



Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES

Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

5 ISSN 0021-812X

LA COHABITATION LÉGALE UNE ÉTAPE DANS LA RECONNAISSANCE DES UNIONS ENTRE PERSONNES DU MÊME SEXE?

La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale (1) permet à deux personnes vivant ensemble — ou qui, à tout le moins, déclarent un domicile commun — de se placer sous un statut qui implique un nombre limité de conséquences sur le plan du droit civil, tant que la cohabitation légale subsiste. Jusqu'à la récente mise en vigueur de cette loi, seules quelques dispositions de la législation fiscale ou de sécurité sociale et une jurisprudence relativement maigre attachaient certains effets au concubinage. Celui-ci à présent se trouve reconnu, à certains égards, comme « mariage de fait » : surmontant à son tour la suspicion frappant la vie commune hors mariage, le législateur, après le juge, a choisi de faciliter sur le plan juridique l'organisation d'un mode de vie qui, sociologiquement, s'est répandu au point de concurrencer véritablement l'institution du mariage. Pourtant si la portée symbolique de cette avancée n'est pas contestable, il reste que le cadre juridique qu'elle crée demeure nettement en deçà de ce qui constituerait, pour les couples de même sexe à qui l'accès au mariage est interdit, une alternative satisfaisante. Ce serait même trop lui prêter que de considérer que la nouvelle loi instaurant la cohabitation légale constitue une étape vers la reconnaissance des unions de même sexe, qui rende celle-ci inéluctable à terme : l'adoption de la loi, en effet, n'a été possible qu'en raison d'un consensus qui, notamment, et parce qu'il faudrait protéger le mariage de l'effritement qui le menace aujourd'hui, exclut de créer un statut équivalent — aussi durable dans le temps — pour les couples de même sexe. C'est cette réponse, négative, au titre de notre étude, que nous voudrions étayer en mettant en perspective la loi du 23 novembre 1998.

Une telle mise en perspective suppose d'abord de rappeler quelle était la situation juridique des cohabitants homosexuels avant la loi sur la cohabitation légale [1]. C'est sur le fond de cet arrière-plan que l'on place la loi du 23 novembre 1998 par rapport à sa genèse [2] et — afin d'en évaluer exactement l'apport —

par rapport au droit commun applicable à la cohabitation de fait, ledit « concubinage » [3]. Les insuffisances de la nouvelle législation apparaissent alors en pleine lumière. Ces insuffisances se repèrent à différents endroits, puisqu'elles concernent non seulement les effets juridiques civils accordés aux cohabitants légaux, mais également la filiation et l'adoption, la sécurité sociale et la matière fiscale, ou l'accès au territoire et le séjour [4]. Les insuffisances ainsi énumérées sont telles qu'une réflexion s'impose déjà quant aux alternatives envisageables pour l'avenir, tant il paraît certain que la loi du 23 novembre 1998 non seulement ne répond pas aux demandes de la communauté homosexuelle, mais en outre risque de ne plus satisfaire à des standards européens en rapide évolution : c'est pourquoi nous évoquons, avant notre conclusion [6], les voies que pourraient constituer le partenariat enregistré ou l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe [5].

1. — LA SITUATION JURIDIQUE DES COHABITANTS HOMOSEXUELS AVANT LA LOI SUR LA COHABITATION LÉGALE

La loi du 23 novembre 1998 s'inscrit dans un champ qu'il convient de configurer, si l'on veut en comprendre la véritable portée. L'indifférence de principe du Code civil de 1804 au concubinage, appréhendé alors comme situation de pur fait — « Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux », suivant la célèbre formule de Napoléon Bonaparte — a été comblée, tardivement et très partiellement, par la jurisprudence (2). Mais c'est de manière très dispersée que celle-ci a admis de faire produire au concubinage cer-

(2) Voy. notam., J.-P. Masson, « Les rapports de nature personnelle au sein de l'union libre », in Ph. De Page et R. De Valkeneer (sous la dir. de -) *L'Union libre*, actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 155.

S O M M A I R E

- La cohabitation légale.
Une étape dans la reconnaissance des unions
entre personnes du même sexe?,
par O. De Schutter et A. Weyembergh . 93
- Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat -
Articles 19 et 24
(Cour d'Arbitrage, 10 novembre 1999) 107
- Procédure devant le Conseil d'Etat - Moyen
d'incompétence - Réouverture des débats -
Publicité de l'administration -
Droit fondamental du citoyen
(Cons. d'Etat, 16 novembre 1999) . . . 107
- I. Réouverture des débats - Article 772
du Code judiciaire - Pièce nouvelle -
II. Droit des marques - Accords « TRIPS »
- Référé - Requête unilatérale
(Bruxelles, 9^e ch., 5 octobre 1999) . . . 110
- Appel - Notification - Domicile élu -
Domicile connu en Belgique -
Emploi des langues - Défaut de traduction
d'un acte d'appel
(Bruxelles, 3^e ch., 2 février 1999) . . . 112
- Filiation - Acte de notoriété -
Notion - Homologation -
Contrôle de l'acte par le tribunal
(Civ. Bruxelles, 12^e ch., 16 juin 1999) 112
- Chronique :
Les deuils judiciaires - Bibliographie -
Coups de règle - Mouvement judiciaire -
Communiqué - Dates retenues.

LARCIER

Rue des Minimes, 39 - 1000 Bruxelles
Fax (010) 48.26.50
E-mail : acces+cde@deboeck.be

*Vous ne recevez pas
notre publicité ? N'hésitez pas
à nous communiquer vos nom
et adresse et vos centres d'intérêt
en matière juridique*

(1) M.B., 12 janv. 1999. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 (cf. A.R. 14 déc. 1999, publiée au M.B., 23 déc. 1999).

tains effets juridiques, l'incertitude des concubins quant au régime juridique qui était le leur n'étant pas, dès lors, la moindre des difficultés qu'ils avaient à rencontrer. Tandis qu'une position apparemment majoritaire se fondait sur ce que la loi ignore les concubins pour en déduire que ceux-ci ne peuvent que prendre appui sur les mécanismes de droit commun pour se prévaloir des relations juridiques qui les lient tant entre eux que vis-à-vis des tiers (3), d'autres juridictions avaient admis de considérer le concubinage, à certains égards, comme un mariage de fait, impliquant notamment la solidarité pour les dettes du ménage en application de l'article 222 du Code civil, ou la protection du logement principal en application de l'article 215 du Code Civil (4); et la doctrine avait proposé encore une troisième voie, consistant à faire appel à d'autres mécanismes du droit civil pour pourvoir le concubinage d'une organisation juridique, par exemple en le considérant comme une société universelle, reprenant toutes les activités communes aux concubins (5). Aussi bien, afin de se donner à eux-mêmes une sécurité juridique que la loi et la jurisprudence paraissaient leur refuser, et afin de s'assurer certaines garanties matérielles, les concubins ont parfois organisé conventionnellement leur relation, les juridictions conservant dans ce cas un certain pouvoir, celui d'interpréter les dispositions des conventions conclues en cas de litige et de les compléter si elles sont lacunaires.

Pour insuffisants qu'ils soient, car à la fois peu assurés et relativement peu protecteurs, les quelques aménagements que la jurisprudence a apportés à la situation de concubinage n'en sont pas moins remarquables, si on consent à les contraster avec la suspicion qui, longtemps, a caractérisé la perception qu'elle avait de la vie commune hors mariage (6). Cette méfiance s'exprimait sur deux terrains privilégiés : celui de la validité des libéralités (donations ou legs) entre concubins, d'une part; celui de la possibilité pour le concubin d'agir en responsabilité contre l'auteur d'une faute ayant entraîné le décès de son partenaire, afin de réclamer réparation du dommage matériel ou moral subi, d'autre part.

Les libéralités ayant une cause immorale ou illicite étant nulles (7), les donations entre concubins ont longtemps été pour le moins suspectes, quoique n'étant pas tout à fait

prohibées (8). Conformément aux principes consacrés par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 1953 (9), toute libéralité entre concubins était frappée de précarité et risquait d'être sanctionnée, tant il paraissait difficile de nier le fondement sexuel de la relation de concubinage (10). De manière générale, la doctrine (11) a compris cet arrêt comme attachant au concubinage une présomption d'immoralité qu'il incombe au bénéficiaire de renverser. Plus de vingt années plus tard, dans un arrêt du 23 juin 1977 (12), la Cour de cassation a amorcé un revirement de jurisprudence. Conformément à cette décision, le ou les mobiles licites de la donation sont présumés parce que la communauté de vie hors mariage, surtout lorsqu'elle est stable, engendre des sentiments d'affection ou des préoccupations de protection matérielle qui prennent le pas sur les aspects physiques de la relation (13).

Concernant le droit à la réparation du concubin, la Cour de cassation a longtemps considéré que l'action en responsabilité ne pouvait servir qu'à demander réparation des dommages consistant en des atteintes portées à des intérêts légitimes, et que dès lors, « le dommage résultant de l'atteinte portée aux sentiments d'affection que se vouent des concubins ne constitu[ant] pas la privation d'un avantage légitime », « la réparation de pareil dommage ne peut être poursuivie en justice » (14). L'illégitimité du concubinage comme tel — considéré alors comme une situation de pur fait, à laquelle le droit, sans l'interdire, ne saurait attacher aucune conséquence — était déduite selon la Cour de cassation de ce qu'« en faisant du mariage le fondement essentiel de la famille, le législateur a nécessairement refusé de reconnaître un caractère légitime aux avantages résultant des relations, de nature précaire, nouées dans l'union libre; qu'on ne pourrait attacher à ces relations des effets analogues à ceux que la loi réserve au mariage, sans compromettre cette institution » (15). Dans un arrêt de principe du 1^{er} février 1989 (16), où elle s'aligne finalement sur une

position adoptée dès 1970 par le juge français (17), la Cour de cassation avait abandonné sa jurisprudence suivant laquelle, la relation entre concubins non mariés ne bénéficiant pas de la reconnaissance légale, elle ne saurait être la source d'avantages légitimes dont la lésion peut donner lieu à réparation (18). Elle confirme le revirement dans un arrêt du 15 février 1990 (19). Cette évolution s'inscrit dans une tendance, spectaculairement amorcée par l'assimilation des enfants nés hors mariage aux enfants nés dans le mariage (20), qui conduit à reconnaître sur le plan du droit une évolution de fait, que caractérise la multiplication, depuis près d'un quart de siècle, des unions dites « libres », nouées en dehors des liens du mariage.

La façon dont cette progressive reconnaissance de la situation de fait du concubinage par la jurisprudence belge s'est opérée est exemplaire. A aucun moment la situation spécifique des couples homosexuels n'a été prise en compte. Elle a, au contraire, été niée, la suspicion entourant initialement le concubinage étant justifiée par la présomption selon laquelle les personnes cohabitant hors mariage ont fait là un choix, dont il leur faudrait dès lors assumer les conséquences (21). Et même lorsque la jurisprudence a admis de faire produire certains

(17) Cass. fr., ch. mixte, 27 févr. 1970, *Dangereux*, *Bull. civ.* n° 1, D., 1970, 201, note Combaldieu, *Sem. jur.*, 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange, *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p. 353, obs. Durry. Cette jurisprudence a été amplement confirmée depuis : Cass. fr., 20 avril 1972, *J.C.P.*, 1972, II, n° 17278; et 19 juin 1975, *D.*, 1975, p. 679, et note A. Tunc. Comp. avec la position antérieure de la Cour de cassation de France, telle qu'exprimée dans un arrêt du 27 juillet 1937 (Cass. fr., ch. civ., 27 juill. 1937, *D.*, 1938, p. 5, note R. Savatier), et tendant à considérer que le demandeur en responsabilité délictuelle devait pouvoir « justifier, non d'un dommage quelconque, mais de la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé ».

(18) Il n'en allait autrement que dans le cas, abordé par un arrêt apparemment isolé (Cass., 30 nov. 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 437), où des fiancés cohabitaient avant le mariage. Selon la lecture que l'avocat général R. Declercq fait de l'arrêt du 30 novembre 1981, dans ses conclusions contraires précédant l'arrêt du 1^{er} février 1989, l'action en réparation du dommage étant alors fondée non pas sur la rupture de la cohabitation mais, plus précisément, sur « la privation du droit de se marier avec la personne de son choix ».

(19) Cass., 1^{re} ch., 15 févr. 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 694, *J.T.*, 1990, p. 216, *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.658 et obs. R.O. Dalcq.

(20) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31; loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions relatives à la filiation, *M.B.*, 27 mai 1987. Sur la signification de cette évolution du point de vue de la pluralité des modèles familiaux dont elle constitue la trace, voy. notam. P. Senaeve, « Het personen- en familierecht, de Grondwet en het E.V.R.M. », in *Gezin en recht in een postmoderne samenleving - Twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, ici pp. 348-350.

(21) La négation de la situation spécifique des couples homosexuels a été facilitée par le peu de demandes formulées par des homosexuels ayant cohabité. La crainte et l'autocensure présentes chez les homosexuels en cas de contestation ne sont sans doute pas étrangères à cette situation. Sur le peu de demandes introduites par les homosexuels, voy. l'exposé introductif à la proposition de loi instituant l'union civile déposée par G. Swennen le 20 juillet 1993, *Doc. parl.*, Ch., 1143/1, 1992-1993, p. 11.

(3) A.C. Van Gysel, *Droit des personnes*, Bruxelles, P.U.B., 1998-1999, p. 114; Bruxelles, 6 sept. 1996, *R.T.D.F.*, 1997, pp. 128 et s.

(4) En ce sens, voy. notam., J.P. Alost, 11 juin 1991, *R.W.*, 1993-1994, p. 1307; Trib. Arr. Tongres, 1^{er} avril 1992, cité par P. Legros; J.-P. Nijs, « Pension alimentaire après concubinage », *Journ. procès*, 1996, n° 313, p. 30. Les arguments avancés pour justifier cette assimilation sont divers (pour un exposé et une critique de ces différentes argumentations, voy. notam., A.C. Van Gysel, *Droit des personnes*, op. cit., p. 114. Dans le même sens, voy. entre autres auteurs J.-P. Masson, op. cit., p. 161. Voy. aussi Civ. Bruxelles, 10 déc. 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 80).

(5) Cette qualification n'emporte pas la conviction de A.-Ch. Van Gysel, *Droit des personnes*, op. cit., p. 114. Elle a été rejetée en jurisprudence : voy. Civ. Bruxelles, 10 déc. 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 80.

(6) Pour une excellente synthèse, voy. N. Verheyden-Jeanmart, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1986.

(7) Voy. les art. 1131 et 1133, C. civ.

(8) L'ancien adage « Don de concubin à concubin ne vaut » était, en effet, formellement périmé.

(9) Cass., 1^{re} ch., 13 nov. 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 190. (10) N. Verheyden-Jeanmart, « Le concubinage », *Rép. not.*, t. XV, n° 12, p. 30.

(11) Voy. Ph. De Page, « La cause immorale de l'union libre », in Ph. De Page et R. De Valkeneer (sous la direction de-), *L'union libre*, op. cit., p. 169 et les auteurs qu'il cite.

(12) Cass., 1^{re} ch., 23 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1083.

(13) N. Verheyden-Jeanmart, « Le concubinage », op. cit., n° 39, pp. 40 et 41; Ph. De Page, « La cause immorale de l'union libre », op. cit., p. 171.

(14) Cass., 2^e ch., 21 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 921.

(15) *Idem*. La prise en compte, par certaines lois de sécurité sociale, de la cohabitation de fait entre personnes non mariées, était écartée comme sans pertinence pour la détermination du caractère illicite des avantages liés à l'état de concubinage : selon le même arrêt de la Cour de cassation, qui se prononce sur une décision du juge du fond refusant de reconnaître le dommage moral qu'a pu causer à un concubin le décès de sa concubine, provoqué par un accident de roulage, « cette législation ne tend qu'à compenser des charges nées de circonstances d'ordre purement matériel sans avoir égard à des liens d'affection ».

