant de son conjoint du même sexe. L'équilibre ainsi trouvé n'a satisfait personne, si bien qu'une proposition de loi a été adoptée par la Chambre des députés le 2 décembre 2005 pour permettre l'adoption conjointe aux couples de même sexe.

Aussi la majorité des membres de la Mission estime-t-elle que la condition de l'altérité de sexes constitue une composante essentielle du mariage, eu égard à la dimension filiative de celui-ci. L'institution du mariage républicain ne se conçoit pas en dehors de l'idée de filiation, et l'altérité des sexes est au cœur de celle-ci. Elle correspond à une réalité biologique, celle de l'infécondité des couples de même sexe, et à un impératif, celui de la construction de l'identité de l'enfant issu nécessairement de l'union d'un homme et d'une femme, comme il est indiqué *infra* dans les développements relatifs à la filiation. C'est donc avant toute autre considération l'intérêt de l'enfant qui conduit la majorité de la Mission à refuser de modifier les contours du mariage.

d) Définir le mariage risquerait de le fragiliser

Au nom d'une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant, une forme de promotion du mariage peut être souhaitable. Elle pourrait passer par une définition légale de celui-ci, qui mettrait l'accent sur sa spécificité.

La Confédération nationale des associations familiales catholiques ⁽¹⁾ souhaite ainsi revaloriser le mariage, dont elle souligne la dimension institutionnelle et la participation à l'intégration et la cohésion sociales. Dans cette perspective, elle demande que le mariage civil soit défini légalement dans le code civil, afin de préciser que la nature du mariage n'est pas seulement contractuelle, mais institutionnelle. Il s'agit de redonner au mariage sa place de modèle dans le droit de l'autorité parentale (sans revenir pour autant sur le statut de l'enfant, et notamment sur l'égalité des filiations) et de ne pas faciliter le divorce.

Le mariage serait ainsi défini de la manière suivante : « *Le mariage est l'union librement consentie d'un homme et d'une femme, reposant sur leur engagement public et solennel pris devant la société. La famille fondée sur le mariage est placée sous la protection particulière de la loi. Le mariage est une*

(1) Table ronde du 28 septembre 2005.

institution. Il inscrit le couple dans l'alliance et la parenté et donne à l'enfant une filiation indivisible. Cette nature particulière du mariage fonde l'existence de règles régissant impérativement ses conditions, ses effets et sa dissolution ».

M. Xavier Lacroix considère que « *la puissance publique doit continuer de montrer sa préférence pour la solution matrimoniale, qui repose sur l'engagement explicite à la fidélité, et de lui accorder des droits spécifiques, sans quoi les individus ne comprendraient plus le message* » et suggère de renforcer la place des tiers à l'entrée et à la sortie du mariage. Avant le mariage, il préconise d'offrir aux fiancés un « *appui à la réflexion et au discernement* », comme cela se fait avant la célébration d'une union religieuse. Le même type d'aide devrait être apporté avant le divorce, l'audience de conciliation étant aujourd'hui trop brève pour être utile.

Si la majorité de la Mission se retrouve pleinement dans cette conception du mariage, institution protégeant l'enfant et fondée sur l'altérité des sexes, elle n'est cependant pas favorable à ce qu'une définition formelle soit fixée par un article du code civil.

La Mission estime que c'est d'abord par l'information sur les obligations et les avantages du mariage, que celui-ci peut être défendu face aux autres formes de vie commune. C'est pourquoi elle propose (*cf. supra*) de généraliser cette information.

Surtout, elle considère que le code civil comporte déjà tous les éléments de définition du mariage, qui sont appliqués de manière claire et constante par l'ensemble des juridictions, même s'il ne présente pas une définition proprement dite. C'est pourquoi la Mission juge inopportun d'introduire une définition qui serait nécessairement réductrice et risquerait de fragiliser l'institution, en la résumant à un article unique.

Ajoutons que cette définition pourrait rouvrir une controverse inutile – comme l'ont souligné à juste titre certaines personnes auditionnées – en donnant l'impression de stigmatiser les enfants nés hors mariage, alors que l'ordonnance du 4 juillet 2005 vient de supprimer les notions de filiation légitime et naturelle.

II.- REAFFIRMER LA LIBERTE DU MARIAGE ET LUTTER CONTRE LES MARIAGES FORCES

L'attention de la Mission a été attirée sur la situation de jeunes filles ou parfois de jeunes hommes, Français d'origine étrangère ou étrangers vivant en France, mariés de force à des personnes qu'ils ne connaissaient pas ou à des membres de leur famille élargie, à l'occasion de vacances dans le pays d'où leurs parents ont émigré. La pratique ancestrale du mariage « arrangé » par les familles n'est pas critiquable en tant que telle, même si elle peut se révéler parfois un frein à l'intégration des jeunes adultes dans la société française. Mais en revanche, lorsque l'enfant n'est pas libre de consentir à cette union, il y a atteinte à un droit de l'homme fondamental, celui d'aimer et de se marier librement. Le nombre en France des victimes de telles pratiques est difficile à estimer – les jeunes gens hésitent à désobéir à leur famille en refusant l'union, en prenant la fuite ou en dénonçant l'union forcée à la justice –, mais certaines associations estiment que 70 000 mineures et majeures sont potentiellement concernées.

Ce chiffre est contesté, comme l'ont confirmé plusieurs des personnes entendues par la Mission ⁽¹⁾. Mme Edwige Rude-Antoine, chargée de recherche au Centre national de la recherche scientifique, considère qu'il ne repose sur aucune étude fiable, et Mme Myriam Bernard, directrice générale adjointe du Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations, a indiqué qu'il s'agissait d'une évaluation « *sans aucune valeur scientifique* », réalisée en extrapolant les résultats d'une étude portant sur les pratiques de trois ethnies originaires d'Afrique subsaharienne.

