

LE PARTENARIAT CIVIL, D'UN CONTINENT A L'AUTRE *

Alain ROY **

Au nom du libre choix et de l'égalité, les couples de même sexe revendiquent de plus en plus ouvertement le droit au mariage. Pour l'instant, seuls les Pays-Bas ont retenu cette solution. Déçûs, entre les tendances libérales et conservatrices, la plupart des États ont plutôt opté pour une solution moyennement en instituant ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler le partenariat civil. La présente étude comparative vise à mettre en lumière les caractéristiques propres à quatre régimes de partenariat civil, répartis sur deux continents : le Pacte civil de solidarité (PACS) français, la Cohabitation légale belge, le *Civil Union* de l'État du Vermont aux États-Unis et le *Domestic partnership* de la province de la Nouvelle-Écosse au Canada. En égard aux objectifs poursuivis par les couples de même sexe, peut-on identifier des formules gagnantes parmi les expériences législatives amorcées ? Telle est la question que pourrait utilement soulever cette étude comparative et à laquelle l'auteur tente, en conclusion, d'apporter certains éléments de réponse.

Same-sex couples are demanding more and more openly the right to marry in the name of freedom of choice and equality. For the time being, only the Netherlands has obliged. Torn between liberal and conservative trends, most states have instead opted for the middle ground by implementing what is today conventionally referred to as domestic partnership. This comparative study discusses the characteristics of four domestic partnership regimes on two continents : France's Pacte Civil de Solidarité (PACS), Belgium's Cohabitation légale, Vermont's Civil Union (United States) and Nova Scotia's Domestic Partnership (Canada). Considering the objectives of same-sex couples, is it possible to identify winning formulas among legislative experiences to date ? The author of this comparative study ultimately

* Le texte est à jour au 1^{er} décembre 2001.

** Docteur en droit et Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

teky attempts to shed some light and provide insight on this legitimate question.

Contrairement au mariage traditionnel, l'union de fait ne connaît pas, en principe, de limites inhérentes au sexe des partenaires. Par opposition au droit, le fait ne discrimine nullement. Il n'est que reflet de la réalité. Pourtant, on s'est longtemps refusé de concevoir la conjugalité des couples de même sexe sous l'angle de l'union de fait. Comme si le couple ne pouvait se définir qu'en référence au mariage. Les législateurs eux-mêmes se sont fait prendre au jeu en abordant plus souvent qu'autrement la question homosexuelle comme un enjeu distinct, *a priori* dissociable de l'union de fait.

Au cours des dernières années, les mœurs ont cependant évolué très rapidement. Fermeement décidés de sortir de la clandestinité et de vivre leur conjugalité au grand jour, un grand nombre de couples homosexuels n'ont pas tardé à exiger leur juste place au côté des autres couples. A force de revendications soutenues, ils sont graduellement parvenus à modifier les perceptions, de sorte qu'aujourd'hui, dans la plupart des pays occidentaux, on ne saurait traiter sérieusement de l'union de fait en les maintenant à l'écart¹. Bien au contraire, il semble que l'union de fait, voire la conjugalité toute entière, vibrent désormais au rythme des revendications homosexuelles².

Au-delà du « fait », les couples de même sexe aspirent maintenant au « statut ». Au nom du libre choix et de l'égalité, ils luttent aujourd'hui pour obtenir le droit au mariage. Pour l'instant, seuls les Pays-Bas ont retenu cette solution³. Déçirés entre les tendances libérales et conservatrices, la plupart des Etats ont plutôt opté pour une solution mioteyme en instituant ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler le partenariat civil⁴. Cette nouvelle structure législative, élaborée en parallèle au mariage, permet aux couples de même sexe qui le souhaitent de s'inscrire dans un registre public aux fins de bénéficier d'un certain nombre de droits et d'obligations traditionnellement associés au statut matrimonial. On a tôt fait de s'interroger sur la suffisance d'une telle formule. Le partenariat

civil sera-t-il à même d'épancher la soif de légitimité sociale et juridique des couples de même sexe ? Rien n'est moins sûr. Pour les uns, l'initiative mérite d'être saluée, pour les autres, elle doit être vivement dénoncée⁵.

Évidemment, d'importantes différences existent entre les régimes de partenariat civil mis en place, tant en ce qui concerne leur cadre d'organisation que les effets juridiques qui en résultent. Au-delà des orientations générales, chaque système est donc coloré d'une teinte toute particulière. Ce sont ces variations que nous souhaitons mettre en lumière à travers la présente étude comparative.

Une étude comparative peut prendre différentes formes. Elle peut être très générale, mais couvrir un grand nombre de législations étrangères. Elle peut être plus spécifique, mais se restreindre à un nombre plus limité de lois, soigneusement sélectionnées en raison de leur représentativité. Nous avons choisi cette deuxième option, en retenant quatre modèles législatifs sur deux continents. A notre avis, une telle orientation est de nature à favoriser une meilleure compréhension des moyens disponibles pour faire face aux enjeux que soulève la reconnaissance des couples de même sexe.

Nous nous intéresserons ainsi au Pacte civil de solidarité français, à la Cohabitation légale belge, au « *Civil union* » de l'État du Vermont aux États-Unis et au « *Domestic partnership* » de la province de la Nouvelle-Écosse au Canada. Pour chacun de ces régimes législatifs, nous nous emploierons à décrire les conditions de formation prescrites, les effets juridiques qui en résultent, les aspects procéduraux qui en encadrent le fonctionnement et le processus de dissolution applicable.

La légitimité du partenariat civil dépend-elle d'un jugement mélange d'ingrédients ou est-ce plutôt la recette dans son ensemble qui devrait être repensée ? Eu égard aux objectifs poursuivis par les couples de même sexe, peut-on identifier des formules gagnantes parmi les expériences législatives amorcées ? Telles sont les questions que pourrait utilement soulever cette étude comparative et auxquelles nous tenterons, en conclusion, d'apporter certains éléments de réponse.

I. L'EUROPE

A. — Le Pacte civil de solidarité (PACS) de la France

En France, les premières discussions formelles engagées au sujet d'une éventuelle reconnaissance sociale et juridique des couples non mariés et, plus spécifiquement, des couples de même sexe, remontent au début

¹ Pour un aperçu général des différentes orientations législatives observables en Europe au sujet de l'organisation juridique de l'union de fait et, particulièrement, de l'union de fait homosexuelle, v. Frédérique GRANET, « Pacte civil de solidarité. Aspects comparés et internationaux », *J.C.P.* éd. N. 2000/L371.

² David BRADLEY, « Regulation of Unmarried Cohabitation in West-European Jurisdiction — Determinants of Legal Policy », (2001) *15 International Journal of Law, Policy and the Family* 22, 24 et 42.

³ Cette loi a été adoptée à l'unanimité le 2000 et est entrée en vigueur en avril 2001. V. Nancy G. MAXWELL, « Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison », *Electronic Journal of Comparative Law*, nov. 2000, [⁴ L'expression « partenariat enregistré » est également employée couramment.](http://www.comparativelaw.org/V. également Daniel BORELLO, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », (2001) 46 R.D. McGill 875, 890 et 918-921.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁵ V. notamment Barbara J. COX, « Essay : But why not Marriage ? An Essay on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate but (In)equal », (2000) *Vt. L. Rev.* 113 et Martha A. McARTHUR et Joanna L. RABORD, « Family Law for Same Sex Couples : Charting the Course », (1998) *15 Revue Canadienne de droit familial* 101, 123.

des années 90⁶. Pendant près de dix ans, différentes propositions législatives seront tour à tour soumises à l'Assemblée nationale et au Sénat⁷. Après plusieurs rebondissements inattendus et d'interminables débats qui ont profondément divisé les parlementaires, une loi sera finalement adoptée le 15 novembre 1999⁸.