(16) Cass., 2^e ch., aud. plén., 1^{er} févr. 1989, *Pas.*, 1989, p. 582.

effets juridiques au fait du concubinage, elle a généralement réservé l'emploi de ce terme à la relation stable et continue entre un homme et une femme (22). Ce n'est en réalité qu'en des circonstances exceptionnelles qu'elle a reconnu qu'entre des personnes de même sexe pouvait exister une forme d'*affectio maritalis*, justifiant que l'on attache des effets juridiques à la vie commune nouée entre elles (23). L'évolution de la jurisprudence relative au concubinage manifeste ainsi simultanément une progressive prise en compte du fait du concubinage, et un affaiblissement de la réprobation s'attachant à la vie commune hors mariage. Pourtant dans cette prise en compte elle-même, se laisse repérer soit une indifférence vis-à-vis de la situation propre des couples homosexuels — auxquels l'accès au mariage est fermé et dont on ne saurait considérer, par conséquent, que l'instabilité inhérente au concubinage résulterait d'un choix dans leur chef — soit même une exclusion des homosexuels du concubinage lui-même, dès lors que celui-ci est censé ne pouvoir exister, avec les effets limités que la jurisprudence y attache, qu'entre un homme et une femme vivant comme maritalement. L'examen des travaux préparatoires de la loi du 23 novembre 1998 révèle que, derrière la reconnaissance d'une cohabitation légale quel que soit le sexe des personnes qu'elle réunit, c'est une même « neutralité » caractéristique de cette évolution, aboutissant en réalité à nier la spécificité des concubinages entre personnes de même sexe, qui a guidé l'adoption de cette législation.

(22) On sait que la jurisprudence de la Cour de cassation de France réserve le terme de « concubinage » à la relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, ce qui suppose qu'il s'agisse de la relation entre un homme et une femme (Cass. fr., 17 déc. 1997, *Rec. Dall.*, 1998, II, p. 88, note J.-L. Aubert). Cette jurisprudence confirme des arrêts du 11 juillet 1989 (concl. Dorling-Carter, *Gaz. Pal.*, 1990, I, 216 : D., 1990, p. 582, note Malaurie; *J.C.P.*, II.21553, note Meunier), définissant les conjoints en union libre comme « deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Ces arrêts se fondent sur cette appréciation pour admettre qu'un employeur accordant certains avantages à ses employés en raison de leur cohabitation en union libre ou de leur mariage puisse refuser ces avantages s'agissant d'un couple formé de deux hommes (*premier arrêt*); ou bien pour estimer que la notion de « vie maritale » figurant dans une législation de sécurité sociale ne s'applique pas au couple formé de deux femmes (*second arrêt*). L'arrêt du 17 décembre 1997 semble mettre fin aux espoirs qu'avait pu susciter une décision rendue par le tribunal de Belfort le 25 juillet 1995, dans lequel celui-ci avait considéré pouvoir étendre l'enseignement de l'arrêt *Dangereux* rendu par la Cour de cassation le 27 février 1970 (ci-dessus, note 17) pour accueillir l'action en responsabilité de la campagne d'une lesbienne, avec qui elle cohabitait depuis vingt ans, suite au décès accidentel de celle-ci. L'assureur du responsable de l'accident n'ayant pas fait appel de cette décision, le statut de cette avancée jurisprudentielle demeure imprécis. Voy. F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, P.U.F., 1997, p. 120.

(23) Voy. Civ. Anvers, réf., 26 févr. 1987, *R.G.D.C.*, 1987/1, p. 76 : la partenaire homosexuelle d'une personne défunte est présumée pouvoir mieux connaître la volonté de celle-ci quant à ses funérailles (« gelet op de interne relatie en de gezinsvorming » entre les partenaires), que la famille de la défunte.

2. — LA GENÈSE DE LA LOI DU 23 NOVEMBRE 1998 INSTAURANT LA COHABITATION LÉGALE

Si la loi du 23 novembre 1998 est d'un apport à ce point limité pour les couples homosexuels, et si, ainsi qu'on vient de l'indiquer, ces limites peuvent se comprendre par analogie avec celles affectant déjà la jurisprudence relative à la vie commune hors mariage — car là comme ici, on n'a pas pu ou pas voulu apercevoir la spécificité de la vie commune entre personnes de même sexe —, c'est aussi en raison de l'ambiguïté qui, à travers l'ensemble de sa discussion, en a orienté la formulation.

Formellement, la loi instaurant la cohabitation légale a sa source dans une proposition de loi du 23 octobre 1995 concernant le contrat de vie commune (24). Un tel contrat aurait eu pour but, selon ses concepteurs, de « concrétiser socialement un lien unissant deux personnes physiques qui désirent établir entre elles une communauté de vie et s'assurer réciproquement une sécurité matérielle » (25). Parmi les facteurs contribuant à rendre nécessaire le contrat de vie commune, figuraient certes « l'existence de catégories sociales particulières comme les homosexuels, revendiquant un cadre juridique spécifique visant à la protection de leur couple » (26). Mais l'intention de la proposition de loi concernant le contrat de vie commune n'était pas de créer une sorte de quasi-mariage, au bénéfice des partenaires de même sexe à qui l'accès à l'institution du mariage était interdit : son but était plutôt de garantir une sécurité matérielle minimale aux partenaires non mariés. Cette tendance s'est encore renforcée à la suite d'un amendement à cette proposition introduit le 7 janvier 1998 (27), qui substitua à la notion de contrat de vie commune, celle de « cohabitation légale » (28). Sont à cet égard

(24) La proposition fut déposée par quatre parlementaires : Serge Moureaux (PS), Vincent Decroly (Ecolo), Frans Lozie (Agalev) et Olivier Maingain (FDF).

(25) Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, 23 octobre 1995, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1995-1996, n° 170/1.

(26) *Doc. parl.*, Ch., 170/1, 1995-1996, p. 2.

(27) Cet amendement fut introduit par quatre autres parlementaires appartenant aux trois grandes familles politiques du pays (sociaux-chrétiens, socialistes, et libéraux). Parmi eux figure M.R. Landuyt, député socialiste flamand qui avait antérieurement introduit une proposition de loi instituant l'union civile (17 janv. 1996, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1995-1996, n° 372/1), reprenant une proposition dont l'initiateur avait été, le 20 juillet 1993, M. G. Swennen (*Doc. parl.*, Ch. sess. 1992-1993, n° 1143/1). Il est à noter que les développements relatifs à la proposition de loi introduite le 17 janvier 1996 expriment très clairement que, dans l'esprit de son auteur, il s'agissait par l'institution de l'union civile de mettre fin à la discrimination que créait l'impossibilité pour les partenaires de même sexe de conclure un mariage. L'alignement d'un statut légal des couples homosexuels sur celui des couples mariés ou cohabitants, c'est-à-dire l'instauration d'un véritable mariage homosexuel, n'était remise qu'en raison du caractère encore irréaliste, à l'heure actuelle, d'une telle avancée.

(28) Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Amendement n° 1, 7 janvier 1998, *Doc. parl.*, Ch., sess., 1997-1998, n° 170/2.

particulièrement révélateurs la localisation de l'institution au sein du Code civil (les articles insérés figurent dans le livre III dudit Code [« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »], et non plus dans le livre 1^{er} [« Des personnes »]), et la disparition de toute référence à l'obligation mutuelle de secours et d'assistance, que la proposition de loi initiale prévoyait d'imposer aux partenaires liés par contrat de vie commune. Surtout, à la différence de la proposition initiale, le nouvel amendement entendait n'attacher aucune conséquence, sur les plans fiscal et de la sécurité sociale, au statut qu'il prétendait instituer.

Certes, le compromis politique ayant permis l'adoption de la loi du 23 novembre 1998 prévoyait que, parallèlement à la création du statut de la cohabitation légale, l'on procéderait au relevé des « discriminations fiscales et sociales existantes entre mariés et non-mariés », afin d'œuvrer à leur progressive élimination. Il s'agissait par là de s'assurer que les couples qui songeraient au mariage ne soient pas encouragés à lui préférer la cohabitation légale pour des motifs étrangers à un souci de ne point se lier pour l'avenir, suivant les formes encore relativement rigoureuses que les règles du mariage prévoient (29). C'est du reste pour ce motif — « afin que l'accord concernant la liaison des deux volets de la discussion puisse sortir tous ses effets », ainsi que l'expriment les travaux parlementaires (30) — qu'une disposition de la loi du 23 novembre 1998 prévoit que le Roi fixe, par arrêté délibéré en conseil des ministres, la date de son entrée en vigueur (art. 6) (31). Il serait pourtant audacieux de déduire, de ce souci des parlementaires

(29) C'est en alléguant le caractère discriminatoire de ces différences de traitement entre les personnes mariées civilement et les personnes ayant fait choix de la cohabitation légale que, le 10 février 1999, plusieurs personnes physiques ont introduit devant la Cour d'arbitrage de Belgique un recours en annulation de la loi du 23 novembre 1998, pour violation des articles 10 et 11 de la Constitution (égalité et non-discrimination) (*M.B.*, 4 mars 1999). L'affaire est inscrite au rôle de la Cour sous le numéro 1616.

Il est permis de rappeler que, interrogée sur la compatibilité des dispositions de la loi fiscale relatives au cumul des revenus des époux avec le droit de se marier et de fonder une famille, la liberté de pensée, de conscience et de religion, et l'interdiction de la discrimination, la Cour de cassation belge a estimé que « si certaines personnes, qui ont à décider si elles entreront dans les liens du mariage ou si elles mèneront une vie commune hors mariage, peuvent être enclines à faire leur choix en plaçant leurs intérêts matériels au-dessus de leurs convictions morales ou religieuses, il n'en reste pas moins que les dispositions de la loi fiscale qui ont (...) pour seul but de procurer des ressources à l'Etat ne peuvent être considérées comme portant atteinte de la sorte au droit et à la possibilité pour chacun de se marier et de fonder une famille, ni à la liberté de pensée, de conscience ou de religion »; dans le même arrêt, la Cour de cassation a jugé que la situation du ménage de fait n'était pas comparable à celle du couple marié civilement, ce qui exclut la violation de la règle de non-discrimination. Voy. Cass., 1^{re} ch., 16 févr. 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 680.

(30) Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, amendement n° 41, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1997-1998, n° 170/7.

(31) En réalité, le conseil des ministres a pris un tel arrêté, prévoyant l'entrée en vigueur du texte légal au 1^{er} janvier 2000, sans attendre que les discriminations entre mariés et non-mariés soient complètement effacées.

res d'aligner le mariage et la cohabitation légale sur le plan fiscal, que ces institutions seraient à leurs yeux assimilables l'une à l'autre, à tout le moins situées sur le même plan symbolique. L'intention de soumettre à un même statut fiscal la cohabitation légale et le mariage non seulement ne concerne que l'aspect patrimonial de la cohabitation légale, mais au surplus ne s'étend pas à la différence de traitement qui s'applique à ces deux situations, de manière cette fois défavorable aux cohabitants légaux, en ce qui concerne les successions (32).

On pourrait encore être tenté de déceler l'indice d'une proximité entre la cohabitation légale et le mariage civil, dans une autre circonstance ayant entouré l'adoption de la loi du 23 novembre 1998. La loi instaurant la cohabitation légale a en effet été précédée d'un rapport qui, établi au sein de la Commission de la justice de la Chambre des représentants, portait non seulement sur la proposition de loi concernant le contrat de vie commune, mais également sur deux propositions de loi relatives à la protection contre les discriminations fondées sur le sexe et les tendances sexuelles ou relationnelles (33). Ces propositions tendaient à interdire dans un certain nombre de contextes la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, en prévoyant l'incrimination de ces discriminations à la façon dont se trouve déjà incriminée, par une loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, les « formes de distinction, d'exclusion, de restriction ou de préférence » fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, ou l'origine nationale ou ethnique (34). Elles anticipaient ainsi une évolution que, depuis, le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 révisant le traité sur l'Union européenne — entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 — est encore venu encourager, l'article 13 du traité C.E. tel que modifié par le Traité d'Amsterdam faisant mission au Conseil des ministres de l'Union européenne de « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou

l'orientation sexuelle ». Pourtant la philosophie de ces propositions visant à combattre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle n'est manifestement pas celle qui, en fin de compte, a inspiré la loi du 23 novembre 1998. On ne retrouve d'ailleurs aucune trace de ces propositions dans la loi instaurant la cohabitation légale elle-même, dont l'objet est nettement distinct. Plutôt que la situation spécifique des couples homosexuels, dont il se serait agi d'aligner le statut sur celui des couples hétérosexuels mariés civilement au nom du principe d'égalité, ce qui a constitué la préoccupation du législateur, c'est la nécessité de régler une situation de fait — celle du concubinage, ou de la cohabitation hors mariage — dont les conséquences juridiques étaient encore relativement imprécises, et dont le régime plaçait le cohabitant le plus faible dans une situation particulièrement fragile. Il n'avait pas en vue de répondre à une revendication de la communauté homosexuelle, dont les membres sont privés de l'accès à l'institution du mariage; il avait à l'esprit plutôt ces couples qui, alors qu'ils pourraient se marier, préfèrent au mariage « un concubinage de revendication (...) visant au rejet total de toute institution juridique à vocation définitive organisant la vie de couple » (35).

3. — LA COHABITATION LÉGALE ET LA COMPARAISON AVEC LE RÉGIME DE DROIT COMMUN APPLICABLE À LA COHABITATION DE FAIT (CONCUBINAGE)

Le cadre général de la loi du 23 novembre 1998

La loi instaurant la cohabitation légale du 23 novembre 1998 insère les articles 1475 à 1479 dans le livre III du Code civil relatif aux « différentes manières dont on acquiert la propriété », sous un titre *Vbis* intitulé « De la cohabitation légale ».

L'accès au statut de la cohabitation légale est subordonné à une déclaration que font les personnes concernées (nouv. art. 1475, § 1^{er}, C. civ.) (36). Le système retenu est conforme sur ce point à la philosophie qui orientait plusieurs propositions de loi introduites antérieurement (37). Fondé sur l'idée d'une adhésion volontai-

re, il ne conduit pas à l'instauration d'un régime de protection minimal s'appliquant à tous les concubins ayant un certain nombre d'années de vie commune, sans qu'ils aient à faire enregistrer leur volonté de s'y soumettre. Au contraire, il aboutit à créer deux catégories de concubins : ceux qui ont adhéré à la réglementation et qui voient dès lors les effets juridiques de leur vie commune organisés par celle-ci et ceux qui n'y ont pas adhéré soit qu'ils n'en connaissaient pas l'existence, soit parce qu'ils ont renoncé à son application en connaissance de cause. Ces derniers restent alors soumis aux aléas de la jurisprudence en la matière (38) : au souci de les protéger malgré leur imprévoyance, le législateur a préféré celui de créer un nombre plus important de cadres juridiques au sein desquels la vie de couple pourrait s'inscrire, pour s'y épanouir.

Une fois la loi du 23 novembre 1998 en vigueur, les concubins ne désirant pas ou ne pouvant pas se marier auront désormais le choix, en effet, entre pas moins de trois possibilités. Soit ils adhèrent par une déclaration au régime de la cohabitation légale, quitte à éventuellement compléter ce régime légal minimum au moyen d'un contrat de vie commune (39). Soit ils ne font pas pareille déclaration et, dans ce cas, deux possibilités subsistent. Ou bien ils demeurent dans un concubinage de fait, et s'en remettent au juge en cas de litige ou de conflit, avec tous les aléas que cette dernière situation comporte. Ou bien ils organisent leur vie commune par voie conventionnelle. Le nouveau corps de règles venant s'ajouter à ce qui existe déjà, il en résulte une multiplication des modèles de vie commune qui a été dénoncée par plusieurs intervenants lors des travaux préparatoires (40).