Toutefois, l'augmentation tendancielle du nombre des mariages forcés n'est guère contestée, et doit être replacée dans le contexte de la progression des mariages mixtes célébrés à l'étranger, qui sont de l'ordre de 45 000 par an. Il est évident que l'émancipation progressive des Françaises issues de l'immigration accroît le nombre de mariages forcés au détriment des mariages arrangés acceptés. L'association de femmes turques Elele parle de cinq cas de mariages forcés qui, chaque semaine, lui sont dénoncés. Si le nombre de mariages forcés est difficile à mesurer, et ne doit pas être surestimé, il est avéré qu'une proportion importante d'entre eux est célébrée à l'étranger. Cette évolution est liée à la démographie des populations issues de l'immigration, mais aussi à des raisons administratives : les jeunes filles nées de la politique du regroupement familial approchent de l'âge

(1) Table ronde du 19 octobre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur la lutte contre les mariages forcés l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

adulte et le mariage avec une personne de nationalité française présente un intérêt croissant pour les candidats à l'installation dans notre pays. L'augmentation du phénomène a conduit la mission Femmes françaises, qui dépend du ministère des affaires étrangères, à concentrer ses activités sur la lutte contre les mariages forcés. Elle a ainsi traité cinquante-cinq cas de menace de mariage forcé en deux ans.

En tout état de cause, le nombre de mariages forcés n'est pas une question essentielle, dans la mesure où, même si elle était rare, cette pratique serait intolérable. Le mariage forcé viole en effet la liberté du mariage, qui consiste à être libre de se marier avec la personne de son choix ou de ne pas se marier, et dont le Conseil constitutionnel a fait une composante de la liberté personnelle⁽¹⁾. Le respect de cette liberté, reconnue comme un droit par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose par ailleurs de limiter les contrôles des pouvoirs publics sur le mariage aux mesures nécessaires à l'objectif de lutte contre les mariages forcés qui est poursuivi.

Un rapport adopté en juin 2005⁽²⁾ par la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe indique que les pratiques de mariage forcé sont avérées au Royaume-Uni, en Allemagne et dans les pays de l'Est de l'Europe, sans que des estimations chiffrées aient été réalisées, et qu'elles sont de plus en plus fréquentes. Elles touchent en particulier les communautés africaines, maghrébines, asiatiques – notamment indiennes et pakistanaïses – et turques et sont la traduction de traditions que les parents estiment devoir perpétuer, y compris lorsqu'elles tendent à s'éteindre dans leur pays d'origine.

Un premier élément de solution à ce problème a été apporté par le Sénat, qui a adopté à l'unanimité le 29 mars dernier, un amendement à la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, qui vise à porter de quinze ans à dix-huit ans l'âge minimal de droit commun pour le mariage des femmes, ainsi aligné sur celui des hommes. Si cette disposition est adoptée définitivement⁽³⁾, le mariage des mineures, comme celui des garçons de moins de dix-huit ans, ne sera possible que de manière dérogatoire, lorsqu'une dispense d'âge sera accordée par le procureur de la République pour motifs graves.

(1) Conseil constitutionnel, 20 novembre 2003, décision n° 2003-484 DC.

(2) Ce rapport, intitulé *Mariages forcés et mariages d'enfants*, a pour auteur la députée suisse Rosmarie Zapfl-Helbling.

(3) L'Assemblée nationale a adopté cette mesure en première lecture le 15 décembre 2005.

Une telle modification du code civil va dans le bon sens, mais elle ne protège que les jeunes filles âgées de quinze ans à dix-huit ans, les plus faibles certes, mais pas les seules à être concernées par le problème des mariages forcés.

À l'issue des auditions auxquelles elle a procédé, la Mission estime qu'il convient de relever l'âge minimal au mariage, mais aussi de renforcer les formalités requises pour se marier et de faciliter les actions en nullité pour vice de consentement au mariage. Il est en effet paradoxal qu'au pays des droits de l'homme la législation se préoccupe davantage de prévenir les mariages « blancs » dans un objectif de lutte contre l'immigration clandestine, que de combattre les mariages forcés, pourtant contraires à une liberté publique. En revanche, après avoir constaté que le sujet ne faisant pas consensus parmi les personnes entendues, et après en avoir elle-même longuement débattu, la Mission ne souhaite pas la création d'un délit spécifique au mariage forcé.

A.– LES INSTRUMENTS JURIDIQUES UTILISABLES

Il convient de définir précisément le mariage forcé, notamment pour le distinguer du mariage « blanc », ces deux formes de mariages simulés étant combattues en France par des instruments juridiques en grande partie communs.

Mais, d'un point de vue strictement juridique, la différence entre mariage forcé et mariage « blanc » est claire. Le mariage forcé présente un défaut de consentement libre de l'un au moins des époux, qui a subi des pressions, quelle qu'en soit la forme, mais se traduira en général par la suite par une vraie communauté de vie alors que le mariage « blanc » a été conclu avec l'accord des époux mais sans véritable intention matrimoniale, et vise un effet étranger ou secondaire au mariage.