Aux termes de cette loi, le législateur français a procédé à l'ajout d'un nouveau « titre » dans le livre premier du Code civil portant sur les personnes. Intitulé *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*, ce « titre » comporte 8 articles (515-1 à 515-8) et organise, dans le menu détail, une structure d'enregistrement civil des unions de fait dont la complexité est pour le moins impressionnante⁹.

1. Définition et conditions de formation

L'article 515-1 définit le PACS comme un étant un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »¹⁰. Cette définition campée formellement le PACS dans le champ contractuel¹¹. En principe, on ne saurait donc y voir une institution parallèle au mariage ou, selon les termes employés par certains auteurs, un « mariage bis »¹².

⁶ Jean-Jacques LEMOULAND, « Formation et dissolution du Pacte civil de solidarité », *J.C.P.*, éd. N. 2000.I.406, 408.

⁷ Pour un historique des différents projets de partenariat civil, v. Jean CARBONNIER, *Droit civil 2/La famille* — *L'enfant, le couple*, 20^e éd. retondue, Paris, P.U.F., 1999, pp. 694-696.

⁸ *Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité*, *I.O.*, 16 nov. 1999, p. 16939. La loi a été adoptée à 315 voix contre 239 et quatre abstentions ; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », *J.C.P.*, éd. N. 1999.I.1551. Pour un portrait socio-juridique des modèles et des cadres conjugués et familiaux observables en France dans les années, qui ont précédé l'adoption de cette loi, v. Claude MARTIN et Irene THERY, « The Pacts and Marriage and Cohabitation in France », *International Journal of Law and the Family* 2001.1.35.

⁹ Après deux ans d'existence, près de 50 000 couples se seraient prévus des dispositions relatives au PACS ; Pascale KREMER, « Un rapport parlementaire dresse un bilan positif des deux ans d'existence du pacte », *Le monde*, 14 nov. 2001, <http://www.lemonde.fr>.

¹⁰ Le mineur, même émancipé, ne pourrait conclure un PACS. En principe, le majeur sous tutelle ne le pourrait davantage. Cependant, dans l'acte d'ouverture du régime de protection, le juge pourrait, semble-t-il, autoriser le majeur protégé à conclure un PACS aux conditions qu'il prendrait alors soin de mentionner ; Thierry FOISSIER, « Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », *J.C.P.*, éd. N. 2001.I.254. Selon la circulaire n° 00/2 du 11 octobre 2000 diffusée par le Ministère de la Justice auprès des greffes des tribunaux d'instance, un majeur sous curatelle pourrait, sauf exception, conclure un PACS sans l'assistance de son curateur. Pour une critique sommaire de cette directive, v. François SATVAGE, « PACS, mode d'emploi n° 2 (A propos de la circulaire du 11 oct. 2000) », *J.C.P.*, éd. N. 2001.1959. Sur les questions de capacité en général, v. Patrick COLRBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 606, p. 238 et Guy RAYMOND, « Pacts et droit des contrats », *Con. cont. cons.* 2000.chr.4, 5.

¹¹ Pour une analyse du PACS à la lumière du droit des contrats, v. Guy RAYMOND, « Pacts et droit des contrats », *Con. cont. cons.* 2000.chr.4.

¹² L'expression est de Remy CABRILLAC, « Libres propos sur le PACS (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale) », *D.*, 1999.chr.71, 72. V. également Jean CARBONNIER, *Droit civil 2/La famille* — *L'enfant, le couple*, 20^e éd. retondue, Paris, P.U.F., 1999, p. 697. Au-delà des termes et des classifications législatives retenues, certains semblent toutefois attribuer au PACS un caractère institutionnel ; Corille CHARBONNEAU et Frédéric Jérôme PANSIER, « *Hominitus bonae voluntatis* (le PACS

Cela dit, le PACS présente d'importantes similitudes avec l'union matrimoniale, notamment dans ses conditions de fond¹³. Ainsi, à peine de nullité, un PACS ne peut être conclu entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclusivement¹⁴. Bien qu'elle s'en différencie à certains égards, cette règle demeure étroitement inspirée des dispositions interdisant le mariage entre personnes apparentées¹⁵.

Par ailleurs, les prohibitions de consanguinité confirment implicitement la finalité « conjugale » du PACS et anéantissent, par le fait même, les aspirations « universalistes » de ceux et celles qui souhaitaient, à travers une quelconque formule de partenariat civil, procurer un véritable cadre juridique à toute relation duale, y compris à celle d'un frère et d'une sœur partageant le même toit ou à celle de l'enfant adulte vivant auprès de l'un de ses parents¹⁶.

Qui plus est, selon l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel dans son avis de conformité prononcé le 9 novembre 1999¹⁷, la notion de « vie commune » employée à l'article 515-1 ne réfère pas à la simple cohabitation entre deux personnes, ni à une communauté d'intérêts. Elle suppose une véritable vie de couple¹⁸. En conséquence, seuls les partenaires qui partagent une vie affective et sexuelle et qui vivent « maritalement » peuvent conclure un PACS.

¹³ *Guiz. Parl.* 2000.I.doctr.2. V. également Nicolas MOLEFFESSI, « Pacte civil de solidarité (PACS) — La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *J.C.P.*, éd. N. 2000.I.399-407 ; Thierry REYET, « Législation française en matière de droit privé », *Rev. trim. dr. civ.* 2000.173 et Marc MIGNONF, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.* 2001.601. D'autres, au contraire, maintiennent le PACS hors de la sphère institutionnelle et persistent à n'y voir qu'un simple « contrat patrimonial » qui ne ressort pas du domaine de la famille en tant qu'institution du temps long, des liens durables et des identités structurantes ; Françoise DEKELWER-DEOSSSEZ, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *Rev. trim. dr. civ.* 2001.529, 545. V. également Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », *J.C.P.*, éd. N. 1999.I.1551. Le professeur Guy Raymond estime pour sa part que « [l]e Pacte civil de solidarité est un hybride de l'institution et du contrat. Il tient de l'institution dans ses conditions de fond, il tient du contrat par la liberté reconnue aux parties d'organiser leur communauté de vie » ; Guy RAYMOND, « Pacts et droit des contrats », *Con. cont. cons.* 2000.chr.4, 9.

¹⁴ « Le pacte n'est pas un mariage, mais, en dégradé, un diminutif à emprunts sélectifs affaiblis » ; Gérard CORNU, *Droit civil de la famille*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 52, p. 108.

¹⁵ *C. civ.*, art. 515-2(1). V. Gérard CORNU, *Droit civil de la famille*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 52, p. 107.

¹⁶ V. François COLURRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *Rev. dr. sciat. et soc.* 2000.1, 17.

¹⁷ La loi a été effectivement déferée au Conseil constitutionnel par 213 députés et 115 sénateurs d'opposition. Le Conseil a finalement jugé la loi conforme à la Constitution, mais, tel que mentionné ci-après, a pris soin d'apporter plusieurs précisions et d'émettre certaines réserves d'interprétation. Certains ont vu dans l'intervention « proactive » du Conseil constitutionnel une véritable réécriture de la loi ; Nicolas MOLEFFESSI, « Pacte civil de solidarité (PACS) — La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *J.C.P.*, éd. N. 2000.I.399. V. également Jean HAUSER, « Statut civil des partenaires », *J.C.P.*, éd. N. 2000.I.411.

¹⁸ Cons. const. 9 nov. 1999, *D.*, 1999.419, considérant n° 26.