Le champ d'application de la loi du 23 novembre 1998

Toutes les personnes vivant à deux sont susceptibles de souscrire au régime organisé par la loi du 23 novembre 1998, la cohabitation légale n'impliquant aucun élément affectif ou sexuel. Lors des travaux parlementaires, les défenseurs de la proposition ont notamment déclaré que « la nature profonde de la relation unissant les cohabitants est en fait sans incidence : peu importe que les partenaires soient ou non de même sexe ou soient parents ». Peuvent donc adhérer à ce nouveau régime, non seulement les concubins, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels, mais également les amis vivant ensemble, des parents vivant ensemble tels un frère et une sœur, ou, par exemple, un père et sa fille ou son fils (41).

(32) Il est d'ailleurs significatif que, dans le cadre du recours en annulation introduit devant la Cour d'arbitrage contre la loi du 23 novembre 1998 (voy. ci-dessous, n° 40), la défense de l'Etat belge consiste à affirmer le caractère extrêmement limité de cette législation, qui ne vise selon lui qu'à clarifier les conséquences patrimoniales de la cohabitation hors mariage.

(33) Proposition de loi relative à la protection contre les discriminations fondées sur le sexe et les tendances sexuelles ou relationnelles, 31 mai 1996, *Doc. parl.*, Ch., sess., 1995-1996, n° 600/1 (déposée par MM. R. Landuyt et L. Willems); et proposition de loi modifiant le Code pénal, abrogeant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, 24 juin 1997, *Doc. parl.*, Ch., sess., 1996-1997, n° 1089/1 (déposée par M. G. Bourgeois). Sur les raisons qui ont justifié le dépôt de la seconde proposition, voy. les explications données par M. G. Bourgeois lui-même, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 7 à 10.

(34) Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (*M.B.*, 8 août 1981), dont le champ d'application a été élargi par la loi du 12 avril 1994 (*M.B.*, 14 mai 1994).

(35) Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, 23 octobre 1995, *Doc. parl.*, Ch., sess., 1995-1996, n° 170/1, pp. 1-2.

(36) C'est ce qui fait dire à certains qu'en dépit de l'intitulé originel de l'initiative législative (proposition de loi concernant le contrat de vie commune), la « cohabitation légale » n'est pas un contrat mais bien un *statut* (rapport fait au nom de la Commission de la justice par MM. Vandenbossche et Lozie, *Doc. parl.*, Ch. des repr., 170/8, 1995-1996, p. 62; P. Baurain, « La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif? », *Rev. not.*, 1998, p. 619).

(37) Voy. notam., la proposition de loi instituant l'union civile, déposée le 20 juillet 1993 par Swennen, *Doc. parl.*, Ch., 1143/1, 1992-1993, p. 10; proposition de loi concernant le contrat de vie commune déposée le 2 mars 1994 par Mayeur, Simons, Maingain et Vogels, *Doc. parl.*, Ch., 1340/1, 1993-1994, article 1^{er}; proposition de loi instituant l'union civile

déposée le 17 janvier 1996 par R. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch., 372/1, 1995-1996, article 2.

(38) Voy. notam., A.-Ch. Van Gysel, « Y a-t-il encore une liberté en dehors du mariage? », *Divorce*, 1998, pp. 41 et 42.

(39) M. Duquesne, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 48.

(40) Notam., par A.-Ch. Van Gysel, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 22 et 23.

(41) Sur le caractère insolite de la création d'un statut légal de couple entre parents entre lesquels existe déjà des liens familiaux et qui pourraient être incestueux, voy. les propos de Mme Meulders consultée à titre d'expert par la Commission de la justice de la Chambre (*Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 18).

Ces personnes ne peuvent cependant ni être mariées ni être liées par une autre cohabitation légale; elles doivent en outre être capables de contracter (nouv. art. 1475, § 2, C. civ.). L'objectif des auteurs de la loi étant uniquement de régler la situation patrimoniale de personnes qui ont décidé de cohabiter, quelle que soit la nature de leur relation, on peut s'interroger sur la pertinence de la première condition. Elle n'est pas en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui a reconnu qu'une relation d'intérêt légitime peut exister entre deux personnes vivant en concubinage adultère (42). Elle supprime en outre, sans raison objective, pour toute une série de personnes, la possibilité d'adhérer au nouveau statut : elle interdit, par exemple, à une femme mariée mais séparée de corps d'adhérer au statut de la cohabitation légale avec un de ses enfants.

Paradoxalement cependant, la loi du 23 novembre 1998 est critiquable notamment en raison de l'étendue de son champ d'application, point sur lequel, d'ailleurs, elle diffère de plusieurs propositions de loi déposées antérieurement (43). Pourquoi, en effet, avoir octroyé le même sort aux concubins hétérosexuels ou homosexuels et aux amis ou parents qui décident de vivre ensemble? La cohabitation dans tous ces cas répond évidemment à des optiques tout à fait différentes qu'il aurait fallu ne pas confondre. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi le nouveau statut instauré par la loi du 23 novembre 1998 n'est ouvert qu'à deux parties s'il permet de couvrir toute cohabitation, sans égard aux liens affectifs et sexuels existant entre les cohabitants. De deux choses l'une : soit le statut de la cohabitation légale est ouvert aux concubins liés par une forme d'*affectio maritalis*, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels et il est logique de limiter le nombre des parties à deux, soit le statut de la cohabitation légale est ouvert à toutes les personnes vivant ensemble, quelle que soit la nature de leur relation, et il convient de ne pas limiter à deux le nombre de parties et d'admettre que des groupes de personnes puissent y adhérer. La question se pose de savoir si le prescrit légal qui limite le nombre de parties à deux n'est pas constitutif d'une

discrimination (44). Si une mère vit avec ses trois enfants, elle ne pourra se lier par une déclaration de cohabitation qu'à l'égard de l'un de ceux-ci alors que tous vivent sous le même toit (45).

Cette contradiction provient selon nous de l'ambiguïté d'une législation qui, alors que son objectif réel est de régir la vie des couples (homosexuels ou hétérosexuels) qui se forment hors mariage, exclut en même temps de créer une institution qui viendrait concurrencer le mariage. Comme la limitation à deux du nombre de personnes physiques que la cohabitation légale peut réunir, la condition selon laquelle les parties ne peuvent être ni mariées ni liées par une autre cohabitation légale, ainsi que les causes de dissolution de la cohabitation légale, trahissent la volonté de régir essentiellement la vie des couples hors mariage (46). Dans le même temps pourtant, la volonté de ne pas créer une institution concurrente du mariage se manifeste de façon on ne peut plus nette dans les travaux préparatoires (47).

Les conditions de forme

La soumission au corps de règles prévues par la loi du 23 novembre 1998 implique une adhésion des deux parties, qui s'effectue par une déclaration écrite conjointe devant l'officier de l'état civil du domicile commun (nouv. art. 1476, § 1^{er}, C. civ.). Cet écrit doit contenir une série d'informations et est acté dans le registre de la population, après que l'officier de l'état civil ait vérifié que les deux parties satisfont aux conditions régissant la cohabitation légale. Si cette procédure de déclaration permet à l'officier de l'état civil de s'assurer que les cohabitants ont connaissance des effets juridiques du régime auquel ils se soumettent, il n'est pas prévu qu'elle s'accompagne d'une célébration publique quelconque. La déclaration se fera probablement lors d'un entretien privé dans le bureau de l'officier de l'état civil; sans doute n'assistera-t-on pas, dès lors, à des « cérémonies de cohabitation » à côté des cérémonies de mariage (48).

La fin de la cohabitation légale

La cohabitation légale prend fin soit automatiquement, lors du mariage (49) ou du décès

d'un des deux cohabitants, soit par une déclaration écrite de cessation, commune ou unilatérale, remise à l'officier d'état civil (nouv. art. 1476, § 2, C. civ.). Si la cohabitation légale prend fin par la déclaration d'une seule des parties, l'officier de l'état civil signifie par exploit d'huissier la cessation à l'autre partie dans les huit jours. L'officier de l'état civil acte par ailleurs la cessation de la cohabitation légale dans le registre de la population.

Le droit reconnu à chacun des cohabitants légaux de mettre fin unilatéralement et immédiatement à la cohabitation légale en se mariant ou en effectuant une déclaration unilatérale de cessation a été dénoncé par différents parlementaires (50) et par plusieurs auteurs (51) comme constituant un véritable droit de répudiation. La protection du partenaire face à pareille forme de rupture unilatérale est, en effet, relativement faible. Une telle rupture n'est pas par elle-même de nature à engager la responsabilité extracontractuelle de la personne qui la provoque (52). La faute ne saurait en effet résulter du simple fait de la rupture unilatérale de la cohabitation légale, pas plus qu'elle ne peut être constatée dans le chef de celui qui met fin à la situation de concubinage (53) : la jurisprudence n'a pas souhaité, dans cette dernière hypothèse, réserver au concubin un sort comparable à celui du conjoint légitime (54). Toutefois, confrontée à des situations injustes et dramatiques, la jurisprudence a admis que les circonstances entourant la rupture peuvent être fautives et donner lieu à une responsabilité extra-contractuelle (55). Afin de pallier les conséquences parfois tragiques pour un partenaire de la rupture de l'union dans laquelle il avait investi, certains juges ont également fait application de la notion de « rupture intempestive ou abusive » dans l'hypothèse où l'un des concubins ne tient pas ses engagements pris de subvenir aux besoins de l'autre (56). D'autres juges ont vu la base

l'autre partenaire s'il n'est pas concerné par le mariage. Il risque en effet de se trouver tout d'un coup confronté à une rupture de la cohabitation sans que celle-ci ne lui ait été d'une quelconque manière notifiée, la protection légale que lui offre ce régime prenant fin sans qu'il en soit averti.

(50) Voy. notam., l'intervention d'un des membres de la Commission de la justice du Sénat selon lequel « (...) la possibilité de répudiation par lettre recommandée témoigne de peu de respect de la dignité des personnes » (rapport de la Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1-916/5, 1997-1998, p. 5).

(51) J.-L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein - Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 549-573, ici pp. 570 et s.; P. Baurain, *op. cit.*, p. 622.

(52) Voy. notam. les débats à ce sujet en Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1-916/5, 1997-1998, pp. 12 et s.

(53) Pour une application de ce principe, voy. notam., Civ. Bruxelles, 24 nov. 1987, *J.T.*, 1988, pp. 501-502 et Liège 19 avril 1989, *R.T.D.F.*, 1990, p. 141.

(54) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 108.

(55) Voy. notam., A.-Ch. Van Gysel, *Droit des personnes*, *op. cit.*, p. 116.

(56) La charge de la preuve repose évidemment sur celui qui demande réparation. Mais on tient compte des circonstances telles que la rupture soudaine d'une union de longue durée. L'évaluation du dommage dépend elle aussi des circonstances de la cause et notamment de la possibilité pour le concubin délaissé de subvenir à plus ou moins long terme à ses propres besoins.

(42) Cette critique a été formulée au cours des travaux préparatoires par un des experts consultés, M. Heyvaert, voy. *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 15.

(43) Si ces propositions visent à organiser le concubinage indépendamment du sexe des partenaires, toutes ne s'appliquent pas quelle que soit la nature de la relation. Ainsi, la proposition de loi instituant l'union civile introduite par R. Landuyt exclut-elle en principe de l'union civile les parents et alliés jusqu'au troisième degré (art. 3 de la proposition de loi instituant l'union civile, *Doc. parl.*, Ch., 372/1, 1995-1996, p. 18). Dans le même sens, voy. la proposition de loi instituant l'union civile déposée le 20 juillet 1993 par G. Swennen, *Doc. parl.*, Ch., 1143/1, 1992-1993, p. 18. On peut également citer un projet de réglementation élaboré par l'Unité de droit familial de l'Université libre de Bruxelles qui, s'il n'a pas été déposé en tant que tel au Parlement sous la forme d'une proposition de loi, a néanmoins été soumis aux parlementaires chargés du traitement de la cohabitation légale au sein de la Commission de la justice de la Chambre des représentants (voy. *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 21 et s.). La réglementation proposée par ce texte ne vise, hormis le cas des homosexuels, que les personnes qui auraient pu faire choix de se marier.

(44) P. Baurain, *op. cit.*, pp. 619 et 620. Voy. à cet égard les observations des députés Bourgeois (VU) et Laeremans (Vlaams Blok), *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 67 et 61.

(45) S. Brat, « Le nouveau régime de la cohabitation légale : modèle revu et corrigé », *Divorce*, 1998/8, p. 121.

(46) P. Baurain, *op. cit.*, p. 620.

(47) Voy. par ex., l'intervention du député J.-J. Viseur, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996 p. 11.

(48) S. Brat, « Le nouveau régime de la cohabitation légale : modèle revu et corrigé », *op. cit.* p. 122.

(49) La cohabitation légale prend fin automatiquement si l'un des cohabitants se marie (rapport fait au nom de la Commission de la justice par MM. Vandebosche et Lozie, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 71-76). La solution ne présente aucune difficulté lorsque les cohabitants se marient ensemble. L'on peut en revanche s'interroger sur les risques que comporte la fin automatique de la cohabitation pour

d'un recours du concubin délaissé contre l'autre dans l'action *de in rem verso*, qui compenserait le temps consacré par la personne délaissée aux tâches ménagères, le sacrifice professionnel qu'a impliqué la cohabitation tant qu'elle durait, ou bien encore l'utilisation par l'autre concubin de biens appartenant au concubin délaissé (57). Ainsi, pour autant que l'on admette, comme cela paraît s'imposer, la transposition de ces solutions aux hypothèses de rupture unilatérale de la cohabitation légale, l'existence du droit de rupture unilatérale n'exclut pas que, dans certains cas, ce droit puisse être exercé abusivement, ou donner lieu à réparation; mais il demeure vrai que, sur ce point, le contraste est total entre la situation du cohabitant légal et celle du conjoint.

Conséquences personnelles de la cohabitation légale

La cohabitation légale et le mariage diffèrent de la façon la plus nette quant à leurs conséquences personnelles : ainsi les cohabitants légaux ne sont-ils pas tenus à l'obligation de fidélité, ni aux obligations d'assistance et de secours qui pèsent sur les époux (58); alors que, dans le cadre du mariage, les conjoints sont tenus d'habiter ensemble (59), les cohabitants légaux ont l'obligation de déclarer un domicile commun (nouv. art. 1476, C. civ.) mais n'ont pas l'obligation de résider ensemble (60).

Certaines conséquences personnelles propres au mariage sont néanmoins applicables aux cohabitants légaux en vertu du nouvel article 1477 du Code civil, dont les dispositions sont impératives (nouv. art. 1478, § 4, C. civ.). Il s'agit de la protection du logement familial, de la contribution aux charges de la vie commune et de la solidarité pour les dettes contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants.

L'adhésion au contrat de vie commune entraîne l'application d'une protection identique à celle des couples mariés en ce qui concerne le logement familial. Les articles 215, 220, § 1^{er} et 224, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil sont transposés à la cohabitation (nouv. art. 1477, § 2, C. civ.). Ainsi, un des cohabitants, même seul propriétaire de l'immeuble servant au logement familial principal, ne peut disposer de celui-ci ou l'hypothéquer sans l'accord de son cohabitant. Il ne peut pas non plus, sans l'accord de son cohabitant, disposer des meubles meublants du logement ou les mettre en gage.