1.– Les moyens de prévenir la célébration de mariages forcés

Une grande vigilance en amont de la célébration des mariages doit permettre d'éviter les mariages forcés : elle vise d'une part à dissuader les tentatives et d'autre part à empêcher la célébration des mariages pour lesquels l'absence de consentement libre de l'un des futurs époux est démontrée.

a) Pour les mariages célébrés en France

Des dispositions spécifiques, renforcées en 2003, ont été mises en place dans le cadre de la lutte contre l'immigration illégale, mais elles peuvent aussi être utilisées en cas de doute sur le libre consentement des futurs époux.

● *L'audition préalable des futurs conjoints*

L'article 63 du code civil, modifié par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, rend désormais obligatoire l'audition des futurs époux lorsqu'il existe un doute sur la réalité de leur consentement. S'il l'estime nécessaire, l'officier de l'état civil, qui est, dans tous les cas, le seul habilité à conduire cette audition, peut demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

Une circulaire du garde des Sceaux du 2 mai 2005 dresse une liste, indicative, des indices faisant suspecter l'absence de liberté matrimoniale :

– l'un des conjoints est vulnérable, en situation personnelle ou sociale précaire (solitude, situation financière délicate, santé physique ou morale difficile...);

– l'officier de l'état civil a connaissance d'une situation personnelle ou sociale particulière qui laisse présumer que l'intéressé, compte tenu de ses conditions de vie ou d'hébergement, ne peut accepter l'union en toute liberté ;

– lors du dépôt du dossier ou de la cérémonie, l'un des futurs époux est dans un état d'hébétéude ou présente des traces récentes de coups ;

– l'un des époux a fait des déclarations, même rétractées, sur des pressions subies du fait de tiers, de l'autre conjoint, de ses parents ou de ses proches.

L'audition préalable des futurs époux, à l'issue de laquelle doit être dressé un compte rendu signé par l'officier d'état civil et les futurs conjoints (à moins qu'ils s'y refusent, ce qui doit être mentionné), est une condition préalable à la publication des bans, sauf « *en cas d'impossibilité ou s'il apparaîtrait, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146* », lequel dit : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement* ».

- ***La publication des bans et l'opposition à la célébration du mariage***

La publication des bans, régie par les articles 63 et 64 du code civil, a pour but de porter à la connaissance du public le projet de mariage, afin de susciter éventuellement la révélation d'empêchements ou de provoquer des oppositions. L'affichage a lieu à la mairie de la (ou des) résidence(s) des futurs époux pendant dix jours ; le mariage ne peut être célébré avant l'expiration de ce délai.

Avant qu'elle ait lieu, il peut être fait opposition à la célébration du mariage, en application des articles 172 à 179 du code civil. Ce droit est ouvert aux ascendants des futurs conjoints (article 173 du code civil) pour tout motif tenant aux conditions de fond ou de forme exigées par la loi, à leurs conjoints (article 172) en cas de bigamie, à leurs tuteurs ou curateurs (article 175) s'ils y ont été autorisés par le conseil de famille, à certains collatéraux en l'absence d'ascendants (article 174), pour cause de démence du futur époux ou lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, enfin, au ministère public, pour la défense de l'ordre public (article 423 du nouveau code de procédure civile) ou lorsqu'il pourrait demander la nullité du mariage (articles 175-1 et 175-2). Toute personne peut aussi aviser le procureur de la République d'une cause d'empêchement au mariage ; celui-ci aura alors la possibilité de faire opposition. L'opposition a pour effet d'interdire à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage.

- ***La procédure du sursis à la célébration du mariage***

En cas de doute sérieux sur la réalité du consentement au mariage, l'article 175-2 du code civil permet à l'officier de l'état civil chargé de célébrer le mariage de demander un sursis à cette célébration. Il saisit à cette fin le procureur de la République et en informe les futurs époux. Le procureur dispose alors d'un délai de quinze jours pour décider, soit de permettre la célébration du mariage, soit de former immédiatement opposition, soit de surseoir à la célébration pour complément d'enquête⁽¹⁾. L'enquête complémentaire peut durer un mois à compter de la décision du sursis, délai renouvelable une fois par décision spécialement motivée.

Si l'enquête confirme les doutes sur l'absence de consentement, le procureur de la République signifie l'opposition à la célébration du mariage à l'officier de l'état civil et aux futurs époux. Ces derniers peuvent demander au tribunal de grande instance la mainlevée de l'opposition.

(1) Un des futurs époux peut contester la décision de sursis devant le tribunal de grande instance qui statuera dans les dix jours.

D'après les données du ministère de la justice, en 2004, les procureurs de la République ont été saisis de 5 272 dossiers sur le fondement de l'article 175-2 du code civil, sans qu'il soit possible de distinguer les suspicions de mariage forcé des suspicions de mariage de complaisance. Dans 31,6 % des cas, le parquet a ordonné qu'il soit sursis à la célébration du mariage, dans l'attente de vérifications complémentaires. Dans 14,2 % des cas, les personnes concernées ont abandonné leur projet. Finalement, le mariage a été célébré dans 68,2 % des dossiers et le parquet ne s'est opposé à sa célébration que dans 8,4 % des cas.

b) Pour les mariages de ressortissants français célébrés à l'étranger

Le mariage d'un Français à l'étranger peut se faire selon les règles du pays où il est célébré, mais, pour être valable en France, il doit respecter les règles de capacité et de consentement applicables en France et avoir préalablement fait l'objet d'une publication des bans en France (article 170 du code civil) afin de permettre, notamment, aux personnes ayant connaissance d'un projet de mariage forcé de le faire savoir. Le respect de ces règles est attesté par la délivrance d'un certificat de capacité à mariage par les agents diplomatiques et consulaires.

Tout comme l'officier de l'état civil en France, ces agents doivent procéder à l'audition des futurs époux avant la publication des bans, dès qu'il existe un doute sur la réalité du consentement. Il en est de même lorsque le ressortissant français choisit de se marier devant le consul de France, selon la loi française.