Une autre similitude avec le mariage réside dans le caractère exclusif du PACS. Un PACS ne pourrait être conclu entre deux personnes dont l'une au moins est déjà mariée ou « pacsée »¹⁹ avec un tiers.²⁰

Sur le plan de la citoyenneté, le législateur s'est montré permissif en n'imposant aucune limite. Ainsi, deux personnes qui ne possèdent pas la nationalité française peuvent se prévaloir des nouvelles dispositions. Cependant, comme nous le verrons, les partenaires doivent pouvoir exciper d'une résidence commune sur le territoire français pour obtenir l'enregistrement de leur union.²¹

Enfin, soulignons que le législateur n'a pas jugé bon établir quelque condition que ce soit quant à la forme du contrat. Le contrat de partenariat pourrait donc être élaboré par les partenaires eux-mêmes, sous seing privé et sans la présence d'aucun témoin. Plusieurs auteurs recommandent toutefois le recours au notaire ou à l'avocat pour assister les partenaires dans la rédaction de leurs arrangements.²²

2. Régime juridique

Le contenu juridique du PACS est laissé, pour l'essentiel, à la discrétion des partenaires. En effet, ceux-ci peuvent prévoir, dans leur contrat, toutes sortes de stipulations, sous réserve de deux exceptions. Premièrement, les partenaires doivent impérativement s'apporter une « aide

¹⁹ L'expression a non seulement été consacrée par la doctrine (V. Gérard CORNU, *Droit civil de la famille*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, no. 52, p. 105), elle serait également entrée dans le langage courant : Pascale KRÉMER, « Un rapport parlementaire dresse un bilan très positif des deux ans d'existence du pacs », *Le monde*, 14 nov. 2001, <http://www.lemonde.fr>.

²⁰ C. civ., art. 515-2(2) et (3). Cons. constit. 9 nov. 1999, *D.* 1999.419, V. également Marc MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.* 2001.601, p. 613.

²¹ Pour une analyse des questions de droit international privé que soulève le PACS, v. généralement Marc MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.* 2001.601 et Mireil JOSSELYN-GALL, « Pacte civil de solidarité (PACS). Quelques éléments de droit international privé », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.489.

²² François COURTRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *Rev. Dr. sciam. et soc.* 2000.1, 5 et 16; Raphaël PIASTRA, « Loi relative au PACS », *D.* 2000 chr. 203, 207; Mélanie MONTEILLET-GEFFROY, « Pacte civil de solidarité (PACS) — Le notaire et le contentieux du PACS », *J.C.P.* éd. N. 2001.1744; Claude DESTAME, « Pacte civil de solidarité (PACS) — Anticipons ensemble les effets d'une proposition de loi », *J.C.P.* éd. N. 1998.1.536 et Guy RAYMOND, « Pacte et droit des contrats », *Conf. com. com.* 2000 chr. 4, 9. Pour une analyse de certaines clauses conventionnelles pouvant être stipulées dans le PACS, v. Jean HAUSER, « Statut civil des partenaires », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.411. Par ailleurs, selon la circulaire n° 00/2 du 11 octobre 2000 diffusée par le Ministère de la Justice auprès des greffes des tribunaux d'instance, la convention de PACS ne pourrait valablement être reçue par acte notarié en minute, en raison de l'obligation, dont il sera fait mention plus loin, d'en faire dépôt au greffe du tribunal en double original. A ce propos, v. François SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n° 2 (A propos de la circulaire du 11 octobre 2000) », *J.C.P.* éd. N. 2001.1959; Jean-François PILLEBOIT, « Le Pacte civil de solidarité par acte notarié », *J.C.P.* éd. N. 2001.1900 et Bernard BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original », *Repertorie D'Écritures* 2001, doc. 232. Sur la forme du PACS, v. également les observations de Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 607 et 609, pp. 240-241.

mutuelle et matérielle »²³. Deuxièmement, ils sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et les dépenses relatives au logement commun.²⁴

Au-delà de ces règles élémentaires qui, d'une certaine façon, constituent le régime primaire du PACS²⁵, l'organisation patrimoniale proposée par le législateur français aux partenaires est très peu élaborée. En fait, la date d'acquisition et la nature des biens représentent les deux éléments pivots sur lesquels s'articule le régime légal du PACS.

Les biens meubles et immeubles acquis par chacun des partenaires avant la conclusion du PACS leur demeurent propres et exclusifs²⁶. A défaut pour les partenaires de prévoir d'autres modalités dans leur contrat, les meubles meublants qu'ils acquerront postérieurement à la conclusion du PACS seront réputés leur appartenir en indivision, à chaque pour moitié²⁷. Tous les autres biens acquis après la conclusion du contrat seront également présumés indivis, à moins que l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement²⁸. Quant aux fruits et revenus générés par le travail ou les biens personnels d'un partenaire, ils demeureront sa propriété exclusive²⁹.

²³ Les partenaires sont toutefois libres de déterminer, dans leur convention, les modalités de cette aide : C. civ., art. 515-4.

²⁴ C. civ., art. 515-4 al. 2. Selon le Conseil constitutionnel, cette solidarité ne saurait faire obstacle, en cas d'excès commis par l'un des partenaires, à l'application des règles de droit commun relatives à la responsabilité civile : Cons. constit. 9 nov. 1999, *D.* 1999.419, considérant n° 33 cité dans Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 619, p. 246. Pour une analyse de la portée de la solidarité applicable entre partenaires, v. Christophe ALLEAUME, « Solidarité contre solidarité. Étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PACS au regard du droit au crédit », *D.* 2000 chr. 450. Notons que la circulaire n° 00/2 du 11 octobre 2000 diffusée par le Ministère de la Justice auprès des greffes des tribunaux d'instance apporte un certain nombre de précisions quant à l'étendue de la solidarité : V. François SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n° 2 (A propos de la circulaire du 11 octobre 2000) », *J.C.P.* éd. N. 2001.1959.

²⁵ V. d'ailleurs la décision du Conseil constitutionnel : Cons. constit. 9 nov. 1999, *D.* 1999.419, considérant n° 31 cité dans Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 613, p. 244.

²⁶ Gérard CORNU, *Droit civil de la famille*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 53, p. 109.

²⁷ C. civ., art. 515-5. Il en est de même des biens pour lesquels il s'avère impossible de rapporter la preuve de leur date d'acquisition.

²⁸ C. civ., art. 515-5 al. 2. Ainsi, à défaut de déclaration contraire, seront indivis la maison, la résidence secondaire, les immeubles à revenus, les valeurs mobilières et les entreprises, pour ne nommer que ces biens. Il semble que, à l'égard de ces biens, les partenaires ne pourraient pas, dans leur contrat, exclure de façon générale et anticipée le régime d'indivision : Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 615, p. 245 et Jean HAUSER, « Statut civil des partenaires », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.411, 413. La circulaire n° 00/2 du 11 octobre 2000 diffusée par le Ministère de la Justice auprès des greffes des tribunaux d'instance confirme cette interprétation. A ce propos, v. François SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n° 2 (A propos de la circulaire du 11 octobre 2000) », *J.C.P.* éd. N. 2001.1959. V. cependant les observations de Alain BENABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Larcier, 2001, n° 469, p. 273; Mélanie MONTEILLET-GEFFROY, « Pacte civil de solidarité (PACS) — Le notaire et le contentieux du PACS », *J.C.P.* éd. N. 2001.1744, 746 et Jacques CHARLIN, « Pacte civil de solidarité (PACS) — La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.1851, 1852-1853.

²⁹ Jacques CHARLIN, « Pacte civil de solidarité (PACS) — La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.1851, 1853 et Mélanie MONTEILLET-

Les nouvelles dispositions ne confèrent aucun droit spécifique aux partenaires sur le plan successoral. Ceux-ci ne peuvent donc hériter *ab intestat* l'un de l'autre et n'obtiennent aucune prérogative assimilable à une réserve héréditaire ou une créance alimentaire *post mortem*³⁰. Notons toutefois qu'un partenaire pourra, au moment du décès de l'autre et sous réserve de certaines exceptions, invoquer en sa faveur les dispositions du Code civil relatives aux attributions préférentielles³¹.