(57) Certains s'interrogent sur le bien-fondé de pareil raisonnement puisque l'enrichissement sans cause nécessite entre autres conditions, l'absence de cause. Pour qu'une action de *in rem verso* soit fondée, il faut qu'aucune cause n'existe qui justifie entre parties l'enrichissement et l'appauvrissement respectifs. Or ici la cause de ces flux économiques a existé : c'est l'affection des concubins l'un vis-à-vis de l'autre et le projet de vie commune. Si la cause peut cesser, elle ne disparaît néanmoins pas rétroactivement (voy. A.-Ch. Van Gysel, *Droit des personnes*, op. cit., pp. 114 et 115).

(58) Il est à noter que, dans la version initiale de la proposition de loi, il était expressément prévu que les cohabitants soient tenus par les obligations d'assistance et de secours comme les époux (art. 228sexies).

(59) Article 213 du Code civil.

(60) S. Lebeau, op. cit., p. 149.

Si le cohabitant refuse de donner son accord sans motifs graves, l'autre peut se faire autoriser par le tribunal de première instance à passer l'acte seul. Par ailleurs, le droit au bail, même conclu par un des cohabitants, appartient conjointement aux deux. Tous les exploits, les notifications et congés relatifs à ce bail doivent être adressés à chacun des deux cohabitants ou émaner des deux et ce, à peine de nullité. Le bailleur doit donc nécessairement notifier le congé aux deux cohabitants, sous peine de nullité, sauf s'il n'a pas connaissance du statut de cohabitation légale qui les lie. Ces garanties portant sur le logement familial différencient nettement le régime de la cohabitation légale du droit commun applicable aux concubins : en vertu de celui-ci, en effet, le partenaire non marié n'a pas besoin du consentement de son compagnon lorsqu'il veut disposer du logement familial (61); et si l'un des concubins n'est pas locataire, son maintien dans les lieux dépend uniquement de la tolérance du signataire du contrat qui, seul, peut prendre toutes les décisions relatives au bail.

Les cohabitants légaux contribuent aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés (nouv. art. 1477, § 3, C. civ.). Il s'agit d'une application par analogie de l'article 221, § 1^{er}, du Code civil qui porte exactement la même obligation pour les époux. Sur ce point encore, là où il reçoit les règles relatives au mariage, le régime de la cohabitation légale se différencie clairement du régime de droit commun applicable aux concubins. En effet, entre les concubins, les dépenses faites dans l'intérêt commun et exposées par l'un d'entre eux se répartissent par moitié et non en proportion des facultés respectives des concubins, comme dans le mariage.

Toutes dettes contractées par l'un des cohabitants légaux pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent obligent solidairement l'autre cohabitant, de sorte que le cohabitant non-contractant de telles dettes se trouvera directement tenu à l'égard du créancier de les honorer ou d'en répondre sur son patrimoine, sauf à se faire restituer par son cohabitant la part de celui-ci fixée en proportion de ses facultés. Le cohabitant non-contractant de telles dettes n'est cependant pas tenu des dettes excessives eu égard aux ressources des cohabitants (nouv. art. 1477, § 4, C. civ.). Bien que cette disposition de la loi instaurant la cohabitation légale ne se réfère pas expressément à l'article 222 du Code civil applicable aux époux, son prescrit est identique. Cette disposition vise surtout à protéger les tiers. Ici encore se marque nettement la différence avec le droit commun applicable aux concubins. Si les concubins n'adhèrent pas au régime de la cohabitation légale, ils ne sont pas tenus solidairement par les dettes contractées pour les besoins de la vie commune et l'éducation des enfants (62). Lorsque les deux concubins se sont engagés, ils sont bien entendu tous deux

obligés. Si un seul des partenaires a pris l'engagement, le créancier pourra faire valoir, sur la base de la théorie du mandat apparent, si les circonstances le permettent, qu'il a légitimement pu croire, sur la base des apparences, que le concubin qui s'est engagé était aussi mandataire de l'autre. Les charges doivent alors être réparties et supportées pour moitié par chacun des concubins (63).

Ainsi, au plan des conséquences personnelles qu'on a abordées (protection du domicile commun; contribution aux charges communes; dettes contractées pour les besoins de la vie commune et l'éducation des enfants), le régime de la cohabitation légale apparaît en première analyse fort différent du droit commun applicable aux concubins, en vertu duquel ces derniers ne sont tenus par aucun des devoirs qui pèsent sur les époux. La cohabitation légale leur garantit un niveau de protection que ne leur offre pas le droit commun. Pourtant l'opposition entre les deux régimes résulte en partie d'une illusion d'optique. Du côté tout d'abord du droit commun du concubinage, la vulnérabilité du concubin le plus faible n'est pas aussi grande qu'on pourrait le penser. Certaines décisions de justice ont, par exemple, admis que lorsqu'un locataire demande l'expulsion immédiate de son concubin, sans tenir compte des circonstances qui justifient l'octroi d'un certain délai, il commet un abus de droit (64). D'autres magistrats ont consacré l'existence d'une obligation naturelle d'assistance et de secours entre concubins muée en obligation civile (65); ou bien ils ont fait usage de la notion de devoir naturel de conscience et de solidarité né du concubinage (66). Du côté ensuite du nouveau régime de cohabitation légale, force est de reconnaître que ce régime est soumis à une irréductible limite : il n'existe qu'aussi longtemps que dure la cohabitation légale. La loi du 23 novembre 1998 prévoit en effet que les droits et obligations des cohabitants consacrés par l'article 1477 nouveau du Code civil ne sont applicables que par le seul fait de la cohabitation légale (67). De la même manière, les dispositions du régime primaire qui assurent la protection des époux ne sont applicables qu'aussi longtemps que dure le mariage. Mais, à la différence du mariage qui se dissout difficilement, la cohabitation légale est un statut juridique auquel non seulement les deux cohabitants agissant de commun accord mais aussi un seul des cohabitants agissant unilatéralement peuvent immédiatement mettre fin, sans le moindre délai quelconque de préavis, par une déclaration écrite de cessation remise à l'officier de l'état civil (68). En liant les effets personnels organisés par la loi à la seule existence de la cohabitation, leur effet réel et utile est en grande partie réduit à néant. Il suffira en effet à l'un des cohabitants de mettre immédiatement

(63) Voy. notam., Civ. Turnhout, 6 janv. 1986, *Turnh. Rechtsl.*, 1989, p. 11.

(64) S. Lebeau, op. cit., p. 148.

(65) Civ. Gand, 9 janvier 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 2961 et note J. Pauwels; C. Rémon, « Le concubinage - Chronique de jurisprudence : 1976-1981 », *Rev. Not.*, 1982, p. 531.

(66) Voy. par ex., Liège, 20 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 157.

(67) Nouvel art. 1477, § 1^{er}, du Code civil.

(68) Nouvel article 1476, § 2, du Code civil.

ment fin à la cohabitation légale pour que les effets personnels cessent d'exister (69).

Les effets de la cohabitation sur les biens des cohabitants

La loi du 23 novembre 1998 régit les effets de la cohabitation sur les biens des cohabitants. A moins qu'ils en aient disposé autrement par voie conventionnelle (70), chacun des cohabitants conserve les biens sur lesquels il peut prouver l'existence d'un droit de propriété exclusif. Il conserve les revenus de son travail et de ses biens (71). Les biens dont aucun des cohabitants légaux ne peut prouver qu'ils lui appartiennent et les revenus que ceux-ci procurent sont réputés être en indivision (72). Cette dernière règle trouvera probablement bien plus à s'appliquer aux meubles qu'aux immeubles; ces derniers font, en effet, le plus souvent, l'objet d'un acte notarié, qui identifie le propriétaire.

Si le cohabitant légal survivant est un héritier du cohabitant prémourant, l'indivision précitée sera maintenue à l'égard des héritiers réservataires du prémourant et sera considérée comme une libéralité, sauf preuve contraire (nouv. art. 1478, § 3, C. civ.). Il en sera tenu compte dans l'établissement de la masse de calcul disponible, dans l'imputation des libéralités et, le cas échéant, dans la masse de calcul du partage. Cette solution permet d'éviter de favoriser, par le biais de la déclaration de cohabitation, l'enfant avec lequel un parent a cohabité légalement au détriment de ses autres descendants (73).

Dans une large mesure les dispositions relatives aux statuts des biens des cohabitants ne constituent qu'une consécration des règles de droit commun relatives aux biens des concubins telles qu'identifiées par la doctrine et la jurisprudence. Les travaux préparatoires de la loi le confirment du reste : « ce qui est écrit dans le texte correspond au statut de droit commun de toute cohabitation de fait (74) ». En effet, en vertu du droit commun applicable, chaque concubin conserve les biens sur lesquels il peut prouver l'existence d'un droit de propriété exclusif (75). Cette règle emporte des conséquences tant vis-à-vis des tiers qu'entre concubins. Les premières se manifestent surtout pendant le concubinage, les deuxièmes lors de la rupture. Concernant les conséquences vis-à-vis des tiers, le créancier saisissant ne peut pas saisir les biens qui se trouvent au domicile du concubin débiteur si

l'autre partenaire non-débiteur prouve, par toute voie de droit, qu'il en est propriétaire (76). Entre parties, au moment de la séparation, chaque partie pourra retirer les biens dont il peut prouver qu'il est seul propriétaire (77). Pour les biens prouvés indivis, la proportion de propriété contenue dans l'acte éventuel d'acquisition doit être respectée. Si aucun des deux concubins ne peut établir un droit de propriété exclusif, les biens sont présumés indivis (78). Le partage de ces biens indivis se fera, en principe, en parts égales conformément aux règles du partage successoral, qui forment le droit commun des partages (79).

Organisation conventionnelle de la cohabitation

Le nouveau régime mis en place par la loi du 23 novembre 1998 prévoit la possibilité pour les cohabitants légaux de conclure des conventions de cohabitation, passées alors en forme authentique devant notaire (80) et mentionnées au registre de la population (nouv. art. 1478, § 4, C. civ.). Ces conventions ne peuvent porter atteinte aux dispositions du nouvel article 1477 qui règle les conséquences personnelles de la cohabitation, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou aux règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et aux règles déterminant l'ordre légal de la succession. Si la proposition adoptée par la Chambre des représentants disposait déjà que les conventions conclues ne peuvent pas être contraires aux dispositions du nouvel article 1477 qui règle les conséquences personnelles de la cohabitation, à l'ordre public, et aux bonnes mœurs, c'est le Sénat qui a ajouté qu'elles ne peuvent pas non plus porter atteinte aux règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et aux règles déterminant l'ordre légal de la succession. Il est permis de s'interroger sur l'utilité de l'ajout (81) : celui-ci avait été précédemment exclu par la Chambre, en raison précisément du caractère évident d'ordre public des règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et aux règles déterminant l'ordre légal de la succession (82).

(76) Voy. notam., *a contrario*, Gand, 16 nov. 1993, *R.T.D.F.*, 1995, p. 343. Le concubin qui n'est pas débiteur et qui revendique la propriété des biens saisis pourra intenter une action en distraction (art. 1514, C. jud.), revendication portée devant le juge des saisies qui ordonnera, le cas échéant, la mainlevée de la saisie.

(77) Voy. notam., Civ. Liège, 18 octobre 1993, *R.T.D.F.*, 1995, pp. 271 et s.

(78) Voy. notam., Civ. Turnhout, 4 nov. 1993, *R.G.D.C.*, 1994, p. 524; Civ. Charleroi, 12 avril 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 266.

(79) Article 577bis, § 2, du Code civil.

(80) Insérer la convention dans un acte notarié lui confère le cas échéant une force exécutoire, à tout le moins en ce qui concerne les obligations relatives au paiement d'une somme (sur l'étendue de la force exécutoire de l'acte notarié, voy. notam., C. Remon, « La force exécutoire de l'acte notarié et son exécution directe », *Rev. Not.*, 1978, pp. 302 et s.).

(81) Voy. S. Brat, « Le nouveau régime de la cohabitation légale... », *op. cit.*, p. 124.

(82) Voy. rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1-916/5, 1997-1998, p. 32.

La possibilité d'organiser conventionnellement leur vie commune est reconnue également aux concubins, qu'il s'agisse de couples hétérosexuels ou de couples homosexuels. Limitant l'autonomie contractuelle des parties, l'ordre public s'oppose cependant à ce qu'ils disposent par voie conventionnelle des effets personnels de leur union. Les concubins ne pourraient ainsi s'imposer une obligation de fidélité ou de cohabitation pendant une certaine durée. Ils ne pourraient pas non plus introduire une clause comportant une renonciation au droit de rupture. De telles clauses sont en effet considérées comme constitutives d'une entrave à la liberté de mariage et par là d'une entrave à la liberté individuelle et sont nécessairement nulles (83). Par contre, les concubins peuvent assurément prévoir conventionnellement les effets patrimoniaux de leur union (84). Ils peuvent ainsi organiser leur vie quotidienne au niveau de la contribution aux charges du ménage ou de la solidarité vis-à-vis des dettes du ménage. Ils peuvent organiser leur rupture, notamment au niveau de la répartition des charges impayées et du sort de la résidence commune. Sont également licites les clauses qui prévoient le paiement d'une indemnité par l'un des concubins en cas de rupture de l'union de commun accord. Les parties peuvent aussi conventionnellement souscrire à l'un ou l'autre engagement en vue de garantir les droits du compagnon en cas de rupture unilatérale de la relation. Ils pourront ainsi convenir du versement d'une rente, du paiement d'une somme forfaitaire, etc. Celle-ci ne pourra cependant pas constituer de par son montant une clause pénale et donc un frein à la liberté de rompre, cette liberté devant rester entière (85). Il peut aussi adopter conventionnellement des mesures de protection en cas de décès de l'un d'entre eux, comme introduire une clause de bail à vie ou toute autre clause testamentaire, à condition bien sûr de ne pas porter atteinte à l'ordre légal de succession.

A la différence de la convention qui est adoptée entre cohabitants légaux, la convention passée entre concubins ne doit revêtir aucune forme particulière, et n'est pas soumise à un régime de publicité (86). L'arrêt royal du 16 juillet 1992 « relatif à la communication des informations contenues dans le registre de population et dans le registre des étrangers » prévoit cependant la possibilité de mentionner dans les registres de la population et dans le re-

(83) S. Brat et A.-Ch. Van Gysel, *op. cit.*, p. 299; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 108 et J.-P. Masson, *op. cit.*, pp. 158 et 159; K. Dekelver, « Homofiel huwelijk en homofiel gezin : juridische, filosofische et beleidsmatige kanttekeningen », *R.G.D.C.*, 1996/2, p. 82, p. 88; voy. aussi C. Forder, « National Report on Belgium », *Fifth European Conference on Family Law, Civil Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships. Legally Regulated Forms of Non-Marital Cohabitation and Registered Partnerships*, The Hague Academy of International Law Peace Palace, The Hague, 15-16 March 1999, CONF5 (99)RAP NAT 1, p. 5.

(84) Voy. par ex., Liège, 20 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 157 et s.

(85) A.-Ch. Van Gysel, *Droit des personnes*, *op. cit.* p. 118.

(86) Les parties peuvent donc passer l'acte sous seing privé, ce qui offre évidemment moins de garanties en matière d'opposabilité aux tiers qu'un acte authentique.

(69) J.-L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 554 et P. Baurain, *op. cit.*, pp. 622 et 623.

(70) Alors que les parties ne peuvent déroger conventionnellement aux dispositions légales qui réglementent les effets personnels de la cohabitation légale, elles peuvent s'écarter des dispositions organisant les effets de la cohabitation sur les biens des cohabitants (nouv. art. 1478, § 1^{er}, C. civ.).

(71) Nouvel article 1478, § 1^{er}, du Code civil.

(72) Nouvel article 1478, § 2, du Code civil.

(73) S. Brat, « Le nouveau régime de la cohabitation légale, ... », *op. cit.*, p. 124.