2.- Les possibilités d'annulation de mariages forcés

Dans l'hypothèse où le mariage a pu être célébré, l'action après la célébration peut mettre un terme à la situation créée par le mariage et rendre sa liberté à la victime.

Selon la recherche effectuée par Mme Virginie Larribau-Terneyre dans le cadre de la préparation de la table ronde organisée par la Mission, sur les contentieux jugés par les cours d'appel et la Cour de cassation entre 1989 et 2005, seules douze décisions, dont une seule en cassation, concernent des mariages forcés, alors que soixante-dix-huit sont relatives à des mariages de complaisance. Ces cours n'ont prononcé que six annulations de mariage pour violence. L'annulation d'un mariage demeure donc rare, surtout sur la base du vice de consentement.

a) L'action en nullité du mariage forcé célébré en France

L'article 180 du code civil permet aux époux ou à l'un d'eux de demander que la nullité du mariage soit constatée dans deux cas : s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur ses qualités essentielles, l'autre époux peut attaquer le mariage ; en l'absence du consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, les époux, ou celui dont le consentement n'a pas été libre, peuvent demander la constatation de la nullité de l'union.

Mais, en application de l'article 181 du même code, cette demande n'est plus recevable « *toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* ».

b) L'action en nullité du mariage forcé célébré à l'étranger

Les Français mariés à l'étranger peuvent se prévaloir de l'article 180 du code civil. Mais il existe aussi un mécanisme de contrôle *a posteriori* de la validité des mariages célébrés à l'étranger.

L'audition des époux par un agent diplomatique ou consulaire est obligatoire au moment de la demande de transcription de leur mariage à l'état civil français. Dans la pratique, cette obligation n'est pas respectée en Algérie depuis la forte réduction des effectifs consulaires français présents dans le pays : la transcription se fait exclusivement par une procédure écrite dans le cadre de laquelle le ressortissant français certifie qu'il était consentant, sans qu'il puisse être procédé à une audition, ce qui ne permet pas de détecter l'éventualité d'un mariage forcé.

Lorsque l'officier d'état civil consulaire dispose « *d'indices sérieux laissant présumer qu'un mariage célébré à l'étranger encourt la nullité* » (article 170-1 du code civil), il doit suspendre la transcription et saisir le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nantes ⁽¹⁾ d'une demande de vérification. Le parquet de Nantes transmet la demande au parquet territorialement compétent au regard du lieu de domicile des époux (ou celui de Paris, s'ils résident à l'étranger), lequel examine le bien-fondé de la demande d'annulation et se prononce sur la transcription de l'acte de mariage. En l'absence de décision dans un délai de six mois, l'officier de l'état civil transcrit l'acte.

(1) Le service central d'état civil du ministère des affaires étrangères se trouvent en effet à Nantes.

Selon les informations provenant du ministère des affaires étrangères, les signalements au parquet par les postes consulaires à l'occasion des demandes de transcription des actes de mariage ont triplé en trois ans, passant de 500 en 2001 à près de 1 500 en 2004. La plupart sont des mariages de complaisance, mais une vingtaine de dossiers par an concernent des suspicions de mariages forcés. Le ministère de la justice précise que 1 330 saisines ont été réalisées entre le 1^{er} janvier et le 5 octobre 2005.

Avant le 1^{er} mars 2005, 70 % des dossiers faisaient l'objet d'une réponse dans le délai de six mois et, dans 35 % de ces dossiers, le parquet ordonnait la transcription aux seules fins de saisine du juge pour annulation. Depuis le 1^{er} mars 2005, le parquet de Nantes a une compétence nationale exclusive pour traiter ces dossiers, ce qui devrait garantir un meilleur suivi et permettre qu'une décision soit systématiquement prise dans le délai de six mois.

B.- LES PROPOSITIONS D'AMELIORATION DU DISPOSITIF

Depuis que les associations ont alerté l'opinion sur l'augmentation du nombre de mariages forcés dans les pays occidentaux et que le Sénat a adopté l'amendement sur l'âge minimal d'accès au mariage, plusieurs organismes ont élaboré des propositions visant à combattre ces pratiques. Les analyses présentées par les personnes entendues par la Mission rejoignent très souvent leurs conclusions.

1.- Relever l'âge minimal d'accès au mariage

L'alignement de l'âge minimum auquel les femmes peuvent se marier sur celui auquel les hommes peuvent le faire, c'est-à-dire dix-huit ans, est une mesure qui fait l'unanimité, comme cela a pu être observé lors du vote du Sénat, le 29 mars 2005. Préconisé notamment par le Défenseur des enfants, le Médiateur de la République ⁽¹⁾ et la Commission nationale consultative des droits de l'homme ⁽²⁾, ce changement a aussi été recommandé au niveau international par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies et est jugé nécessaire dans le rapport précité du Conseil de l'Europe. La majorité des pays d'Europe a déjà fixé l'âge légal du mariage à dix-huit ans, sans différence selon le sexe. Les personnes entendues par la Mission sont toutes favorables à cette réforme. Après le Sénat, l'Assemblée

(1) Le Défenseur des enfants et le Médiateur de la République ont, le 29 mars 2005, adressé aux ministres concernés des recommandations communes pour lutter contre les mariages forcés.