Par ailleurs, des dispositions particulières attribuent au PACS certains effets sur les plans fiscal et social, sans toutefois procurer aux partenaires toute la palette des droits et des obligations rattachés au mariage. Ainsi, les partenaires font l'objet d'abatements et de tarifs spécifiques sur les droits de successions et de donations, en plus d'être assujettis à une imposition commune³². Les partenaires se voient également reconnaître quelques privilèges en matière d'assurance sociale, de congés d'emploi et de maintien dans les lieux loués³³. En somme, le législateur a cru bon établir un régime fiscal et social exclusif aux partenaires et en réduire la portée à certains éléments jugés essentiels, plutôt que de leur appliquer par renvoi l'ensemble des dispositions applicables aux époux.

Mentionnons enfin qu'aucun droit de nature extrapatrimoniale ne résulte du PACS³⁴. Ainsi, les partenaires ne jouissent d'aucune prérogative particulière l'un à l'égard de l'autre en matière de consentement aux soins. Les nouvelles dispositions sont également silencieuses quant aux questions de filiation. Les partenaires ne peuvent donc pas adopter conjointement un enfant, pas plus qu'ils ne bénéficient d'une quelconque présomption de « parentalité » à l'égard des enfants nés durant le partenariat. Le PACS n'a pas davantage d'effets sur la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à la procréation médicalement assistée³⁵.

GEFFROY, « Pacte civil de solidarité (PACS) — Le notaire et le contentieux du PACS », *J.C.P.*, éd. N., 2001.1744, 746.

³⁰ Récemment, le gouvernement français a d'ailleurs rejeté un amendement parlementaire visant à conférer au Pacse survivant les droits successoraux du conjoint survivant, tel qu'ils pourraient être éventuellement élargis au terme d'un débat législatif en cours. A cet égard, v. François DEKELWER-DEFOSSÉZ, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 529, 540.

³¹ C. civ., art. 515-6.

³² V. *Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité*, JO, 16 nov. 1999, p. 16959, art. 4 à 6. Notons que les dispositions fiscales ne trouveront application que lorsque la cohabitation des partenaires se sera poursuivie pendant un certain nombre d'années. Sur les aspects fiscaux du PACS, v. Philippe DELMASSAIN-HILAIRE, « Pacte civil de solidarité (PACS). Aspects fiscaux », *J.C.P.*, éd. N., 2000.1458.

³³ V. *Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité*, JO, 16 nov. 1999, p. 16959, art. 7 à 14. Sur les aspects sociaux du PACS, v. François MONGER, « Pacte civil de solidarité (PACS). Aspects sociaux », *J.C.P.*, éd. N., 2000.1452.

³⁴ Certains pourraient cependant voir dans l'obligation des partenaires de s'appuyer une « aide mutuelle » un devoir de soutien moral : Mirel JOSSELYN-GALL, « Pacte civil de solidarité (PACS). Quelques éléments de droit international privé », *J.C.P.*, éd. N., 2000.1489, 496. V. également Guy RAYMOND, « Pacs et droit des contrats », *Contr. cont. conc.*, 2000, chr. 4, 6 et 8.

³⁵ V. C. civ., art. 343-1 et Cons. consid. 9 nov. 1999, D. 1999.419, considérant n° 29 cité dans Alain BÉNABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 457, p. 267. Sur la question, v. également Raphaël PASTRA, « Loi relative au PACS »,

3. Aspects procéduriers

Une fois le PACS conclu, les partenaires devront produire ensemble et en personne³⁶, une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel ils auront fixé leur résidence commune³⁷. Cette déclaration devra être accompagnée, notamment, du contrat intervenu entre eux, en double exemplaire³⁸. Le greffier devra vérifier l'existence du contrat, mais ne pourra exercer aucun contrôle sur les dispositions qui y sont stipulées. Après avoir inscrit la déclaration conjointe sur un registre central spécialement constitué à cette fin, le greffier devra viser et dater les deux exemplaires du contrat, pour ensuite les remettre directement à chacun des partenaires³⁹. Le contenu du contrat ne sera donc aucunement divulgué aux tiers, malgré l'intérêt que peuvent représenter à leurs yeux les informations qui y sont consignées⁴⁰.

Le greffier devra également « faire porter mention de la déclaration sur un registre *[ad hoc]* tenu au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire ou, en cas de naissance à l'étranger, au greffe du tribunal de grande instance de Paris »⁴¹. Cette inscription confèrera au PACS une date certaine et en assurera l'opposabilité face aux tiers⁴².

D. 2000, chr. 203, 207 et Thierry REVET, « Législation française en matière de droit privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000.172, 179.

³⁶ Il semble que, en principe, la déclaration ne pourrait être faite par courrier ou transmise par mandataire : Alain BÉNABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 448, p. 261. La circulaire n° 0002 du 11 octobre 2000 diffusée par le Ministère de la Justice auprès des greffes des tribunaux d'instance confirme cet énoncé. V. François SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n° 2 (A propos de la circulaire du 11 octobre 2000) », *J.C.P.*, éd. N., 2001.1959. Puisque la loi exige la présence des deux partenaires, lors de la remise de la déclaration, le PACS ne pourrait être valablement conclu à titre posthume : « Un PACS ne peut être régularisé à titre posthume », *J.C.P.*, éd. N., 2001.1520.

³⁷ C. civ., art. 515-3. Il semble que le tribunal d'instance a été préféré, après beaucoup d'hésitations, aux préfectures (moins solennelles et offrant moins de garanties), et aux mairies (trop solennelles et trop proches du mariage) : Jean-Jacques LEMOULAND, « Présentation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », D. 1999, chr. 483, 484.

³⁸ C. civ., art. 515-3 al. 2. Les partenaires devront également produire au greffier les pièces d'état civil permettant d'attester qu'il n'y a pas d'empêchement tenant à la parenté ou au mariage, de même qu'un certificat du greffe du tribunal d'instance du lieu de leur naissance attestant qu'il ne sont pas déjà liés par un autre PACS.

³⁹ C. civ., art. 515-3 al. 3 et al. 4.

⁴⁰ V. d'ailleurs Philippe LOYER, « Pacs (ohis) », *Gas. Pal.*, 2000.1, doct. 20.

⁴¹ C'est l'expression qui emploie François Courtray pour désigner ce registre : François COURTRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *Rev. dr. soc. et soc.*, 2000.1, 4.

⁴² C. civ., art. 515-3 al. 5. Le greffier destinataire a trois jours pour porter mention de la déclaration sur le registre *ad hoc* : art. 2, Décr. n° 99-1089 du 21 déc. 1999 (commenté dans Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 609, p. 241).
⁴³ C. civ., art. 515-3 al. 6. Selon le doyen Carboneur, l'inscription du PACS est indélébile sous une condition de validité et d'existence, ce qui en ferait un contrat solennel : Jean CARBONNIER, *Droit civil 2/La famille — L'enfant, le couple*, 20^e éd., retoumée, Paris, P.U.F., 1999, p. 697. Dans le même sens, v. Alain BÉNABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 447 et 450, pp. 260-262 et Bernard BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original », *Repertoir Deprésis*, 2001, doct. 232, 233.

Les partenaires pourront par la suite apporter toute modification au PACS, dans les limites déjà mentionnées, pour autant qu'ils produisent au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial une déclaration en ce sens, accompagnée de la nouvelle convention en double exemplaire. La déclaration de modification sera inscrite au registre central⁴⁴. La convention de modification sera ensuite restituée aux partenaires, après avoir été dûment visée et datée⁴⁵.

4. Dissolution

Le PACS prend fin par la volonté bilatérale ou unilatérale, exprimée dans les formes prescrites, par le mariage de l'un des partenaires ou par son décès⁴⁶. Les formalités applicables varient en fonction de la cause de la dissolution.

Lorsque les partenaires décident d'un commun accord de mettre fin au PACS, ils doivent remettre une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel l'un d'entre eux au moins a sa résidence. Le greffier doit inscrire cette déclaration sur un registre et en assurer la conservation. La date de la dissolution correspondra à celle de l'inscription de la déclaration conjointe⁴⁷.