(74) Voy. rapport de la Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1-916/5, 1997-1998, p. 21.

(75) Voy. notam., Bruxelles, 6 sept. 1996, *R.T.D.F.*, 1997, pp. 128 et s.

giste des étrangers l'existence d'un « contrat patrimonial » passé entre personnes non soumises à un régime matrimonial (87). Il est aussi à noter qu'un certain nombre de communes belges de la partie nord du pays ont mis sur pied un registre des contrats de vie commune, contenant une déclaration du notaire ayant rédigé l'acte. Pour que l'enregistrement puisse avoir lieu, les communes exigent que certaines conditions soient remplies. Le sexe des partenaires est indifférent. S'ils satisfont aux conditions requises par les communes, les partenaires homosexuels peuvent donc, comme les couples hétérosexuels, faire enregistrer leur contrat de vie commune. Cet enregistrement n'a cependant qu'une valeur symbolique et ne produit aucun effet juridique particulier (88).

Compétence du juge de paix en cas de mésentente entre cohabitants et de dissolution de la cohabitation légale

Si l'entente entre cohabitants légaux est sérieusement perturbée, le juge de paix ordonne, à la demande d'une des parties, les mesures urgentes et provisoires relatives à l'occupation de la résidence commune, à la personne et aux biens des cohabitants et des enfants, et aux obligations légales et contractuelles des deux cohabitants (nouv. art. 1479, § 1^{er}, C. civ.). La loi du 23 novembre 1998 consacre ainsi une règle de compétence judiciaire propre au règlement des litiges entre cohabitants légaux, calquée sur l'article 223 du Code civil dont il emprunte les notions. Il y a donc lieu de se référer à la jurisprudence qui a été développée sur la base de cette disposition pour apprécier les conséquences de ces mesures sur les droits des concubins, particulièrement au regard de l'article 215 du Code civil, de la contribution aux charges communes et de la solidarité passive (89). Comme pour les époux, le juge de paix disposera du pouvoir de prendre au provisoire des mesures qui peuvent s'avérer indispensables lorsqu'un couple se trouve en situation de mésentente, telles que l'attribution de l'occupation de la résidence commune à un des cohabitants, le règlement des modalités d'hébergement de leurs enfants chez chacun d'entre eux, la condamnation d'un des cohabitants à exécuter selon telle ou telle modalité son obligation de contribution aux charges de la vie commune ou de l'éducation des enfants ou les mesures provisoires relatives aux biens et aux dettes des cohabitants légaux.

S'il faut saluer cette concentration du contentieux du couple en crise dans les mains d'un seul juge, la même limite que celle que nous énonçons plus haut à propos des dispositions régissant les effets personnels de la cohabitation légale restreint l'efficacité des mesures que le juge de paix est susceptible de prendre. La loi du 23 novembre 1998 prévoit en effet

que si le juge de paix fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne, ces mesures cessent, en toute hypothèse, de produire leurs effets au jour de la cessation de la cohabitation légale (nouv. art. 1479, § 2, C. civ.). Toutefois, si la demande est introduite dans les trois mois de la dissolution, le juge de paix pourra ordonner les mesures urgentes et provisoires justifiées par cette cessation (nouv. art. 1479, § 2, C. civ.). Il fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne. Cette durée ne peut cependant excéder un an et le juge de paix ne pourra évidemment plus prendre une mesure qui mettrait en œuvre, pour la période postérieure à la cessation de la cohabitation légale, les droits et obligations reconnus aux cohabitants par l'article 1477 du Code civil puisque ces droits et obligations se seront éteints avec la cessation de la cohabitation (nouv. art. 1479, § 3, C. civ.).

Qu'en est-il des autres litiges, que la loi du 23 novembre 1998 n'habilite pas le juge de paix à trancher? On retombe logiquement sur le droit commun et la fragmentation des compétences. La proposition de loi adoptée par la Chambre des représentants (90) renvoyait d'ailleurs expressément aux règles de compétences de droit commun pour tous les autres litiges relatifs à la dissolution de la cohabitation (sortie d'indivision, allocation éventuelle de dommages et intérêts, etc.); le Sénat n'a supprimé cette disposition qu'en raison de son caractère superflu (91).

4. — LES IMPASSES DE LA NOUVELLE LEGISLATION

Dès lors qu'elle introduit pour la première fois dans le Code civil les couples non mariés, la loi du 23 novembre 1998 constitue une innovation incontestable sur le plan symbolique. Il est moins certain qu'elle soit à l'abri de tout reproche, et spécialement qu'elle offre aux concubins qui font choix du statut de cohabitation légale une protection véritable. Nous passons en revue quelques-unes des principales limitations qu'il faut avoir à l'esprit au moment d'apprécier la portée véritable de la nouvelle législation.

Les limites des effets juridiques civils accordés aux cohabitants légaux

La limitation la plus fondamentale concerne l'extension de la cohabitation légale, avec les effets qui s'y trouvent attachés notamment par l'article 1477 nouveau du Code civil. Les effets juridiques civils reconnus par la loi à la cohabitation légale ne concernent en effet que leur situation de vie commune. Ils n'ont été appréhendés et réglementés ni dans la perspective de la rupture du couple ni surtout dans la perspective du décès d'un des partenaires du couple.

(90) Article 1479, § 5, de la proposition telle que soumise par la Chambre des représentants au Sénat.

(91) Rapport de la Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1-916/5, 1997-1998, p. 30.

Sauf la possibilité que les cohabitants aient lors de la rupture de pouvoir s'adresser, mais pour une période fort limitée dans le temps, à un juge qui pourra effectivement régler les questions urgentes posées par leur séparation — point sur lequel l'on ne revient plus —, la loi du 23 novembre 1998 n'a strictement rien prévu quant aux conséquences d'une éventuelle rupture. La proposition de loi initiale organisait pourtant plus précisément la rupture entre cohabitants; elle prévoyait notamment que tout partenaire peut réclamer une pension alimentaire s'il se trouve dans un état de besoin (92). Le législateur a délibérément renoncé à consacrer une telle protection, dans le souci où il se trouvait de ne pas créer un régime qui viendrait concurrencer le mariage. Le refus de se marier justifierait ainsi qu'on n'accorde pas ce type de protection à ceux qui choisissent l'« union libre » et qui dès lors devraient assumer le risque permanent de la rupture de cette union (93).

Concernant la situation du décès de l'un des partenaires, le vide juridique est total. Le législateur n'a strictement rien prévu pour l'hypothèse du décès de l'un des cohabitants. Après avoir expressément précisé que la cohabitation légale prend fin avec le décès d'un des partenaires, la loi du 23 novembre 1998 ne reconnaît au cohabitant survivant aucun droit civil quelconque (94). Le cohabitant survivant reste ainsi soumis au droit commun du concubinage: il n'a, à l'égard du patrimoine de son conjoint, aucun droit successoral à faire valoir.

Au terme de l'évolution de la jurisprudence qu'on a retracée, les libéralités entre concubins sont, aujourd'hui, *a priori*, licites. Le cohabitant survivant peut donc être le bénéficiaire d'une clause testamentaire ou d'un legs qui lui a été fait par le défunt. Mais, outre qu'un grand nombre de personnes ne songent pas à rédiger un testament, la loi ne modifie pas, pour les cohabitants légaux, les dispositions légales qui protègent les droits successoraux des héritiers réservataires, de sorte que si un testament a été rédigé, il ne pourra sortir ses effets que dans les limites de la quotité disponible de cette succession (95). Par ailleurs, comme les autres libéralités entre concubins, ces droits successoraux testamentaires seront taxés très lourdement (96).

Alors que la proposition de loi initiale sur le contrat de vie commune consacrait un droit d'usufruit du partenaire survivant sur le logement principal et sur les meubles le meublant (97), la loi du 23 novembre 1998 ne lui reconnaît aucun droit sur la résidence commune. S'il n'en était pas copropriétaire ou colocataire, il ne disposera d'aucun titre pour s'y main-

(92) Nouvel article 228*decies* que la proposition initiale suggérait d'insérer dans le Code civil (*Doc. parl.*, Ch., 170/1, 1995-1996, p. 6).

(93) J.-L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 565.

(94) Telle était pourtant l'intention de la proposition de loi instituant l'union civile, introduite par R. Landuyt. Voy. ci-dessus, note 27 et texte correspondant.

(95) J.-L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 566.

(96) Voy. ci-dessous, pour des développements sur cette question.

(97) Articles 5 et s. de la proposition initiale (*Doc. parl.*, Ch., 170/1, 1995-1996, pp. 7 et s.).

(87) *M.B.*, 15 août 1992 (pp. 18041 et s.) tel que modifié par les arrêtés royaux des 12 juin et 15 septembre 1996 respectivement publiés au *M.B.* des 27 août (pp. 22653 et s.) et 3 oct. 1996 (pp. 25484 et s.).

(88) Fédération royale des notaires de Belgique, *Li-vre blanc « La vie commune hors mariage »*, Bruxelles, sept. 1996, pp. 16 et s.; S. Brat et A.-Ch. Van Gysel, *op. cit.*, p. 300 et C. Forder, « National Report on Belgium », *op. cit.*, p. 8.

(89) S. Lebeau, *op. cit.*, p. 147.

tenir et pourra en être expulsé sur-le-champ. La protection qu'offre l'article 215 du Code civil, étendue à la cohabitation légale par la loi du 23 novembre 1998, n'existe en effet que pendant la durée de la cohabitation et cesse de plein droit au jour de la cessation de cette cohabitation. Certes la protection qu'offre l'article 215 cesse aussi pour les époux à partir du jour de la dissolution du mariage; mais à la différence du cohabitant, qui risque de se trouver privé d'un jour à l'autre de la jouissance du domicile commun et de ressources, le conjoint survivant jouit de droits successoraux en vertu des articles 745bis et suivants du Code civil, et bénéficie donc d'une certaine sécurité d'existence.

Les effets de la cohabitation légale lors de la dissolution par décès de l'un des cohabitants, survenu à la suite d'un accident dont un tiers est responsable, sont également soumis au droit commun du concubinage. A la suite du trajet de la jurisprudence qu'on a déjà évoqué, la seule question qui doit être actuellement résolue pour déterminer s'il y a effectivement lieu ou non à indemnisation du concubin survivant est celle du caractère certain du dommage éprouvé par celui-ci. Cette question est abandonnée à l'appréciation du juge. Le degré de certitude est fonction de la stabilité que les concubins ont entendu donner à leur union. Cette stabilité peut se déduire de tout élément révélateur de la volonté des concubins de se comporter en couple stable, notamment la durée de la vie commune, l'existence de fiançailles ou d'enfants communs (98). Il est évident que le fait pour les concubins d'avoir adhéré au régime de la cohabitation légale contribuera également à démontrer la stabilité de la relation.

L'absence de toute disposition relative à l'affiliation et à l'adoption

Que cela soit sous l'angle de la filiation ou de l'adoption, la question de la relation des concubins aux enfants aurait certainement mérité d'être traitée par la loi du 23 novembre 1998. Tant que la loi demeure silencieuse, le régime de la cohabitation légale n'emporte aucune conséquence en matière de filiation, donc aucune présomption de paternité. De même, dans l'état actuel de la législation, deux personnes ne peuvent procéder à une adoption que si elles sont mariées (99). Qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, les concubins ne peuvent donc recourir à l'adoption. Au cours des travaux préparatoires de la loi instaurant la cohabitation légale, un certain consensus semble cependant s'être dégagé quant à la nécessité de permettre à deux concubins de sexe différent de recourir à l'adoption. La loi ayant aboli toute discrimination entre enfants issus du mariage et ceux nés hors mariage, les experts (100) et la majorité des parlementaires (101)

ont en effet estimé qu'il est illogique de continuer à interdire à deux personnes de sexe différent vivant en concubinage de procéder à une adoption. Autrement controversée est en revanche la question de savoir s'il faut ménager cette possibilité également aux cohabitants de même sexe (102). De manière générale, les débats parlementaires attestent du caractère très sensible de la question de la relation aux enfants des personnes non mariées, spécialement lorsqu'il s'agit de personnes de même sexe. S'il reconnaît bien qu'il y a des couples homosexuels qui éduquent des enfants — le nouvel article 1477, § 4, du Code civil, évoque les dettes contractées par l'un des cohabitants pour les besoins des enfants éduqués en commun —, il s'agit là d'une pratique que le législateur ne souhaite ni avaliser, ni encourager d'aucune façon.

Certaines décisions judiciaires récentes adoptent cependant une attitude moins frileuse en ce qui concerne la relation des couples homosexuels aux enfants. Il en va ainsi en matière de droit de garde ou de visite d'enfants après divorce alors qu'un des parents vit avec un partenaire du même sexe que lui (103); la Cour européenne des droits de l'homme vient d'approuver de façon spectaculaire, cette tendance (104).

L'absence de toute incidence de la cohabitation légale en matière de sécurité sociale et en matière fiscale

A la différence du Code civil, des législations en matière de sécurité sociale et de droit fiscal avaient déjà pris en compte la notion de concubinage afin de lui reconnaître certains effets

spécifiques. La loi du 23 novembre 1998 aurait malgré tout pu utilement intervenir, dans ces deux matières, afin de supprimer les différences de traitement persistantes entre couple marié et couple non marié. En matière de sécurité sociale, l'intervention de la loi aurait en outre pu se justifier afin de supprimer les différences de traitement entre couples non mariés de sexes différents et couples non mariés de même sexe.

Droit de la sécurité sociale

Conformément à sa finalité qui est d'assurer une sécurité matérielle, le droit de la sécurité sociale a tendance à assimiler le concubinage au mariage (105), le concubin recevant parfois des droits identiques à ceux accordés aux époux, ce qui peut lui être favorable ou non (106). L'assimilation du concubinage au mariage n'est toutefois pas complète (107). Par exemple, certaines dispositions accordant des droits à la veuve ou au veuf du travailleur n'assimilent pas le concubinage au mariage. Ces dispositions ont surtout trait aux accidents de travail, aux maladies professionnelles et aux pensions: ainsi dans l'hypothèse d'accidents de travail ou de maladie liée au travail, des allocations sont versées à son conjoint en cas de décès du travailleur bénéficiaire, mais non à son cohabitant (108); une indemnité équivalente aux pensions de veuf ou de veuve qui sont payées au conjoint survivant n'existe pas non plus pour le concubin survivant. Mais, en contrepartie, le veuf ou la veuve ne perdra jamais le droit à sa pension de veuf ou de veuve s'il décide de vivre avec une autre personne sans se marier avec elle (109). Divers arguments ont été avancés en faveur d'une assimilation complète du concubinage au mariage, dans l'ensemble des matières de la sécurité sociale. L'argument le plus souvent défendu est celui de l'égalité de traitement qui doit être assurée à l'ensemble des personnes se

(102) Parmi les experts, seul A.-Ch. Van Gysel s'est prononcé en faveur de la possibilité d'adopter pour les concubins de même sexe. La projet de réglementation précité élaboré par l'Unité de droit familial de l'Université libre de Bruxelles (art. 3) autorise l'adoption par deux concubins, sans faire de distinction entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels (voy. *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 24 et 25). Les autres experts, et notamment F. Martens se sont prononcés contre (voy. *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 47). Très nombreux sont les parlementaires qui se sont prononcés de la même manière (voy. notamment, J.-J. Viseur, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 54).