(2) Avis adopté le 23 juin 2005.

nationale a, le 15 décembre 2005, adopté cette mesure, lors de la première lecture de la proposition de loi d'origine sénatoriale renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

Il est en effet incontestable que les mineures sont particulièrement vulnérables en raison de leur immaturité, de leur plus grande dépendance à l'égard de leur famille et de leur incapacité juridique. Interdire le mariage des mineures, sauf dispense accordée pour motifs graves, serait incontestablement une décision utile pour lutter contre le mariage forcé. Ainsi, les personnes menacées de mariage forcé seront majeures, donc seront plus mûres, auront les moyens juridiques de se défendre et une plus grande indépendance vis-à-vis de leur famille.

Cette mesure traduit aussi un souci d'égalité entre hommes et femmes, la différence d'âge n'étant plus justifiée, surtout dans la mesure où est maintenue la possibilité d'obtenir du procureur de la République une dérogation pour « motifs graves ». En 2002, 469 personnes de moins de dix-huit ans se sont mariées, soit 460 jeunes filles, dont deux de moins de quinze ans, et neuf garçons, âgés de dix-sept ans.

Mais elle ne constituerait qu'un premier pas. D'abord, elle est sans effet sur le mariage des jeunes majeures, qui ne sont pas forcément plus indépendantes que les mineures de dix-sept ans. De plus, les jeunes filles n'ayant pas la nationalité française ne sont pas soumises aux règles du code civil, même si elles vivent en France. En outre, la Commission nationale consultative des droits de l'homme observe que des jeunes femmes, mineures ou majeures, étrangères ou binationales, peuvent se voir imposer des mariages contractés à l'étranger ou en France selon des règles coutumières qui permettent de sceller une union sans mariage civil, celui-ci étant célébré plusieurs années après. Elle remarque aussi que le respect des prescriptions relatives à l'âge du mariage suppose l'existence de registres d'état civil tenus rigoureusement, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays.

Proposition :

– fixer à dix-huit ans l'âge minimal au mariage, tout en laissant au procureur de la République la possibilité de prononcer des dispenses d'âge pour motifs graves

2.– Renforcer les formalités relatives à la célébration et à la transcription du mariage

Les officiers de l'état civil, en France comme à l'étranger, disposent des moyens juridiques de détecter les mariages pour lesquels existe un doute sur la réalité ou la liberté du consentement, à l'occasion des formalités qui précèdent la célébration du mariage ou sa transcription à l'état civil français. Leur efficacité pourrait néanmoins être renforcée.

a) Contrôler le vice du consentement

Les dispositifs de contrôle applicables avant et après le mariage ne portent que sur l'absence de consentement, qui est une cause de nullité absolue, mais ne visent pas explicitement le vice de consentement, qui constitue une cause de nullité relative. Dans la pratique, les officiers d'état civil qui suspectent un vice du consentement peuvent utiliser les moyens juridiques mis à leur disposition pour les situations d'absence de consentement, dans la mesure où, comme l'a souligné Mme Marie-Thérèse Coulon, vice-procureur près le Tribunal de grande instance de Nantes, « *la frontière entre l'absence de consentement et l'existence d'un consentement qui n'est pas libre est ténue* ». Ainsi, « *si, lors de l'audition, commune ou séparée, l'officier de l'état-civil ou l'agent consulaire s'aperçoit que l'un des époux fait l'objet de pressions, il pourra tenter de le dissuader de poursuivre le projet de mariage et, s'il a connaissance d'un délit, le dénoncer au parquet compétent* ». Mais le but des auditions des époux ou futurs époux reste la recherche d'une absence de consentement, et c'est sur ce motif que le sursis à la transcription ou à la célébration du mariage peut être demandé et prononcé.

Il conviendrait donc que les articles du code civil relatifs à l'audition des futurs époux et au sursis à la célébration ou à la transcription du mariage ne visent plus seulement les causes de nullité absolue, parmi lesquelles l'absence de consentement, mais aussi le vice du consentement. À l'initiative de la Mission, l'Assemblée nationale a, le 15 décembre 2005, adopté ces dispositions en première lecture, lors de l'examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

Proposition :

– *viser explicitement le vice de consentement dans les dispositions relatives à l’audition des futurs époux, au sursis à la célébration du mariage et au sursis à la transcription du mariage*

b) Assouplir la réalisation des auditions

L’audition des époux ou des futurs époux, prévue pour les mariages célébrés en France comme pour ceux célébrés à l’étranger, est un moyen très efficace pour s’assurer de la réalité et de la liberté du consentement. La possibilité d’une audition séparée des conjoints est à cet égard particulièrement précieuse.

Le Défenseur des enfants et le Médiateur de la République estiment nécessaire qu’une circulaire précise les circonstances dans lesquelles l’audition des époux ou des futurs époux doit avoir lieu. Ils souhaitent que soit rappelé aux officiers de l’état civil qu’elle ne vise pas seulement la lutte contre l’immigration clandestine, mais aussi la protection de la liberté du consentement au mariage, et que les modalités de déroulement de l’entretien et la rédaction du compte rendu soient précisées. La circulaire du 2 mai 2005 précitée apporte, sur ces points, les indications nécessaires.

L’audition des conjoints ou futurs conjoints est obligatoire « *sauf en cas d’impossibilité matérielle (...)* ». Le fait que cette audition ne puisse être effectuée que par les officiers de l’état civil du lieu de célébration du mariage pose des problèmes pratiques, notamment dans le cas où l’un des époux est encore à l’étranger et doit demander un visa pour être entendu préalablement à la célébration de son mariage prévue en France. Dans une telle situation, l’officier de l’état civil doit pouvoir confier la réalisation de l’audition à un agent consulaire français en poste dans le pays de résidence du futur époux.