Le PACS peut également être rompu à l'initiative d'un seul partenaire. Si tel est le cas, le partenaire à l'origine de la rupture devra signifier à l'autre sa décision et produire une copie de la signification au greffe du tribunal d'instance ayant reçu la déclaration initiale. La dissolution du PACS deviendra effective à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant la date de l'accomplissement de ces mesures de publicité⁴⁸.

Si l'un des partenaires se marie à un tiers, la loi lui impose l'obligation d'en informer l'autre par voie de signification. Une copie de la signification, accompagnée de l'acte de naissance portant mention du mariage, devra alors être adressée au greffe du tribunal d'instance ayant reçu la déclaration initiale. La date de la dissolution du PACS correspondra à celle du mariage⁴⁹.

Sur la question, V. également l'analyse de Jean HAUSER, « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *Repertaire Dèpêche* 2001, doc. n° 673.
⁴⁴ Aucune inscription de la modification du PACS ne sera portée aux registres au lieu de naissance de chaque partenaire : Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 609, p. 241.

⁴⁵ C. civ., art. 515-3 al. 7.

⁴⁶ C. civ., art. 515-7. Des règles particulières sont prévues pour permettre au tuteur ou au curateur nommé à l'un des partenaires d'enclencher le processus de dissolution : C. civ., art. 506-1.

⁴⁷ C. civ., art. 515-7 al. 1 et al. 7(1).

⁴⁸ C. civ., art. 515-5 al. 2 et al. 7(2). Si la rupture unilatérale initiée par l'un des partenaires, cause préjudice à l'autre et si les conditions dans lesquelles telle rupture a lieu le justifient, l'auteur du dommage pourrait, en raison de sa faute, être tenu de fournir réparation selon les principes ordinaires de responsabilité civile. On pense précisément au partenaire qui, à cette occasion, aurait eu un comportement « cavalier » ou « indigne ». V. C. civ., art. 515-7, al. 8 et Cons. constit. 9 nov. 1999, *D.* 1999, 419, considérant n° 70 cité dans Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 627, p. 248.

⁴⁹ C. civ., art. 515-5 al. 3 et al. 7(3). Selon le Conseil constitutionnel, si le législateur n'a prévu aucun délai entre la fin du PACS et le mariage, c'est parce qu'il voulait respecter l'exigence constitutionnelle de la liberté du mariage : Cons. constit. 9 nov. 1999, *D.* 1999, 419.

Enfin, lorsque le PACS prend fin par le décès de l'un des partenaires, le survivant ou tout intéressé doit produire au greffe du tribunal d'instance ayant reçu la déclaration initiale une copie de l'acte de décès. La date de la dissolution du PACS sera celle du décès⁵⁰.

En toutes circonstances, le greffier qui reçoit une déclaration de dissolution de PACS doit en faire mention en marge de la déclaration initiale. Il est également tenu de procéder ou de faire procéder à l'inscription de cette mention aux registres *ad hoc* tenus au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chacun des partenaires⁵¹.

Les partenaires doivent eux-mêmes régler la liquidation des droits et des obligations résultant du PACS. A défaut d'accord, le juge statuera « sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi »⁵². Aucune disposition précise n'encadre par ailleurs l'intervention judiciaire.

B. — La Cohabitation légale de la Belgique

A l'instar de la France, la Belgique a instauré, le 1^{er} janvier 2000, un nouveau cadre juridique, principalement destiné aux couples non mariés de même sexe ou de sexe différent⁵³. Connu sous le nom de « Cohabitation légale », ce cadre est contenu au Titre Vbis du Livre troisième du Code civil portant sur les régimes matrimoniaux et comporte cinq dispositions (1475-1479).

1. Définition et conditions de formation

L'article 1475 § 1^{er} définit la « cohabitation légale » comme étant la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration en ce sens à l'officier de l'état civil⁵⁴. Contrairement au PACS français,

considérant n° 69 cité dans Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 623, p. 247.

⁵⁰ C. civ., art. 515-5 al. 4 et al. 7(3). V. également art. 7, décret 99-1089 du 21 décembre 1999 cité dans Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 622, p. 247.

⁵¹ C. civ., art. 515-5 al. 5. Si l'un des partenaires n'est pas né en France, l'inscription devra être faite au tribunal d'instance de Paris.

⁵² C. civ., art. 515-5 al. 8. Rappelons qu'un partenaire pourra, au moment de la rupture et sous réserve de certaines exceptions, invoquer les dispositions du Code civil relatives aux attributions préférentielles : C. civ., art. 515-6. Notons également que l'article 2061 C. civ. prohibe la stipulation d'une clause compromissoire dans le PACS : Alain BIÉNABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Larcé, 2001, n° 496, p. 282.

⁵³ *Loi instaurant la cohabitation légale* (Dossier 1998-11-23/35). Il semble que la cohabitation légale ne soit qu'une étape provisoire, le conseil des ministres du gouvernement belge ayant adopté, le 22 juin dernier, un avant-projet de loi légalisant le mariage homosexuel. Cette loi pourrait entrer en vigueur au début de l'an 2002. V. Communiqué de presse émis par le Cabinet du ministre de la Justice le 22 juin 2001, disponible sur le site internet du ministère de la Justice de la Belgique à l'adresse www.vass.be/jurivieff ; également Nathalie DEBOIS, *Libération*, jeudi 5 avril 2001, p. 14.

⁵⁴ Outre les noms, prénoms, lieu et date de naissance des cohabitants, leur signature respective et l'adresse de leur domicile commun, cette déclaration doit faire mention de leur volonté de cohabiter légalement et préciser qu'ils ont tous deux pris connaissance des dispositions législatives régissant la « cohabitation légale ». C. civ., art. 1476 § 1^{er} al. 2.

la cohabitation légale n'est pas un contrat, mais un statut constitué aux termes d'une procédure d'enregistrement⁵⁵.

L'officier de l'état civil est tenu d'inscrire au registre de la population la déclaration ainsi produite après s'être assuré que les deux cohabitants répondent à deux conditions. Ceux-ci doivent être capables de contracter et ne doivent pas être liés par un mariage ou par une autre « cohabitation légale »⁵⁶.

Le Code civil ne prévoit aucune autre restriction. Contrairement au législateur français, le législateur belge n'a pas cru bon prohiber expressément la cohabitation légale entre personnes apparentées. Aucune disposition ou interprétation judiciaire ne vient par ailleurs préciser le sens de l'expression « vie commune ».

Indépendamment des motifs qui ont pu animer les parlementaires et des objectifs réellement poursuivis par les nouvelles mesures⁵⁷, la loi ne limite donc pas la cohabitation légale aux seules relations de type conjugal. Ainsi, une cohabitation légale pourrait être établie entre proches parents ou entre personnes qui partageraient le même toit sans toutefois partager le même lit⁵⁸.

Par ailleurs, les cohabitants n'ont pas à posséder la nationalité belge pour se prévaloir des nouvelles dispositions. Comme nous le verrons, ils ne pourront cependant avoir accès au régime d'enregistrement que s'ils détiennent une résidence commune sur le territoire belge⁵⁹.

2. Régime juridique

Les effets juridiques de la cohabitation légale diffèrent sensiblement de ceux du PACS. Tout comme les partenaires français, les cohabitants

⁵⁵ Pascal BATAURAIN, « La cohabitation légale : Mariage ou mitrage législatif », (1998) 120 *R. du N. belge* 618, 619.

⁵⁶ C. c., art. 1475 § 2 et 1476 § 1^{er} al. 3. Les mineurs, mineurs émancipés, interdits judiciaires et interdits légaux ne peuvent donc souscrire à une déclaration de cohabitation ; V. Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 198.