(103) En ce sens déjà, voy. Gand, 10 déc. 1982 (note J. Pauwels), *R.W.*, 1984-1985, col. 2135; et plus récemment, Trib. Jeun. Louvain, 23 mars 1994 (note L. Versluys), *Journ. procés*, 1994, n° 261, pp. 30 et 31; comp. notam., Civ. Bruges, 15 avril 1981, *J.T.*, 1982, p. 36 (décision qui donnera lieu à l'appel devant la cour d'appel de Gand, qui annule par son arrêt du 10 décembre 1982), et Bruxelles, 2 mars 1987, *R.T.D.F.*, 1991, pp. 219 et s. Voy. également, sur ces affaires K. Dekelver, « Homofiel huwelijck en homofiel gezin: juridische, filosofische en beleidsmatige kanttekeningen », *op. cit.*, pp. 82-84. Voy. aussi une décision fort intéressante du 18 mars 1997 rendue par le tribunal de la jeunesse de Courtrai dans laquelle le juge se montre large dans la protection de la vie familiale (Civ. Courtrai, ch. jeun., 18 mars 1997, note L. Versluys, *Journ. procés*, 1997, n° 334, p. 16).

(104) Voy. C.E.D.H., arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, du 21 décembre 1999 (req. n° 33290/96) (constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle le fait de refuser la garde de l'enfant commun à celui des époux qui vit avec une personne de même sexe).

(105) V. Vannes, « Le droit social et le mariage de fait », in Ph. De Page et R. De Valkeneer (sous la dir. de -) *L'union libre*, *op. cit.*, p. 252.

(106) Ainsi, par exemple, les allocations de chômage seront accordées au chômeur compte tenu de la situation professionnelle de son conjoint ou de son concubin: le chômeur sera considéré comme travailleur avec charges de famille si son concubin ne dispose pas de revenus professionnels et obtiendra donc une allocation plus élevée que si le concubinage n'était pas assimilé au mariage; par contre, il sera considéré comme cohabitant avec revenus si son cohabitant dispose de revenus professionnels ou de remplacement, ce qui sera par exemple le cas si le concubin est aussi chômeur. Dans cette dernière hypothèse, l'allocation qu'il percevra sera moins élevée que si le concubinage n'était pas assimilé au mariage (V. Vannes « Le droit social et le mariage de fait », in Ph. De Page et R. De Valkeneer (sous la dir. de -) *L'union libre*, *op. cit.*, p. 278).

(107) C. Forder, « National Report on Belgium », *op. cit.* p. 6; V. Vannes « Le droit social et le mariage de fait », in Ph. De Page et R. De Valkeneer (sous la dir. de -) *L'union libre*, *op. cit.*, pp. 263 et s.

(108) Article 12 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents de travail, *M.B.*, 24 avril 1971 et article 33 des lois relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles coordonnées le 3 juin 1970, *M.B.*, 27 août 1970.

(109) C. Forder, « National Report on Belgium », *op. cit.*, p. 6.

(98) M. Lambert, observations sous Mons 16 mars 1993, *Bull. Ass.*, 1993, p. 603.

(99) Article 346 du Code civil.

(100) Parmi les experts consultés, voy. notam., les propos de P. Senaeve, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 17 et A.-Ch. Van Gysel, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 24 et 25.

(101) Voy. par ex., M. Willems, *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 48.

trouvant dans une situation comparable (110). La loi du 23 novembre 1998 aurait pu être l'occasion d'apporter les changements nécessaires afin de poursuivre l'assimilation entamée des couples mariés aux couples non mariés, que ce soit avantageux ou non pour ces derniers et de reconnaître à la cohabitation légale les mêmes effets que le mariage dans les secteurs qui n'assimilent pas encore la situation des couples mariés et des couples non mariés. Alors que cette orientation était prise dans la proposition de loi initiale (111), elle a été abandonnée au cours des travaux préparatoires.

La loi du 23 novembre 1998 a aussi manqué l'occasion d'une suppression des différences de traitement entre couples non mariés de sexes différents ou de même sexe. En effet, lorsque le concubinage est assimilé au mariage, la cohabitation des partenaires de même sexe n'est pas toujours traitée comme la cohabitation des partenaires de sexes différents. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne le revenu minimum garanti (minimex), aux termes de l'article 13, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 30 octobre 1974 tel que modifié par arrêté royal du 21 juin 1990 (112), lorsque le demandeur du minimex cohabite avec une personne qui ne demande pas le minimex et avec qui il constitue un ménage de fait, les ressources de cette personne qui dépassent un certain montant seront prises en compte. Etant donné que l'arrêté en question précise que le « ménage de fait » est constitué « d'un homme et d'une femme vivant ensemble comme s'ils étaient mariés », l'existence d'un cohabitant du même sexe n'est pas prise en considération. Dans un arrêt du 24 mars 1999, la cour du travail de Liège a répondu par la négative à la question de savoir si cette différence de traitement était discriminatoire (113). Cette décision est conforme à l'arrêt du 24 juin 1998 de la Cour d'arbitrage. Un recours en annulation avait été introduit auprès de la Cour contre l'article 56bis § 2, alinéa 1^{er}, des lois relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, coordonnées le 19 décembre 1939. Des allocations majorées étant octroyées au bénéfice de l'enfant orphelin à condition que le parent survivant ne soit pas remarié ni installé en ménage, la disposition attaquée prévoit qu'il y a présomption d'installation en ménage en cas de cohabitation avec une personne de l'autre sexe. Concluant au rejet du recours, la Cour a jugé que la présomption instaurée en cas de cohabitation de personnes de sexes différents mais non de personnes de même sexe n'est pas constitutive d'une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution au détriment du couple hétérosexuel (114). Elle l'a justifié de la manière suivante : « Le législateur a pu raisonnablement présumer (...) que deux personnes de sexes différents qui coha-

bitent constituent un ménage et ne pas le présumer lorsque les cohabitants sont du même sexe. En effet cela correspond à ce qui se produit dans la grande majorité des cas » (115).

Droit fiscal

A moins que tel soit le résultat de mesures adoptées parallèlement à la mise en vigueur de la loi du 23 novembre 1998, conformément au compromis politique dont celle-ci résulte (116), la nouvelle loi ne produira pas non plus de conséquences en matière fiscale. Le législateur a ainsi manqué l'occasion de supprimer ou de réduire les différences de traitement entre couples mariés et non mariés en matière fiscale. Pourtant l'intervention du législateur sur ce plan aurait été d'autant plus bienvenue et, nous semble-t-il, d'autant plus aisée à réaliser sur le plan politique, que ces différences profitent tantôt au couple marié, tantôt aux concubins.

Ainsi en ce qui concerne l'impôt des personnes physiques, les partenaires non mariés sont fiscalement considérés comme des isolés. Leurs revenus sont exonérés d'impôt pour un montant supérieur à ceux d'un couple marié. En cas de décès par contre, le conjoint survivant est exonéré de droits de succession jusqu'à un certain montant et au-delà de ce montant, il paie des droits de succession relativement peu élevés. Les successions entre partenaires non mariés sont par contre taxées à des taux fort élevés. Il faut cependant faire une distinction entre, d'une part, les Régions wallonne et de Bruxelles-capitale et, d'autre part, la Région flamande. Dans les deux premières, les cohabitants ne sont pas considérés comme des proches du défunt et sont taxés à des taux variant de 30 à 80% (117). Dans la Région flamande, le décret du 15 juillet 1997 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998 prévoit un tarif particulier, plus favorable pour le cohabitant du défunt (118). Afin de pouvoir bénéficier de ce tarif, le cohabitant doit prouver qu'il ou elle a vécu et fait partie du même ménage que le défunt pendant au moins trois ans. Ce tarif « préférentiel » s'applique indifféremment du sexe du légataire (119). Il n'en reste pas moins que même en Région flamande, le cohabitant du défunt est soumis à un tarif beaucoup moins favorable que s'il avait été son conjoint.

(115) Pour une critique de cette décision et de sa motivation, voy. note J. Jacquemain, p. 41.

(116) Voy. ci-dessus, texte correspondant aux notes 29 et 30.

(117) 30% pour la première tranche de 500.000 F, 35% pour la tranche de 500.001 à 1.000.000 de FB, 50% pour la tranche qui va de 1.000.001 à 3.000.000 de FB, 56% pour la tranche allant de 3.000.001 à 6.999.999 et 80% pour tout ce qui est au-dessus de 7.000.000 de FB.

(118) Décret du 15 juillet 1997 fixant les tarifs des droits de succession des personnes vivant ensemble maritalement, *M.B.*, 1^{er} octobre 1997, p. 25866. Les taux applicables sont les suivants : 10% de un à trois millions de FB, 35% de 3.000.001 à 5.000.000 de FB et 50% pour tout ce qui est au-dessus de 5.000.000 de FB.

(119) C. Forder, « National Report on Belgium », *op. cit.*, pp. 6 et 7.

L'absence de toute conséquence de la cohabitation légale sur l'accès au territoire, le séjour et l'établissement

La loi sur l'accès au territoire consacre un droit à l'établissement pour le conjoint étranger d'une personne ayant la nationalité belge ou d'une autre personne ayant le droit de résider en Belgique (120). En revanche, elle ignore le concubin. Cette différence de traitement a été à l'origine de nombreuses situations dramatiques sur le plan humain.

Pour remédier à cet état de choses, la proposition de loi initiale présentée en 1995 tendait à modifier le Code de la nationalité belge en consacrant le droit pour le partenaire étranger d'un Belge d'acquérir la nationalité belge (121). Dans l'exposé introductif de la proposition de loi initiale, cette disposition était présentée comme répondant à une revendication concernant plus particulièrement les homosexuels (122) : en effet, si la loi sur l'accès au territoire consacre un droit à l'établissement pour le conjoint étranger d'un(e) Belge, les homosexuels — à l'inverse de la plupart des concubins de sexes différents — n'ont pas la possibilité de se marier.

La disposition de la proposition initiale reconnaissant un droit d'établissement au partenaire étranger d'un(e) Belge a disparu au cours des travaux préparatoires. On n'en retrouve plus aucune trace dans la loi finalement adoptée. C'est par la voie d'une circulaire ministérielle qu'une solution a entre-temps été trouvée. Le 30 septembre 1997, le ministre des Affaires intérieures adopta en effet une circulaire déclarant que dorénavant un droit de résidence serait accordé à une personne vivant avec une autre dans une relation stable, qu'il s'agisse d'une relation homosexuelle ou non (123). Bien que la circulaire subordonne la résidence à une série de conditions rigoureuses, et conformes en cela à la politique de fermeture des frontières vis-à-vis de l'immigration en provenance de pays tiers à l'Union européenne, il faut se féliciter de son orientation générale. Pour les raisons précitées, la circulaire est surtout importante pour les couples homosexuels. Elle est, par ailleurs, plus favorable que la disposition présentée dans la proposition de loi initiale puisque contrairement à cette dernière, la circulaire a le mérite de n'être pas limitée aux couples non mariés qui ont adhéré au régime légal de cohabitation : ce sont en effet tous les couples non mariés qui seront susceptibles d'en bénéficier, qu'ils aient adhéré ou non au régime de la cohabitation légale.

(110) Sur les arguments en faveur et défaveur d'une assimilation complète, voy. V. Vannes « Le droit social et le mariage de fait », in Ph. De Page et R. De Valkeneer (sous la dir. de -) *L'union libre, op. cit.*, pp. 264 et s.

(111) Articles 12 et s. de la proposition initiale, *Doc. parl.*, Ch., 170/1, 1995-1996, pp. 9 et s.

(112) *M.B.*, 30 juin 1990.

(113) *Journ. dr. jeunes*, mai 1999, p. 185 et note J. Jacquemain.

(114) *Journ. dr. jeunes*, octobre 1998, pp. 39 et s.

(120) Article 10, 4^o, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(121) Article 28 de la proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., 170/1, 1995-1996, p. 12.

(122) *Voy. Doc. parl.*, Ch., 170/1, 1995-1996, pp. 3 et 4.

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

5. — VERS LA RECONNAISSANCE DES UNIONS DE MÊME SEXE?

Ce qui précède suscite trois types de réflexions, qui nous permettront de progresser vers la formulation d'une réponse à la question posée dans le titre de l'étude.

La cohabitation légale, produit du refus de créer un « mariage au rabais »

La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale a été présentée comme visant notamment à satisfaire une revendication des couples homosexuels, en conférant à leurs relations un cadre légal qui aurait pour conséquence de supprimer les discriminations dont ils font l'objet en raison de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de se marier (124).

La portée symbolique de la nouvelle loi ne doit certes pas être négligée. En qualifiant de « légale » la cohabitation dont il définit le régime et en prévoyant l'inscription communale de la cohabitation légale sur le registre de la population, le législateur opère une reconnaissance « publique » particulière de cette forme de vie en commun (125). Pourtant, si l'on met de côté le symbole qu'il constitue, le régime de la cohabitation légale semble avoir été vidé d'une bonne partie de son contenu au fil des travaux parlementaires. A l'arrivée, il ne garantit plus aux concubins qui décident d'y adhérer qu'une protection particulièrement ténue. On peut l'attribuer à la volonté des auteurs du texte légal d'écarter toute connotation matrimoniale de leur projet, dans le souci où ils étaient de recueillir un large consensus autour du texte en discussion. Les parlementaires ont trouvé un compromis consistant à créer une institution à vocations multiples permettant de proposer un régime légal minimal à la communauté homosexuelle d'une part et aux hétérosexuels ne souhaitant pas contracter mariage d'autre part (126).

Les négociations ont été dominées par la volonté de ne pas créer un « mariage au rabais » qui viendrait concurrencer l'institution originale. La justification du caractère limité de la protection accordée aux cohabitants légaux est la même que celle avancée par les juridictions qui n'ont accordé qu'une protection restreinte aux concubins, pour maintenir une nette différence entre, d'une part, le concubinage — qui serait par nature précaire et instable, car tels sont les caractères que les concubins ont voulu donner à leur « union » — et, d'autre part,

l'institution du mariage. D'ailleurs, bien plus que la reconnaissance publique qui s'atteste à travers le caractère « légal » de la cohabitation ainsi pourvue d'un cadre juridique, ce qui caractérise la nouvelle loi, c'est l'extrême fragilité de l'union qu'elle organise, ce dont témoigne particulièrement la révocabilité *ad nutum* du lien de cohabitation légale (127). Or il va de soi que les raisonnements qui se fondent sur ce type de justification peuvent difficilement s'appliquer *mutatis mutandis* aux couples homosexuels, le mariage leur étant interdit. Ils ne peuvent par définition pas être soumis à ce que les juges considèrent comme les risques inhérents au choix de ne pas se marier puisque ce choix n'est pas le leur. Quant au régime de la cohabitation légale, il adopte un angle à ce point restreint qu'on peut douter qu'il soit de nature à répondre aux attentes des couples homosexuels : même les suggestions faites par la profession notariale à propos du concubinage en général n'y ont pas été reprises, alors que les notaires sont confrontés quotidiennement aux difficultés subies par les personnes vivant ensemble hors mariage (128).

L'interdiction du mariage entre personnes de même sexe et la Convention européenne des droits de l'homme

La loi du 23 novembre 1998 n'est pas seulement insuffisante en raison de son incapacité à offrir des réponses satisfaisantes à la communauté homosexuelle. L'autre difficulté réside dans le risque de tension, de plus en plus réel, entre la loi belge et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, dans le cadre de plusieurs affaires relatives à l'état civil de transsexuels opérés, la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle affirmé qu'« en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent ». Cet article stipule que « A 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 » : le libellé de cette disposition, selon la Cour, attesterait que « le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille » (129). Pourtant, pour trois motifs, l'on peut s'attendre à brève échéance à une évolution de la jurisprudence européenne (130).

(127) En ce sens, voy. surtout J.-L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, ici p. 572 : dans ce texte lumineux, l'auteur regrette « l'impasse particulièrement grave à laquelle a conduit le choix d'institutionnaliser une relation de couple sous une forme juridique dont on a, dans le même temps, voulu, au prétexte de "sauver" l'institution du mariage, qu'elle devienne une coquille vide de tout vrai lien juridique et humain ».