En outre, pour éviter qu’une surcharge de travail conduise à ne pas procéder à certaines auditions faute de temps, la Mission juge utile que les officiers de l’état civil ou les agents consulaires puissent, s’ils le souhaitent et en éprouvent le besoin, déléguer la réalisation de l’audition à un fonctionnaire de leur service. Ils conserveraient la possibilité de réaliser ultérieurement une autre audition, si la première a fait naître des doutes sur la liberté du consentement, et demeureraient seuls responsables des suites à donner (selon les cas, faire opposition ou demander un sursis à la célébration du mariage, suspendre sa transcription et saisir le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes).

À l'initiative de la Mission, l'Assemblée nationale a adopté un amendement autorisant ces délégations, lors de l'examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple. Cet amendement vise à réduire le plus possible les cas dans lesquels l'audition ne peut être faite, alors qu'elle serait utile.

En revanche, la Mission n'estime pas nécessaire de suivre la proposition de Mme Clotilde Lepetit, responsable du pôle juridique de l'association Ni putes ni soumises, visant à systématiser les auditions préalables. Mme Clotilde Lepetit estime que cette mesure « *aurait l'avantage de ne pas jeter une suspicion permanente sur les populations d'origine immigrée* ». Elle poserait cependant des problèmes non seulement matériels mais aussi au regard du respect de la liberté de se marier.

Propositions :

– *permettre à l'officier de l'état civil compétent de demander la réalisation de l'audition à un agent consulaire français dans le pays de résidence du futur époux*

– *autoriser les officiers de l'état civil et les agents consulaires à déléguer la réalisation d'une première audition à un fonctionnaire de leur service*

c) Renforcer les conséquences de la demande de sursis à la transcription

Lorsque, en cas de suspicion de mariage forcé, un agent consulaire saisit le parquet pour vérifier la réalité du consentement au mariage, celui-ci est transcrit de droit si le procureur de la République ne s'est pas prononcé dans un délai de six mois, que les époux aient été auditionnés ou non. Pourtant, si les époux ou l'un d'entre eux ont refusé d'être entendus, le doute sur la liberté du consentement ne peut que subsister.

Le dispositif mériterait d'être inversé : en cas de refus d'audition des futurs époux et à l'expiration du délai de six mois, le mariage ne serait pas transcrit, les époux pouvant prendre l'initiative de saisir le tribunal pour qu'il statue sur la validité du mariage. Cette proposition devrait figurer dans le projet de loi relatif au mariage qui est en cours de préparation à la Chancellerie.

Proposition :

– lorsque les époux ont refusé d’être auditionnés, faire de l’absence de réponse au signalement transmis au parquet par un agent consulaire un motif de non-transcription du mariage

3.– Faciliter les demandes de nullité du mariage pour vice de consentement

Les dispositions de l’article 180 du code civil permettent aux seuls époux de demander la nullité du mariage lorsque le consentement n’était pas libre. En application de l’article 184 du même code, le procureur de la République ne peut le faire qu’en cas d’absence totale de consentement, dans le cas où l’un des époux n’était pas personnellement présent à la cérémonie, ou bien lorsque l’une des conditions de fond du mariage (âge, mariage antérieur non dissout, empêchement lié au degré de parenté) n’est pas remplie. Si on considère qu’un consentement obtenu par la violence est inexistant, le procureur peut agir ; si on le considère comme donné sans liberté, seul l’un des époux peut demander la constatation de la nullité. Or il est peu probable que la victime d’un mariage forcé entreprendra cette démarche.

a) Élargir les possibilités d’action du procureur de la République

Dans la mesure où les mariages forcés constituent une atteinte à l’ordre public, il serait pertinent de permettre au procureur de la République de demander la nullité du mariage lorsque le consentement n’était pas libre, comme il peut le faire en cas d’absence de consentement.

Le Défenseur des enfants, le Médiateur de la République et la Commission nationale consultative des droits de l’homme préconisent cet élargissement, qui serait aussi une clarification. Cette mesure est approuvée par l’ensemble des personnes entendues par la Mission, eu égard à l’anéantissement psychologique et matériel qui touche les victimes de mariage forcé et à l’atteinte portée à leur liberté individuelle.

La Mission estime elle aussi qu’il convient de donner au procureur de la République le pouvoir de demander la nullité d’un mariage auquel l’un des époux au moins n’aurait pas librement consenti. À son initiative, l’Assemblée nationale a adopté un amendement en ce sens, lors de l’examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

Proposition :

– ouvrir au procureur de la République la possibilité d'attaquer un mariage contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux

b) Allonger et harmoniser les délais

En outre, les délais pendant lesquels l'action en nullité est possible sont brefs :

– en cas d'usage de la violence pour obtenir le consentement, l'action en nullité, réservée aux époux ou à l'un d'eux, peut se fonder sur les articles 1111 à 1113 du code civil ⁽¹⁾, auxquels s'applique le délai de prescription de droit commun de cinq ans, qui court dans ce cas à compter du jour où la violence a cessé (article 1304 du même code) ; mais la victime doit apporter la preuve que cette violence est illégitime et qu'elle a été déterminante pour elle dans le consentement, ce qui est très difficile à établir ;

– cependant, en application de l'article 181 du code civil, la demande de nullité « *n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* » ;

– en outre, selon l'article 183 du même code, qui porte sur le défaut de consentement familial au mariage d'un mineur, l'action en nullité peut être intentée par les parents pendant un an après qu'ils ont eu connaissance du mariage, ou par un époux également pendant un an à compter de sa majorité.