⁵⁷ « La Chambre des représentants a trouvé un compromis permettant de proposer un régime legal minimal à la communauté homosexuelle, d'un part, et, d'autre part, aux heterosexuels qui ne souhaitent pas contracter mariage » ; Rapport de la Commission de la Justice du Sénat (*Doc. Parl.*, Sénat, no. 1-916/5 --- 97-98), p. 5 (cité dans Jean-Louis RENCHON, « Marriage, cohabitation légale et union libre », dans Jacqueline POUËSSON-PÉTTI (dir.), *Elber. Anticomun Marie-Thérèse Mendler-Klein — Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549, à la page 557, note 8. V. également Pascal BATAURAIN, « La cohabitation légale : Mariage ou mitrage législatif », (1998) 120 *R. du N. belge*, 618, 620.

⁵⁸ Pascal BATAURAIN, « La cohabitation légale : Mariage ou mitrage législatif », (1998) 120 *R. du N. belge*, 618, 619 ; Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 196. V. aussi Michelle LAMENSCH, « Mode d'emploi », *Le Soir*, 3 sept. 1999, p. 17 et Daniel BORILLO, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », (2001) 46 *R.D. McGill* 875, 899.

⁵⁹ V. généralement Muriel JOSSEIJN-GALL, « Pacte civil de solidarité (PACS) : Quelques éléments de droit international privé », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.489 et Frédéric GRANET, « Pacte civil de solidarité : Aspects comparés et internationaux », *J.C.P.* éd. N. 2000.1.371, 372.

belges sont assujettis à un mini régime primaire. Ils doivent obligatoirement contribuer aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés respectives⁶⁰. Il sont également tenus solidairement responsables des dettes contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent⁶¹. A la différence des partenaires français, les cohabitants belges n'ont pas à s'apporter une « aide mutuelle et matérielle ». Toutefois, les mesures de protection relatives à la résidence familiale et aux meubles meublants appartenant aux époux mariés leur sont applicables, par simple renvoi⁶².

Quant au régime de biens destiné aux cohabitants belges, il se situe à l'opposé de celui instauré par le PACS. Alors que les partenaires français sont assujettis à un régime basé sur une présomption d'indivision, les cohabitants belges sont régis par une véritable séparation de biens : « Chacun des cohabitants légaux conserve les biens dont il peut prouver qu'ils lui appartiennent, les revenus que procurent ces biens et les revenus du travail »⁶³. Seuls les biens et revenus qui, faute de preuve, ne pourront être attribués exclusivement à l'un ou à l'autre des cohabitants, seront réputés indivis⁶⁴.

Par ailleurs, les nouvelles dispositions n'attribuent aucune vocation successorale particulière aux cohabitants. Elles ne s'intéressent pas davantage aux dimensions extrapatrimoniales de leur relation. Tout comme le PACS, la cohabitation légale ne reconnaît aucune prérogative aux cohabitants en matière de consentement aux soins. Le régime belge est également silencieux quant aux questions d'autorité parentale et de filiations biologiques et adoptive qui peuvent se poser durant leur union.

Horrmis les règles composant le mini régime primaire que leur impose le législateur et sous réserve de l'ordre public, des bonnes moeurs, des règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et à l'ordre légal des successions, les cohabitants peuvent établir, par convention, toute stipulation

⁶⁰ C. c., art. 1477 § 3. Sur la portée de cette obligation, v. Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 207.

⁶¹ Un cohabitant n'est pas tenu, cependant, si la dette contractée par l'autre est excessive eu égard à ses ressources. V. C. c., art. 1477 § 4 et Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 208.

⁶² C. c., art. 1477 § 2.

⁶³ C. c., art. 1478.

⁶⁴ Si le cohabitant légal survivant est un héritier du cohabitant prédecedant, l'indivision sera tenue, à l'égard des héritiers réservataires, du prédecedant, comme une libéralité, sauf preuve contraire ; C. c., art. 1478 al. 3. « Cette disposition signifie qu'une cohabitation légale avec un enfant ne peut porter atteinte à la réserve des autres enfants » ; *Rapport Van den bossche et Loefte*, p. 96 (cité dans Pascal BATAURAIN, « La cohabitation légale : Mariage ou mitrage législatif », (1998) 120 *R. du N. belge*, 618, 624). V. également Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 211-213.

visant à organiser leur relation ⁶⁵. Cette convention devra toutefois être passée devant notaire et faire l'objet d'une mention au registre de la population ⁶⁶. Le contenu de la convention demeurera donc secret, puisqu'il ne sera pas porté à l'attention des tiers ⁶⁷.

Sur le plan fiscal et social, les cohabitants sont, à toutes fins utiles, considérés comme de purs étrangers l'un par rapport à l'autre. Chacun est soumis à une imposition distincte : aucun ne peut prétendre à un statut particulier en matière de protection sociale ⁶⁸.

3. Dissolution

Les causes de dissolution de la cohabitation légale sont au nombre de trois ⁶⁹. L'acte de volonté bilatérale ou unilatérale exprimée dans une déclaration formelle ⁷⁰, le décès d'un des cohabitants ou son mariage avec un tiers ⁷¹.

Lorsque les deux cohabitants soumettent d'un commun accord mettre fin à la cohabitation légale, la déclaration formelle doit être remise à l'officier de l'état civil de la commune des deux parties ou, si les parties ne cohabitent plus, à l'officier de l'état civil de la commune du domicile de l'une d'elles. L'officier de cette commune devra alors, dans les huit jours et par lettre recommandée, notifier la cessation à l'officier de l'état civil de la commune du domicile de l'autre partie ⁷².

Lorsque la volonté de mettre fin à la cohabitation n'émane que d'une seule partie, la déclaration de « dissolution » doit, de la même manière,

⁶⁵ C. c., art. 1478 al. 4. Certains considèrent que les stipulations contractuelles ne peuvent porter que sur le régime des biens. Ainsi, les cohabitants ne pourraient pas prévoir de clause pénale contre celui qui, éventuellement, sera à l'origine de la rupture ou de clause établissant un droit à la pension alimentaire. De telles clauses aboutiraient, « vu leur caractère menaçant de sanction, à la consécration pure et simple du droit de chacun de mettre un terme à la convention » : Pascal BAURAIN, « La cohabitation légale : Mariage ou mariage législatif », (1998) 120 *R. du N. belge*, 624.

⁶⁶ La déclaration de cohabitation légale doit également mentionner l'existence d'une telle convention, le cas échéant : C. c., art. 1476 al. 2(6).

⁶⁷ Sur l'impossibilité de la convention face aux tiers, v. Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 216.

⁶⁸ Il semble que le gouvernement belge ait manifesté l'intention de mettre en place un système fiscal neutre vis-à-vis des choix de vie commune : mariage ou cohabitation. Le nouveau système supprimerait les discriminations qui existent entre les couples mariés, les cohabitants et les « isolés ». V. *Le Soir*, édition électronique du 3 sept. 1999, disponible sur le site internet du journal, à l'adresse <http://www.lesoir.be/ci/index.asp>; v. également Jean-Louis RENCHON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », dans Jacques POUSSON-PETIT (dir.), *Libert Anticonom Marie-Thérèse Meulders-Klein — Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549, pp. 551 et 566-567.

⁶⁹ C. c., art. 1476 § 2.

⁷⁰ Outre la date à laquelle les parties l'ont signée, cette déclaration doit indiquer les noms, prénoms, lieu et date de naissance des deux parties, ainsi que leur domicile. Elle doit également comporter une mention précisant la volonté des parties ou, selon le cas, d'une partie, de mettre fin à la cohabitation légale : C. c., art. 1476.

⁷¹ Aucun préavis n'est requis avant la célébration du mariage. V. Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195, 201.

⁷² C. c., art. 1476 § 2 al. 3.

être produite à l'officier de l'état civil de la commune des deux parties ou, à défaut, à l'officier de l'état civil de la commune du domicile de la partie à l'origine de la déclaration. L'officier saisi devra, par voie d'huissier et dans les huit jours, aviser l'autre partie de la dissolution du statut. Il devra aussi, le cas échéant, en notifier l'officier de l'état civil de la commune du domicile de cette autre partie ⁷³.