(128) Voy. Fédération royale des notaires de Belgique, *Livre blanc « La vie commune hors mariage »*, *op. cit.*, pp. 17 et s.

(129) Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, 17 oct. 1986, série A, n° 106, § 49.

(130) Comp. en droit américain, Harvard Law Review (editors), *Sexual Orientation and the Law*, Cambridge, Harv. Univ. Press, 1989, rééd. 1990, spéc. pp. 93-118.

D'abord, cette matière est de celles où la Convention « doit toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles (...) ». Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société » (131). La multiplication des législations nationales qui, au sein des Etats parties à la Convention, aménagent au profit des couples de même sexe une institution proche du mariage, pourrait amener une interprétation de cette disposition qui s'écarte de ce que la Cour appelle « le concept traditionnel de mariage ».

Bien que, formulée à propos de la revendication du droit de se marier d'un transsexuel, elle ne puisse être transposée exactement à la situation du mariage entre personnes de même sexe, l'opinion dissidente du juge S.K. Martens exprimée à la suite de l'arrêt *Cossey* de la Cour européenne des droits de l'homme montre parfaitement que pareille évolution ne ferait que substituer, à la conception « traditionnelle » du mariage comme union d'un homme et d'une femme en vue de fonder une famille — ce qui sous-entend la capacité de rapports sexuels débouchant sur la procréation —, une conception qui, pour être plus moderne, n'en constitue en aucune manière une dévalorisation : « Le mariage est bien plus qu'une union sexuelle, et la capacité d'avoir des rapports sexuels ne lui est dès lors pas essentielle. Les personnes qui ne sont pas ou plus capables de procréer ou d'avoir des rapports sexuels peuvent aussi désirer se marier, et se marient effectivement. Cela s'explique par le fait que le mariage représente bien plus qu'une union légitimant les rapports sexuels et visant à la procréation : c'est une institution de droit qui crée une relation juridique fixe entre les conjoints, de même qu'entre ceux-ci et les tiers (y compris les autorités) (...). A travers les liens du mariage, les conjoints "indiquent au monde extérieur que leur relation est fondée sur des émotions humaines intenses, un engagement réciproque exclusif et un élément de permanence". C'est en outre une sorte de communauté dans laquelle les liens intellectuels, spirituels et émotionnels sont au moins aussi essentiels que les attaches physiques » (132). C'est notamment sur une même conception du mariage, c'est-à-dire sur une conception enrichie car comprenant d'autres motifs de se marier que celui de fonder une famille, que le tribunal de Honolulu a estimé qu'était inconstitutionnelle, car contraire à la garantie d'égalité que contient la Constitution de l'Etat d'Hawaï, l'absence de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe (133).

Le second motif pour lequel nous pouvons nous attendre à une évolution de la jurisprudence européenne à propos de l'accès des homosexuels au mariage, est déduit de la combinaison du droit au respect de la vie familiale avec la garantie de non-discrimination (134),

(131) Arrêt *Rees* précité, § 47.

(132) Opinion diss. du juge S.K. Martens à Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 sept. 1990, précité, 4.5.2.

(133) Voy. l'ordonnance de la First Circuit Court of the State of Hawai, *Baehr v. Miki*, Civ. n° 91-1394.

(134) La même opinion dissidente du juge Martens suggère ce point également, dès lors que son auteur y estime que l'interprétation actuelle de l'article 12

(124) *Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, pp. 50, 52, 53.

(125) L.-L. Christians, « Les nouvelles tensions du concept de mariage - Enjeux du pluralisme pour une théologie des droits civil et canonique », *Nouvelle revue théologique*, t. 120, 1998, pp. 564-598, ici pp. 576-577. Sur l'importance symbolique de la nouvelle loi, voy. également J.-L. Renchon, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, ici pp. 556 et 557; M. Vincineau, « Opinion et débats », *Le Soir*, 9 mars 1999.

(126) Rapport de la Commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1-916/5, 1997/1998, p. 5.

qu'une jurisprudence européenne récente a pour la première fois étendue à la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (135). Dans un certain nombre de décisions, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que « la notion de "vie familiale" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres "liens familiaux" de facto lorsque les personnes cohabitent en dehors du mariage » (136), les éléments qui constituent la « preuve de leur engagement l'un envers l'autre » pouvant servir à établir l'existence d'une vie familiale entre personnes non mariées (137). On devine les conséquences auxquelles cette évolution conduit, en ce qui concerne le droit au mariage des couples homosexuels : même si l'article 12 de la Convention ne pouvait être invoqué à leur bénéfice, ne peut-on considérer que le droit au respect de la vie privée et familiale que garantit l'article 8 de la Convention, combiné avec l'exigence de non-discrimination, aura cette même conséquence (138)? Le refus d'ouvrir l'institution du mariage aux homosexuels, ou

de créer pour eux une institution offrant des garanties équivalentes aux personnes qui choisissent d'y adhérer, ne constitue-t-il pas une discrimination dans le droit au respect de la vie privée et familiale, en violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne des droits de l'homme (139)?

Enfin, même si la Cour européenne des droits de l'homme devait considérer que le refus d'accès au mariage ne constitue pas une discrimination envers les personnes homosexuelles, elle pourrait du moins conclure qu'elle résulte en une discrimination fondée sur le sexe. Il suffit nous semble-t-il de raisonner par analogie avec les législations qui, jusqu'au constat de la Cour suprême qu'elles violaient la règle constitutionnelle d'égalité (140), interdisaient dans certains Etats des Etats-Unis le mariage entre personnes de race différente. De même que ces lois n'interdisaient à aucun individu de se marier, mais subordonnaient l'exercice du droit de se marier à la condition que l'individu choisisse pour conjoint une personne de même race, de même l'impossibilité pour les couples homosexuels d'accéder à l'institution du mariage ne constitue pas à proprement parler une interdiction de se marier, mais subordonne l'exercice du droit de se marier au choix d'un conjoint de sexe opposé — et la discrimination sexuelle qui a lieu avec l'absence de reconnaissance de l'union civile entre personnes de même sexe est à mettre sur un même plan que la discrimination raciale que traduit l'interdiction du mariage interracial. Ici encore, c'est ce même raisonnement qu'a tenu le juge de Honolulu, dans la célèbre ordonnance de décembre 1996 dans laquelle il constatait

l'inconstitutionnalité d'une législation hawaïenne qui prohibait la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe : pareille législation, constate-t-il, « regulates access to the status of marriage and its concomitant rights and benefits on the basis of the applicants' sex », or pareille différence de traitement est discriminatoire dès lors qu'elle n'est susceptible d'aucune justification raisonnable, l'Etat ayant échoué à démontrer, notamment, « the importance of the institution of traditional marriage, the benefits which that relationship provides to the community and, most importantly, the adverse effects, if any, which same-sex marriage would have on the institution of traditional marriage and how those adverse effects would impact on the community and society » (141).

L'alternative présente : partenariat enregistré ou ouverture du mariage aux couples de même sexe

Incapable jusqu'ici de répondre aux attentes des couples homosexuels, ayant échoué à anticiper les évolutions du droit européen des droits de l'homme qui figurent notre horizon, la législation belge doit être modifiée. Deux solutions peuvent être envisagées à cet égard. La première consiste à créer une nouvelle institution, analogue au mariage mais propre aux couples homosexuels, destinée à régler les problèmes particuliers auxquels ils se trouvent confrontés. C'est l'option de la proposition de loi élaborée par P. Senaev et E. Coene (142), reprise et déposée au Parlement le 10 février 1998 par L. Willems (CVP) et R. Landuyt (SP) (143), et prévoyant l'institution du partenariat enregistré. La seconde solution consiste à procéder à une modernisation fondamentale du mariage en ouvrant l'institution aux couples de même sexe. Quelques très rares voix se sont fait entendre dans ce sens au cours des travaux préparatoires de la loi du 23 novembre 1998 (144).

La proposition de partenariat enregistré s'inspire des législations danoise, islandaise, néerlandaise, norvégienne et suédoise. Elle vise à combler l'absence d'institution comparable au mariage pour les homosexuels en droit belge, cette absence étant constitutive d'un traitement discriminatoire. Son objectif est de « mettre autant que possible les partenaires

de la Convention, qui réserve le droit de se marier aux couples hétérosexuels réunissant deux personnes de sexe biologique différent, « se concilie malaisément avec l'interprétation moderne, ouverte et pragmatique de la notion de "vie de famille" qui s'est dégagée de la jurisprudence de la Cour depuis son arrêt *Marckx* » (*idem*, 4.4.3. [accent de l'auteur]). La référence à la jurisprudence *Marckx* n'est pas nécessairement des plus heureuses. En effet, c'est précisément l'existence d'un lien de filiation biologique entre Paula et Alexandra Marckx qui a justifié que, dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme choisisse d'étendre la notion de « vie familiale » à la protection juridique d'un tel lien : le précédent que fournit cette démarche ne constitue pas, comme tel, un argument solide à l'extension de la notion de vie familiale lorsque celle-ci réunit des personnes que relie un simple sentiment d'affection, détaché de tout lien biologique.

(135) Cour eur. D.H., arrêts *Smith et Grady* (J.T.D.E., nov. 1999, p. 216) et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, du 27 sept. 1999 (révocation de l'armée britannique en raison de l'homosexualité des requérants); et arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 déc. 1999, précité. Nous n'ignorons certes pas que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore avancé dans la direction que nous indiquons ici. Pour une synthèse, voy. notam., C.-A. Meyer, « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », in D. Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, P.U.F., 1998, 2^e éd., 1999, pp. 155-182.

(136) Cour eur. D.H., arrêt *Kroon e. a. c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, série A, n° 297-C, § 30; arrêt *Hokkanen c. Finlande*, 23 sept. 1994, précité, § 64; arrêt *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A, n° 290, § 44; arrêt *Johnston e. a. c. Irlande*, 18 déc. 1986, série A, n° 1/12, § 55.

(137) Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997.

(138) La Commission européenne des droits de l'homme a déjà admis que des relations homosexuelles, si elles ne relèvent pas du concept de « vie familiale » protégée au regard de l'article 8 de la Convention, peuvent néanmoins relever de la vie privée et justifier l'application par analogie de la jurisprudence relative à la protection de la vie familiale, notamment en ce qui concerne le droit de séjour (Comm. eur. D.H., déc. 3 mai 1983, *X et Y c. Royaume-Uni*, req. n° 9369/81, D.R., 32, p. 220; voy. aussi Comm. eur. D.H., déc. 9 oct. 1989, *C. et L.M.*, req.

n° 14753/89, non publiée et Comm. eur. D.H., déc. 10 févr. 1990, *B. c. Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, D.R., 64, p. 278).

(139) La Commission européenne des droits de l'homme a considéré que l'existence d'une différence de traitement, entre le couple marié et le couple non marié, en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale du père sur l'enfant commun, n'était pas constitutive de discrimination, non seulement au motif que « Le mariage est dans tous les Etats signataires de la Convention l'institution reconnue qui entraîne la fondation d'une famille et jouit de la protection de l'article 12 de cet instrument », mais également parce que la situation dénoncée « est essentiellement la conséquence du choix des parents non mariés, qui préfèrent ne pas contracter mariage au regard de la législation nationale » (Comm. eur. D.H., déc. 15 mars 1984, *B... R... et J... c. Rép. féd. d'Allemagne*, req. n° 9639/82, D.R., 36, p. 130, ici p. 153). Cette motivation n'est par évidence pas transposable à la situation d'homosexuels à qui le mariage n'est pas accessible.

(140) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Pas plus que, dans *Loving*, la Cour suprême des Etats-Unis n'a accepté l'argument de l'Etat de Virginie suivant lequel l'interdiction du mariage interracial, imposant des limites au droit de se marier aussi bien aux Blancs qu'aux Noirs, ne serait dès lors pas constitutive de discrimination raciale, l'on ne saurait, dans notre contexte, accueillir l'argument que l'absence de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe interdit, non seulement aux hommes d'épouser des hommes, mais également aux femmes d'épouser des femmes, et ainsi ne constituerait pas une discrimination fondée sur le sexe. Sur cette question A. Weyembergh, « Les droits des homosexuels devant le juge communautaire », J.T.D.E., 1998, p. 110.

(141) *Baehr v. Miike*, Civ. n° 91-1394 (1996), First Cir. Ct of the State of Hawaii, §§ 8 et 14. Pour un commentaire en français de cette affaire, voy. E. Errante, « Le mariage homosexuel aux Etats-Unis : les arrêts des tribunaux de l'Etat de Hawaï et leurs implications au niveau national », in D. Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, précité, ici pp. 297 et s.

(142) Sur cette proposition de loi, voy. P. Senaev et E. Coene, *Geregistreerd Partnerschap*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 1998. Voy. aussi C. Forder, « National Report on Belgium », *op. cit.*, pp. 13 et s.

(143) Proposition de loi organisant le partenariat enregistré, *Doc. parl.*, Ch., 1417/1-97/98.

(144) Voy. les interventions à la Chambre des députés Dewael (VLD) (*Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 65), Lozie (Agalev), (*Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 10) et Vandenbossche (SP) (*Doc. parl.*, Ch., 170/8, 1995-1996, p. 44).

enregistrés sur le même pied que les époux » (145). A cette fin, la proposition vise à autoriser deux personnes de même sexe à faire enregistrer leur relation dans un registre d'état civil créé à cet effet. Sauf la condition liée au sexe différent des parties, le texte ne vise que les personnes qui auraient pu faire choix de se marier. L'enregistrement du partenariat aurait exactement les mêmes effets que le mariage en droit civil, en ce compris en matière de nationalité et en droit public, qu'il s'agisse du droit fiscal, de la sécurité sociale ou de l'immigration. La nouvelle institution équivalait donc au mariage en tous points, la dissolution du partenariat enregistré, en particulier, étant soumise aux mêmes conditions que la dissolution du mariage. Le partenariat enregistré se distinguerait cependant du mariage pour ce qui concerne la relation aux enfants, à l'égard desquels il ne produirait aucune conséquence.

L'autre solution est plus radicale que celle du partenariat enregistré, au moins en apparence. Elle est plus simple aussi : elle consiste à ouvrir le mariage aux unions de personnes de même sexe. Certes, cette position, très minoritaire, s'inscrit en opposition au consensus qui s'est fait jour au cours des travaux parlementaires. Ce consensus s'est articulé autour de deux principes complémentaires : celui d'abord de la tolérance envers des formes de vie différentes mais méritant, dans une société pluraliste, un égal respect, l'exercice de ces formes de vie relevant de la vie privée de chaque individu ; celui ensuite du refus d'accorder une reconnaissance publique à l'union entre personnes de même sexe, ou à tout le moins une reconnaissance telle que pourrait se créer un risque de confusion avec le mariage : une telle reconnaissance risquerait en effet, de l'avis de ses opposants, d'avoir pour conséquence d'affaiblir l'institution du mariage, conçu comme reposant « sur un acte de volonté par lequel un homme et une femme décident d'avoir un projet de vie commune pour la vie » et en principe indissoluble (146). Telles qu'elles ont été exprimées à la suite de la résolution du Parlement européen du 8 février 1994 en faveur de la reconnaissance légale des unions homosexuelles (147), les positions les plus récentes de l'Eglise catholique ne relèvent pas d'un point de vue différent (148) ; et

c'est du reste à une telle position encore que s'était adossée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, jugée si progressiste alors, qui a fondé sur le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme l'obligation pour les Etats parties à la Convention de dépénaliser les relations sexuelles entre personnes de même sexe (149). Il s'agit ici non pas de condamner comme telle l'homosexualité ou l'union homosexuelle conçue comme simple fait, ce qui n'aurait d'ailleurs guère de sens tant qu'on admet que la tendance homosexuelle ne résulte pas toujours d'une préférence librement choisie, mais cependant de refuser toute reconnaissance institutionnelle véritable aux unions qui pourraient en résulter, pareille reconnaissance risquant d'être interprétée comme une forme d'approbation.