Tout comme la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Mme Clotilde Lepetit estime que le délai fixé par l'article 181 du code civil est trop court et « *ne facilite pas l'annulation d'un mariage forcé* ».

Un alignement sur le délai de droit commun de cinq ans est néanmoins apparu excessif à la Mission dans la mesure où risqueraient alors d'être annulés des mariages dans lesquels plusieurs enfants pourraient être nés, et ce même si un mariage déclaré nul continue à produire ses effets à l'égard des enfants (article 202 du code civil). Il est en outre essentiel que l'annulation ne soit pas utilisée comme une alternative au divorce et il faut aussi éviter qu'elle intervienne après le décès de l'un des conjoints, ce qui engendrerait des difficultés juridiques supplémentaires.

(1) Ces articles font partie des dispositions relatives au droit commun des contrats.

La Mission estime donc qu'il conviendrait de fixer à l'article 181 du code civil un délai de deux ans à compter du moment où l'époux a acquis sa pleine liberté (c'est-à-dire, par exemple, à partir du moment où la violence a cessé), lorsque la cohabitation s'est poursuivie au-delà. Le délai de droit commun pourrait être maintenu en l'absence de cohabitation.

Par coordination, le même délai de deux ans pourrait être introduit à l'article 183 du code civil qui porte sur le défaut de consentement familial au mariage d'un mineur, même si l'élévation à dix-huit ans de l'âge minimal d'accès au mariage pour les jeunes filles rendra son application encore plus rare qu'aujourd'hui.

Les délais de prescription des actions en nullité ont été modifiés par l'Assemblée nationale, à l'initiative de la Mission, lors de l'examen en première lecture de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

Propositions :

– *porter à deux ans, en cas de poursuite de la cohabitation après le recouvrement de sa liberté par les époux ou l'époux, le délai de prescription des actions en nullité pour absence ou vice de consentement des deux époux ou de l'un d'eux*

– *porter à deux ans, à compter de la date du mariage, le délai de prescription des actions en nullité pour absence de consentement familial au mariage d'un mineur*

c) Rendre illégitime la contrainte résultant de la crainte révérencielle envers les parents

Mme Françoise Dékeuwer-Défossez et les avocates auditionnées par la Mission ⁽¹⁾ estiment que l'application des articles 1111 à 1113 du code civil aux cas de mariage forcé est limitée dans les faits par les dispositions de l'article 1114 du même code selon lequel « *la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* ».

(1) Auditions du 5 octobre.

Certes, cet article ne s'applique pas spécifiquement au mariage, mais il pourrait être invoqué contre une demande de nullité d'un mariage auquel des jeunes gens auraient consenti sous la seule pression morale de leurs parents et alors même que c'est justement cette pression qui vicie leur consentement.

La Mission estime donc qu'il convient d'écarter explicitement l'application des dispositions de l'article 1114 au mariage. Plusieurs membres de la Mission ont donc déposé en ce sens un amendement à la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, adopté par l'Assemblée nationale le 15 décembre 2005.

Proposition :

– prévoir que les dispositions de l'article 1114 du code civil (crainte révérencielle envers les parents) ne s'appliquent pas au mariage

4.– Protéger les victimes par des mesures d'accompagnement et éduquer les adolescents

Si l'existence de moyens juridiques de lutte contre les mariages forcés est nécessaire, elle est loin d'être suffisante. Ces pratiques d'un autre âge, contraires aux libertés individuelles, doivent être combattues par le droit, mais aussi par la pédagogie et la prévention. Pour reprendre la formule utilisée devant la Mission par M. Jean-Louis Zoël, qui représentait le ministère des affaires étrangères, « *on pourra rêver de faire toujours mieux pour traiter les risques de mariages forcés et les conséquences de ces mariages pour les victimes, mais ces "missions de pompiers" seraient plus efficaces s'il y avait moins de pyromanes* ».

En attendant que ces efforts aient porté leurs fruits, les mesures de protection et d'accompagnement des personnes menacées ou victimes d'un mariage forcé doivent être renforcées.

a) Informer toutes les personnes concernées

Tous les participants à la table ronde organisée par la Mission, ainsi que les rapports sur ce sujet, soulignent l'importance du travail de sensibilisation qui doit être mené en direction des jeunes gens et de leurs familles, mais aussi de toutes les personnes susceptibles d'avoir connaissance de projets de mariage forcé.

C'est à l'école, par exemple à l'occasion des cours d'instruction civique ou d'éducation à la sexualité, que les filles et les garçons devraient être informés des règles du consentement au mariage et des moyens d'agir, notamment en cas de mariage forcé.

Une action de sensibilisation à ces problèmes doit aussi être entreprise auprès des personnes qui travaillent au contact des jeunes gens (travailleurs sociaux, enseignants) ou qui peuvent avoir connaissance, du fait de leur profession, des menaces de mariage forcé (agents diplomatiques et consulaires, magistrats, policiers). Ils doivent apprendre à reconnaître les signes et connaître les moyens qui sont à leur disposition pour éviter que les mariages soient célébrés, en France ou à l'étranger. Comme Mme Myriam Bernard l'a souhaité, « *tous doivent apprendre à détecter les signes qui peuvent faire penser à un vice du consentement. Une rupture scolaire et un absentéisme doivent particulièrement appeler l'attention* ».

Propositions :

- *organiser à l'école une information sur la liberté de consentement au mariage et les droits qu'elle induit*
- *sensibiliser les personnes susceptibles d'avoir connaissance de projets de mariage forcé (agents diplomatiques et consulaires, magistrats, policiers, travailleurs sociaux, enseignants)*

b) Aider les victimes

Au-delà, il est indispensable de soutenir psychologiquement et matériellement les victimes ou les personnes menacées d'un mariage forcé. D'abord elles n'osent pas porter plainte, puis, si elles franchissent cette première étape, elles sont souvent contraintes de quitter leur domicile et se retrouvent privées de ressources.