Quelle qu'en soit la cause, une mention de la dissolution de la cohabitation légale devra être portée au registre de la population ⁷⁴.

Contrairement au législateur français, le législateur belge a confié au tribunal certaines prérogatives susceptibles d'encadrer les litiges pouvant opposer les cohabitants avant et suite à la dissolution de leur union. Ainsi, dans la mesure où « l'entente entre les cohabitants est sérieusement perturbée », le juge de paix pourra ordonner, à la demande de l'un d'eux, les mesures urgentes et provisoires qu'il estime justifiées relativement 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 » ⁷⁵. Le juge devra fixer la durée des mesures qu'il ordonne. En toute hypothèse, celles-ci cesseront de produire leurs effets au jour de la dissolution de la cohabitation ⁷⁶.

Des mesures urgentes et provisoires pourront également être imposées après la dissolution du statut, pour autant qu'une demande en ce sens soit déposée au tribunal dans les trois mois de l'événement qui y donne lieu. La durée d'une telle ordonnance ne pourra toutefois excéder un an ⁷⁷.

II. L'AMÉRIQUE DU NORD

A. — Le « Civil Union » de l'État du Vermont (États-Unis)

La loi instituant le « *Vermont Civil Union* » est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000 ⁷⁸. Contrairement à la France où les débats législatifs se sont éternisés sur une décennie entière, le législateur du Vermont a été particulièrement prompt à élaborer son propre système d'enregistrement civil. Les circonstances peu banales ayant mené à l'adoption de cette loi méritent d'être soulignées.

Le véritable point de départ du processus législatif coïncide avec une importante décision du plus haut tribunal de l'État. En décembre 1999, la *Vermont Supreme Court* rendait un jugement unanime déclarant

⁷³ C. c., art. 1476 § 2 al. 4.

⁷⁴ C. c., art. 1476 § 2 al. 6.

⁷⁵ C. c., art. 1479.

⁷⁶ C. c., art. 1479 al. 2.

⁷⁷ C. c., art. 1479 al. 3.

⁷⁸ *An Act Relating to Civil Unions*, *Vt. Stat. Ann. Tit. 15, § § 1201-1207* (Supp. 2000). Pour un résumé des différentes étapes ayant mené à l'adoption de cette loi et des réactions qu'elle a soulevées, v. « Homosexuality (Same Sex) (Civil Unions / Marriage in Vermont — Background, Legislation, Responses », publiée à l'adresse internet <http://www.religioustolerance.org/boom-marh.htm>

inconstitutionnelle la disposition d'une loi du Vermont niant aux couples de même sexe les bénéfices accordés aux couples mariés⁷⁹. Plutôt que de s'en tenir à cette conclusion, le tribunal s'est senti justifié d'indiquer au législateur deux options susceptibles de corriger la situation. La première consisterait à autoriser le mariage entre personnes de même sexe. La deuxième serait de créer un régime parallèle leur permettant de jouir des mêmes droits et d'être assujettis aux mêmes obligations que les couples mariés⁸⁰.

En intégrant au Titre 15 des Statuts du Vermont le Chapitre 23 portant sur les unions civiles (art. 1201-1207), le législateur a choisi la deuxième option qui, de toute évidence, représentait le seul compromis possible entre les tendances conservatrices et libérales du Vermont⁸¹.

1. Définition et conditions de formation

L'union civile est beaucoup plus qu'un contrat ou qu'un simple statut. Il s'agit d'une véritable institution parallèle au mariage. A défaut d'attribuer aux couples de même sexe le droit de convoler en justes noces, le législateur du Vermont a véritablement créé, à leur bénéfice, un régime juridique susceptible de répondre à leurs aspirations les plus ambitieuses, du moins en principe.

Les principales conditions d'éligibilité sont prévues au nouvel article 1202. Pour pouvoir conclure une union civile, les candidats doivent être de même sexe, ne pas être déjà engagés dans une autre union civile ou dans un mariage et ne pas être, l'un par rapport à l'autre, des parents en ligne directe au deuxième degré ou en ligne collatérale au troisième degré inclusivement⁸². Le nouveau régime est donc exclusif aux couples de

⁷⁹ *Baker v. State*, 10 *Vt. L. Wk.* 363, 744 A.2d 864, 867 (1999).

⁸⁰ Certains ont vivement dénoncé la décision de la Cour, en prétendant qu'en agissant de la sorte, le tribunal s'était arrogé le droit de redéfinir le mariage et avait, d'une certaine façon, usurpé les prérogatives du législateur. V. David ORGON (COOLIDGE) et William C. DUNKAN, « Beyond Baker: The Case for a Vermont Marriage Amendment », (2000) 65 *Vt. L. Rev.* 61. V. également les commentaires formulés dans Harry D. KRAUSE, « Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex — or Not at All? », (2000) 34 *Family Law Quarterly* 271, 282 et Donald G. CASSWELL, « Moving Toward Same-Sex Marriage », (2001) 80 *R. du B. can.* 810, 839-840.

⁸¹ « Ultimately, in a compromise that neither group preferred, the legislators created a new institution called « civil unions ». David L. CHAMBERS, « The Baker Case, Civil Unions, and the Recognition of Our Common Humanity: An Introduction and a Speculation », (2000) 25 *Vt. L. Rev.* 5, 7. V. également Harry D. KRAUSE, « Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex — or Not at All? », (2000) 34 *Family Law Quarterly* 271, 283 et Harvard Law Review Editors, « Recent Legislations — Domestic Relations — Same-Sex Couples — Vermont Creates System of Civil Unions », (2001) 114 *Harv. L. Rev.* 1421. Parallèlement, notons que le législateur du Vermont a formellement défini le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme: § 1201(4).

⁸² Article § 1203. Le législateur a cependant adopté d'autres dispositions, dans le but d'attribuer aux personnes apparentées qui cohabitent certains privilèges légaux. En signant un acte notarié et en procédant au dépôt de cet acte auprès d'un fonctionnaire public, ces personnes peuvent bénéficier du statut de « reciprocal beneficiaries » qui leur permet d'exercer l'une à l'égard de l'autre des prérogatives en matière de consentement aux soins et d'accès aux dossiers médicaux. V. *An Act Relating to Civil Unions*, (*Vt. Stat. Ann. Tit.*) 15, § 8 § 1201-1306 (Suppl. 2000). Étonnamment, selon des statistiques émises en janvier 2001, nul ne s'était encore prévalu de ces nouvelles mesures législatives en date du 29 décembre 2000, soit 6

même sexe⁸³. Contrairement aux législateurs français et belge, le législateur du Vermont n'a pas cherché, directement ou indirectement, en à élargir la portée.

En outre, les candidats doivent être majeurs et susceptibles de donner un consentement valable. Les majeurs totalement inaptes ne peuvent donc s'engager dans une union civile. Les majeurs partiellement inaptes le pourraient, mais seulement dans la mesure où le consentement écrit du représentant légal (« guardian ») a été obtenu.

Aucune condition de citoyenneté ou de résidence n'est par ailleurs imposée. Ainsi, des personnes domiciliées dans d'autres États américains ou dans d'autres pays pourraient valablement contracter une union civile au Vermont, qu'elles possèdent ou non la citoyenneté américaine et qu'elles aient ou non une résidence dans l'État du Vermont⁸⁴.

2. Aspects procéduraires

La formation de l'union civile est organisée à la manière d'un véritable mariage. Moyennant certains frais administratifs minimes, le couple doit d'abord obtenir une licence (« civil union licence ») d'un officier municipal de la municipalité où l'un des deux partenaires réside (« town clerk ») ou, si aucun ne réside au Vermont, de tout officier exerçant dans une municipalité du Vermont⁸⁵.

Après avoir vérifié l'éligibilité du couple à l'union civile⁸⁶ et lui avoir fourni une liste énonçant les différentes conséquences juridiques qui

mois après leur entrée en vigueur: Legislative Council, *Report of the Vermont Civil Union Review Commission*, Montpelier (Vermont), janv. 2001, publié à l'adresse internet <http://www.leg.state.vt.us/baker/eurreport.htm>.