La position qu'exprime ce consensus a paru s'imposer avec d'autant plus d'évidence que, dans la terminologie d'A. Sullivan (150) — terminologie dont il est permis de regretter les connotations qui s'y attachent —, le camp « conservateur », celui des partisans d'une *tolérance* de la relation homosexuelle en tant qu'affaire relevant de la vie privée des individus, reçoit parfois le soutien des « libérationnistes », c'est-à-dire de cette fraction de la communauté homosexuelle qui refuse de faire de l'accès à l'institution du mariage une priorité, au nom d'un refus de toute institution quelconque et de la primauté donnée à la multiplicité des formes de vie. Pourtant cette position n'est pas particulièrement solide. D'abord elle suppose que, tandis que les autres formes de relations bénéfici-

ent d'une tolérance de fait, le mariage homosexuel seul mériterait d'être publiquement reconnu, sur un plan juridique, en raison de sa spécificité institutionnelle. Cette position se fonde ainsi sur l'idée, exprimée au cours des travaux parlementaires notamment par un psychiatre entendu par la Commission de la justice de la Chambre, que le mariage homosexuel, en raison du lien qu'il présente avec la procréation, constituerait un pléonasme — c'est-à-dire que « mariage, par définition, implique heterosexualité » (151) —, position qui, on l'a vu, rejoint celle qu'a parfois adoptée la Cour européenne des droits de l'homme. Or, outre que certains travaux (152), certes contestés dans la communauté des historiens, conduisent à remettre en cause l'idée suivant laquelle le mariage entre homosexuels « pose un problème d'ordre anthropologique en ce sens que ce type d'union n'est observé dans aucune civilisation quelle que soit l'époque considérée » (153), force est de reconnaître que le mariage homosexuel lui-même a connu une telle évolution — même si l'on considère simplement les transformations qu'il a subies sur ce siècle (154) — et que semble relever d'un certain fétichisme institutionnel le refus d'envisager ce qui, en définitive, ne constituerait qu'un bouleversement de plus dans l'institution du mariage qui en a connu beaucoup d'autres : son extension aux unions entre personnes de même sexe.

Plus fondamentalement pourtant, la position qui accorde au mariage homosexuel une situation privilégiée — tout en tolérant, en tant qu'elles constituent autant de manifestations de la vie privée des individus qui les nouent, d'autres relations qui paraissent s'en rapprocher, jusqu'à en aménager certaines conséquences précises — cette position échoue même s'il devait s'agir pour elle de protéger une « institution du mariage » considérée par définition comme union d'un homme et d'une femme.

fournit encore d'autres références (« Les nouvelles tensions du concept de mariage - Enjeux du pluralisme pour une théologie des droits civil et canonique », *op. cit.*, p. 569, n° 11).

(149) Voy. notam., Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, série A, n°45. Il est permis de rappeler que l'arrêt condamne le Royaume-Uni pour avoir maintenu en vigueur, sur le territoire d'Irlande du Nord, une législation criminalisant les relations sexuelles entre personnes de sexe masculin. Mais la protection fondée sur l'article 8 de la Convention a pour effet paradoxal de ne préserver de toute ingérence la relation homosexuelle qu'en la cantonnant à un champ privé, donc clandestin et invisible. Pour des développements, voy. O. De Schutter, « Homosexualité, discours, droit », *R.I.E.J.*, vol. 30, 1993, pp. 83-142, spéc. pp. 127-129. Le rapport Wolfenden, dont la publication en 1957 avait incité le Royaume-Uni à dépénaliser l'homosexualité sur les autres territoires relevant de sa juridiction, notait lui-même, dans le même sens, qu'« il doit demeurer un domaine de moralité et d'immoralité d'ordre privé qui, en termes brefs et crus, n'est pas l'affaire du droit » (Sir John Wolfenden e. a., *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London, HM Stationary Office, 1957 (CMD 247), sect. 61 ; cité par F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, *op. cit.*, p. 124).

(150) A. Sullivan, *Virtually Normal : An Argument About Homosexuality*, New York, Knopf, 1996. Les autres positions que repère l'auteur sont qualifiées respectivement de « prohibitionniste » (favorable à une répression pénale de la relation homosexuelle) et de « libérale » (favorable à une reconnaissance publique de l'homosexualité, notamment en ouvrant aux couples de même sexe l'accès à l'institution du mariage, au nom de l'exigence de non-discrimination).

(151) L'intervention de F. Martens figure dans le rapport fait au nom de la Commission de la justice par MM. D. Vandenbosche et F. Lozie, 11 mars 1998, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1997-1998, n° 170/8, pp. 38-39.

(152) Voy. surtout J. Boswell, *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, New York, Villard Books, 1994. Dans son *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, F. Leroy-Forgeot cite également (p. 102) d'autres sources, parmi lesquelles, sur les institutions des Indiens d'Amérique, W.L. Williams, *The Spirit and the Flesh : Sexual Diversity in American Indian Culture*, Boston, Beacon Press, 1986.

(153) Intervention de P. Senaev devant la Commission de la justice de la Chambre, rapport fait au nom de la Commission de la justice par MM. D. Vandenbosche et F. Lozie, 11 mars 1998, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1997-1998, n° 170/8, p. 46.

(154) Les évolutions qu'a connues le mariage depuis un siècle sont bien connues (voy. R. A. Appiah, « The Marrying Kind », *The New York Review of Books*, juin 20, 1996, p. 48 ; et surtout G. Simmel, *Sur la sociologie de la famille* (1895), repris in *Philosophie de l'amour*, trad. fr. S. Cornille et Ph. Ivernel, Paris, Rivages, 1988, pp. 33-58). Autrefois alliance entre deux familles, sanctionnée par un rituel, et conduisant à une union ayant pour fin la procréation, le mariage est progressivement devenu couronnement d'une relation amoureuse entre deux individus, dont l'engagement est constaté par des formalités très simples dans le mariage civil, et qui, s'il consacre généralement une relation dont la dimension sexuelle n'est pas absente, n'est pas nécessairement lié à la procréation.

(145) *Ibid.*, p. 3.

(146) Intervention de Mme M.-Th. Meulders devant la Commission de la justice de la Chambre des représentants, rapport fait au nom de la Commission de la justice par MM. D. Vandenbosche et F. Lozie, 11 mars 1998, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1997-1998, n° 170/8, p. 45.

(147) Résolution du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, 1994, C 61, p. 40.

(148) Voy. l'allocation lors de l'angélus du 20 février 1994, « Homosexualité : une résolution "moralement inadmissible" du Parlement européen », in *Doc. cath.* 91 (1994) 307-308 : le pape Jean-Paul II estime que la résolution « n'a pas simplement pris la défense des personnes à tendances homosexuelles, refusant d'injustes discriminations à leur égard. Sur ce point l'Eglise elle aussi est d'accord, et même elle l'approuve, elle le fait sien, car toute personne est digne de respect. Ce qui n'est pas admissible moralement, c'est l'approbation juridique de la pratique homosexuelle ». L.-L. Christians, à qui nous empruntons la citation,

Il suffit de raisonner à partir des trois conséquences que produit l'absence de reconnaissance publique de l'union entre personnes de même sexe (155). Une première conséquence, évidente, concerne la façon dont ces personnes vivent la relation qui les unit; elle est donc postérieure à l'établissement de pareille relation. L'impossibilité du mariage homosexuel, avec la garantie de stabilité que pareille institutionnalisation offrirait, introduit le soupçon de précarité au sein de toute relation amoureuse nouée entre personnes de même sexe, à défaut qu'elles puissent se lier comme le peuvent les personnes de sexe différent, mais également parce que la solidité d'une relation passe aussi par l'approbation sociale dont elle bénéficie. A. de Tocqueville avait bien aperçu l'erreur de logique consistant à condamner le mariage « d'amour » en raison du nombre des échecs subis par ce type de mariage dans une société où le mariage « de raison » constitue la norme : n'est-ce pas en effet l'existence justement de cette norme qui rend compliquées, et si difficiles à nouer puis à maintenir, des relations vécues sur un mode différent du mode dominant? De même le cliché suivant lequel la relation homosexuelle serait instable, précaire, ou passagère, n'est-il pas le produit d'une société qui n'offre à cette relation homosexuelle aucun cadre juridique où, par exemple, la fidélité mutuelle dans le cadre d'une relation exclusive constituerait une obligation réciproque des partenaires? Les statistiques que rapporte F. Leroy-Forgeot, concernant le sort des partenariats entre personnes de même sexe dans les Etats qui reconnaissent une telle forme d'union, tendent du reste à montrer — sur la période relativement courte sur laquelle elles portent — que le couple homosexuel n'est pas plus instable que le couple hétérosexuel. Les séparations officielles sont inférieures en chiffres relatifs parmi les couples homosexuels enregistrés au nombre de divorces parmi les couples mariés. Ainsi que le note l'auteur, « ce constat va à l'encontre du préjugé selon lequel le couple hétérosexuel serait plus stable que le couple homosexuel, préjugé à partir duquel on a pu alléguer que l'union des personnes hétérosexuelles devait être juridiquement protégée alors que celle des personnes homosexuelles pouvait (et devait) demeurer dans une zone de non-droit, sinon de droit pénal » (156).

D'autres conséquences liées à l'absence d'une véritable reconnaissance publique des unions entre personnes de même sexe précèdent le moment où la relation est, ou pourrait être, nouée. Dans un certain nombre de cas, l'inaccessibilité du mariage homosexuel pourrait inciter certains individus à nier leur tendance homosexuelle, et à contracter un mariage avec une personne de sexe opposé qui jamais ne pourra leur apporter le bonheur auquel ils prétendent. Cette deuxième conséquence de la non-reconnaissance de l'union civile de per-

sonnes de même sexe concerne les individus qui éprouvent une attirance, exclusivement ou presque exclusivement, pour des individus du même sexe. Dans d'autres cas encore, l'impossibilité du mariage homosexuel implique que les personnes susceptibles d'être attirées par une relation homosexuelle, mais dont les préférences peuvent évoluer ou qui ressentent également une attirance pour les personnes de sexe opposé, seront incitées à entrer dans les liens d'un mariage hétérosexuel, plutôt qu'à subir le risque de la marginalisation qu'impliquerait le choix opposé. C'est là la troisième conséquence qui nous paraît pouvoir résulter de l'absence de reconnaissance du mariage homosexuel.

Quelle attitude avoir face à une position — consensuelle aujourd'hui — qui produit ces conséquences? Face à la diversité des formes de vie qui se manifestent dans la société, un consensus s'est trouvé en faveur de la solution consistant à reconnaître le fait de la relation homosexuelle et à en tolérer l'existence, à aménager quelques-uns de ses effets si tel est le vœu des partenaires, mais en même temps à ne pas lui accorder la reconnaissance publique qu'impliquerait de la doter d'un cadre institutionnel assimilable au mariage, et même plus largement à en nier la spécificité — le statut de la cohabitation légale pouvant bénéficier non seulement aux couples homosexuels, mais également aux concubins hétérosexuels, voire à deux personnes physiques vivant ensemble sans que leur relation soit, d'aucune façon, amoureuse ou sexuelle. Cette solution relève, on le voit, d'une conception de la neutralité de l'Etat par rapport à une pluralité de conceptions de vie qui est des plus curieuses. Des trois conséquences qui paraissent devoir s'attacher au choix de cette solution, les deux premières constituent des souffrances, qui pour être psychologiques n'en sont pas moins réelles, infligées aux homosexuels écartés, en raison de leur préférence sexuelle, d'une institution publique normalement destinée à être accessible à tous. Sans doute il se comprend plus aisément que l'on puisse vouloir, par l'interdiction du mariage homosexuel, vouloir produire la troisième conséquence qu'on a identifiée, mais ici c'est la prémisse qui est contestable : le mariage hétérosexuel serait-il à ce point menacé que d'ouvrir l'institution du mariage aux couples de même sexe causerait sa ruine? Et si la menace qui pèse sur le mariage est aussi considérable, le mariage serait-il sauvé en maintenant closes les frontières, malgré les revendications d'ouverture (157)? Ce n'est pas le moindre des paradoxes qui peuplent la matière qu'on vient de traverser : les homosexuels paient d'un prix élevé, celui d'un refus d'accès, la crise d'une institution, celle du mariage, dont l'avenir montrera peut-être qu'ils n'en sont pas les moins fervents partisans.

(155) R. A. Appiah, « The Marrying Kind », *op. cit.*, ici p. 51. L'on retrouve chez cet auteur les trois conséquences qu'on relève. M. Appiah distingue en réalité encore une quatrième conséquence, mais qui paraît moins essentielle à notre propos.

(156) F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, *op. cit.*, pp. 105-106.

(157) Ainsi que l'écrit encore R.A. Appiah : « After all, if you really want to encourage straight people to stay married, why not toughen the divorce laws and increase the tax advantages? Taking it out on homosexuals is not merely mean; it is ineffectual » (R. A. Appiah, « The Marrying Kind », *op. cit.*, ici p. 51).

Dans un des arrêts les plus célèbres qu'elle ait jamais rendus, la Cour suprême des États-Unis rappelle que le mariage est « an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions » (158). L'organisation juridique de la cohabitation légale non seulement ne règle qu'un nombre très limité de conséquences matérielles de leur vie en commun, pour ceux qui en choisissent le statut; elle est conçue, en outre, indépendamment de ce qu'appellerait la reconnaissance d'une *affectio maritalis* entre les personnes, c'est-à-dire de liens affectifs suffisamment profonds pour justifier qu'on puisse s'engager durablement vis-à-vis de l'autre pour l'avenir. Dénier aux personnes de même sexe l'accès à l'institution du mariage constitue vis-à-vis de ces personnes une discrimination dans leur droit au respect de la vie privée et familiale; supposer que la cohabitation légale qu'organise la loi du 23 novembre 1998 pourrait constituer pour ces personnes une alternative satisfaisante, et justifier au départ de l'existence de pareille alternative l'impossibilité de se marier entre elles, non seulement contribue à perpétuer cette discrimination, mais en outre constitue une dévalorisation de l'idée de mariage elle-même. Naturellement le mariage ne se laisse pas ramener au projet de la procréation; bien sûr il constitue plutôt, comme le dit la Cour suprême, cette harmonie entre deux êtres qui unissent leurs destins, et qui se promettent une loyauté réciproque : pauvre mariage vraiment, laissé entre les mains de qui voudrait le ramener, pour une catégorie de la population que caractérise l'orientation sexuelle de ses membres, à la coquille vide de la cohabitation légale (159).

Olivier DE SCHUTTER
et Anne WEYEMBERGH (*)

(158) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 486 (1965).

(159) L'expression est de J.-L. Renchon, qui conclut son commentaire de la loi du 23 novembre 1998 en mettant l'accent sur « l'impasse particulièrement grave à laquelle a conduit le choix d'institutionnaliser une relation de couple sous une forme juridique dont on a, dans le même temps, voulu, au prétexte de "sauver" l'institution du mariage, qu'elle devienne une coquille vide de tout vrai lien juridique et humain » (« Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, pp. 572-573).

(*) Les auteurs sont respectivement professeur adjoint à la Faculté de droit de l'U.C.L. et assistante à l'Institut d'études européennes de l'U.L.B. Ce texte a constitué la base du rapport présenté à la conférence organisée du 1^{er} au 3 juillet 1999 par le Centre of European Law, King's College, Londres, sur le thème « Legal Recognition of Same-Sex Partnerships ». Cet article a été réalisé avec le soutien du programme P.A.I. P4/04 — Etat belge, services du premier ministre — Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles du ministère de l'Éducation, de la Recherche et de la Formation de la Communauté française de Belgique.