Les centres d'information sur les droits des femmes, qui existent dans tous les départements et qui ont une expérience dans ces domaines, pourraient être chargés d'écouter, d'assister et de conseiller les personnes victimes ou menacées d'un mariage forcé.

L'attention de la Mission a été particulièrement attirée sur les problèmes de logement que rencontrent les victimes. Mme Gaye Petek, directrice de l'association Elele, a déploré que, en France, « *en matière de logement, par exemple, les associations sont débordées et les hébergements spécifiques n'existent*

pas, contrairement à l'Allemagne et aux Pays-Bas ». Un effort doit être réalisé pour que des logements adaptés soient proposés aux victimes et aux personnes menacées.

Propositions :

- développer les lieux d'écoute, d'assistance, de conseil et de prise en charge des personnes menacées ou victimes de mariage forcé, notamment au sein des centres d'information sur les droits des femmes*
- développer des solutions d'hébergement adaptées aux personnes menacées ou victimes de mariage forcé*

5.– Refuser l'instauration d'une sanction pénale spécifique au mariage forcé

Le code pénal sanctionne de manière spécifique le délit de mariage de complaisance (article L. 623-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ⁽¹⁾) et le crime d'excision (article 222-9 du code pénal ⁽²⁾). Les avis divergent sur l'opportunité de suivre la même logique pour les mariages forcés.

a) Les avantages attendus de la création d'un délit spécifique

Lors de son audition ⁽³⁾, Mme Françoise Dekeuwer-Défossez a jugé que qualifier de délit l'exercice d'une pression en vue du mariage permettrait d'affirmer le caractère illégal et illégitime de cette pratique, tout comme qualifier de crime l'excision a été un moyen efficace de souligner son caractère inacceptable pour la société française. Des sanctions accompagneraient logiquement cette qualification. Mme Virginie Larribau-Terneyre défend aussi l'intérêt pédagogique d'une telle mesure, tout en estimant que « *les populations concernées n'ont pas toujours peur de la loi pénale* ».

(1) Est puni de cinq ans de prison et de 15 000 euros d'amende « *le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française* » ainsi que l'organisation ou la tentative d'organisation d'un mariage aux mêmes fins.

(2) Sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende « *les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente* ».

(3) Audition du 5 octobre 2005.

La création d'un tel délit pallierait l'absence actuelle d'une incrimination parfaitement adaptée à tous les cas de mariages forcés, alors que l'interprétation de la loi pénale est stricte et que, lorsque les pressions au mariage sont exclusivement morales, elles ne relèvent pas d'un délit préexistant.

Il est vrai que, comme le souligne M. Jean-Louis Zoël, l'existence d'une sanction pénale spécifique donnerait aux personnes menacées d'un mariage forcé un argument supplémentaire pour se défendre, et que la sanction pourrait déstabiliser les calculs économiques, patrimoniaux et migratoires qui sous-tendent souvent les mariages forcés.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe conseille elle aussi aux États de réfléchir à la possibilité de pénaliser par une infraction spécifique les faits de mariage forcé, y compris la complicité dans l'organisation d'un tel mariage. Mais il faut reconnaître qu'une telle infraction n'existe aujourd'hui que dans deux pays, en Allemagne et en Norvège.

b) Des effets négatifs à éviter

Les effets négatifs de la création d'un délit spécifique sont réels.

D'abord, les victimes de mariage forcé pourraient se taire pour éviter que leurs parents ne courent le risque d'être condamnés. Mme Gaye Petek, pourtant favorable à ce que les auteurs de mariages forcés soient poursuivis pénalement, a attiré l'attention de la Mission sur ce danger, tout comme Mme Clotilde Lepetit.

Celle-ci souligne qu'il existe par ailleurs un panel d'infractions susceptibles d'être utilisées pour sanctionner les formes les plus violentes que prennent ces pratiques (violence, agression sexuelle, menaces sous conditions, harcèlement, enlèvement, séquestration...).

En outre, les parents pourraient, en réaction, adopter de nouvelles postures, consistant par exemple à envoyer les jeunes filles dans leur pays d'origine, où elles resteront après leur mariage, ce qui ferait un tort supplémentaire aux victimes. Enfin, si l'on se place du point de vue des parents, il faut reconnaître que, pour la plupart, ils ont l'impression de prendre une décision « dans l'intérêt de leur enfant », en lui trouvant « un bon mari » ou une « bonne épouse ». Les jeunes gens ne sont pas d'accord, mais en même temps ils comprennent la logique dans laquelle se trouvent leurs parents. Refuser la volonté familiale et briser la loi du silence leur demandent déjà un vrai courage. Il est inutile d'ajouter le fardeau de la culpabilisation.

Aussi, la Mission ne souhaite pas la création d'un délit spécifique. En revanche, consciente de la valeur symbolique de la loi et de son effet pédagogique, elle considère que le code civil devrait plus clairement faire de la contrainte au mariage une cause de nullité relative. À cet effet, lors de l'examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, l'Assemblée nationale a, à l'initiative de la Mission, modifié l'article 180 du code civil pour préciser que « *l'exercice d'une contrainte au mariage constitue un cas de nullité de celui-ci* »⁽¹⁾.

Proposition :

– *préciser que l'existence d'une contrainte au mariage constitue une cause de nullité du mariage*

(1) Assemblée nationale, texte adopté n° 521.