⁸³ Les premières statistiques sur le « civil union » ont été émises en janvier 2001: « The Office of Vital Statistics has provided preliminary data on civil unions for the period of July 1, 2000 through December 29, 2000. During that period, there were a total of 1,527 civil unions certified, registered, and filed with Office of Vital Statistics. Male unions represent 35% of the civil unions (535), and female unions represent 65% (992) ». V. Legislative Council, *Report of the Vermont Civil Union Review Commission*, Montpelier (Vermont), janv. 2001, publié à l'adresse internet <http://www.leg.state.vt.us/baker/eurreport.htm>.

⁸⁴ Reste à savoir si l'État ou le pays dans lequel le couple réside ou est domicilié en reconnaît les effets. Sur la question, voir *ibid.*. Les statistiques émises en janvier 2001 permettent de saisir la popularité hors Vermont du « civil union »: « Of the 3054 parties to a civil union, 22% (673) are Vermont residents. The other 78% (2381) are from other states: Washington, D.C. and other countries; After Vermont, the largest number of parties to a civil union are residents of New York, Massachusetts and California. Non-U.S. residents hailed from Canada, England, Venezuela, Mexico, Philippines, Australia, Netherlands, Germany, India, and Guatemala ». V. Legislative Council, *Report of the Vermont Civil Union Review Commission*, Montpelier (Vermont), janv. 2001, publié à l'adresse internet <http://www.leg.state.vt.us/baker/eurreport.htm>.

⁸⁵ Les officiers municipaux doivent être dûment nommés par le fonctionnaire d'État connu sous le nom de « Commissioner of health ».

⁸⁶ Articles § 5160(a) et § 5161(a) et § 5162. Les articles § 5162(c) et § 5163(b) établissent les sanctions applicables à l'officier qui délivrerait une licence à des partenaires non éligibles ou sans égard aux conditions prescrites par la loi.

en résultent⁸⁷, l'officier doit présenter la licence aux partenaires pour signature et leur en remettre un exemplaire.⁸⁸

Dans un délai de 60 jours de la délivrance, le couple doit produire la licence ainsi obtenue à une personne habilitée à en assurer la certification et, incidemment, à procéder à la « célébration » de l'union civile.⁸⁹ Il pourra s'agir d'un juge d'un tribunal de droit commun, d'un juge de paix (« *justice of the peace* ») ou d'un membre du clergé (« *member of the clergy* ») répondant à certaines conditions bien précises.⁹⁰ L'union pourra être célébrée à tout endroit situé à l'intérieur des limites territoriales du Vermont.

La loi ne prévoit aucune règle particulière quant au déroulement de la cérémonie. Certains guides administratifs proposent toutefois un minimum de décorum :

« *Some authorities say that a minimum ceremony conducted by a judge or justice involves saying the words « By the authority vested in me by the State of Vermont, I hereby join you in civil union »* »⁹¹.

Après certification par le célébrant compétent, la licence devra, dans un délai de 10 jours, être retournée à l'officier municipal concerné, lequel aura l'obligation d'en assurer la conservation dans un registre spécialement constitué à cette fin.⁹²

⁸⁷ Article § 5160(f).

⁸⁸ La licence devra évidemment faire mention de certaines informations nominatives concernant les partenaires. Ceux-ci devront accessoirement produire un affidavit dans lequel au moins l'un d'entre eux attestera de la véracité des éléments qui y sont mentionnés : Articles § 5160(a) et § 5162(b).

⁸⁹ A l'expiration du délai de 60 jours, la licence délivrée cesse de produire ses effets. Si un célébrant procède à la célébration de l'union civile sans avoir préalablement obtenu la licence ou après l'expiration du délai prescrit, il s'expose à certaines amendes : article § 5165(b)(1).

⁹⁰ Article § 5164. L'article § 5166(b) prévoit qu'une union civile certifiée par un célébrant incompétent peut être validée dans la mesure où aucun des partenaires n'avait connaissance de la cause d'incompétence et que chacune des autres conditions prévues par la loi est rencontrée. Le paragraphe (a) du même article établit les sanctions applicables au pseudo-célébrant.

⁹¹ Vermont Office of the Secretary of State, *The Vermont Guide to Civil Unions*, avril 2000, disponible à l'adresse internet <http://www.sec.state.vt.us/pubs/civilunions.htm>. V. aussi Isabelle GREGOIRE, « Les mariés du Vermont », *L'actualité*, janv. 2001, p. 36. Il semble qu'un certain décorum existe également dans les États scandinaves et aux Pays-Bas. « Dans les États scandinaves et aux Pays-Bas, il y a véritable célébration du partenariat, calquée sur celle du mariage et à laquelle les couples homosexuels tiennent particulièrement » : Frédérique CRANET, « Pacte civil de solidarité. Aspects comparés et internationaux », *J.C.P.*, éd. N. 2000, 1371, 373. Ce décompte tranche avec la « froideur » qui entoure l'enregistrement du PACS par le greffier du tribunal d'instance. À propos du régime français, le professeur Bernard Beignier écrit : « Les partenaires se plaignent parfois, à ce que l'on rapporte, de la froideur de ce qui est tout sauf une cérémonie » ; Bernard BEIGNIER, « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original », *Repertorie Defrinois* 2001, doct. 232, 234. Le professeur Jean-Henri qualifie quant à lui de « opération de gâchet » le processus d'enregistrement du PACS suivi dans nombre de greffes : Jean HANSEY, « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *Repertorie Defrinois* 2001, doct. 673, 678.

⁹² Article § 5160(b). Si un célébrant ne retourne pas la licence certifiée à l'officier municipal concerné, il s'expose à certaines amendes : Article § 5165(b)(2).

La licence certifiée est assimilée à un acte de l'état civil. Des copies pourront en être délivrées par un officier municipal ou régional (« *county clerk* »), par un fonctionnaire d'État connu sous le nom de « *commissioner of health* » ou par le directeur de l'état civil (« *director of public records* »)⁹³, selon des modalités équivalentes à celles applicables aux actes de mariage. Les dispositions qui en encadrent la confection et la délivrance sont d'ailleurs contenues dans le même statut que celui qui prévoit les conditions relatives au « *Marriage Records and License* ».

3. Régime juridique

La portée juridique de l'union civile est en tout point similaire à celle du mariage. Ainsi, le nouvel article 1203 de la loi énonce :

« *Parties to a civil union shall have the same benefits, protections and responsibilities under law, whether they derive from statute, administrative or court rule, policy, common law or any other source of civil law, as are granted to spouses in marriage* ».

Les partenaires d'une union civile sont donc considérés de la même façon que les conjoints mariés, sans aucune distinction, que ce soit dans le cadre de lois sociales, fiscales ou civiles. Ainsi, les partenaires sont assujettis à une obligation alimentaire mutuelle, bénéficient de droits de succession, font l'objet d'une présomption de « parentalité » à l'égard de l'enfant né durant l'union⁹⁴, peuvent adopter des enfants en commun⁹⁵ et doivent administrer et partager leurs biens respectifs, selon les mêmes paramètres et suivant les mêmes modalités que les conjoints mariés⁹⁶.

Tout comme les époux, les partenaires ont également le loisir de modifier le contenu obligationnel de leur union aux termes d'un contrat. A cet égard, le législateur renvoie simplement aux règles de *common law* régissant les « *antenuptial agreements* » auxquels les époux peuvent avoir accès. Signations qu'aux termes de telles conventions, les époux peuvent adopter différentes dispositions pour aménager le cadre de leurs relations patrimoniales, en fonction de leurs besoins particuliers⁹⁷.

Il importe de mentionner que l'union civile du Vermont n'est aucunement reconnue par le législateur fédéral américain, de sorte que les partenaires ne peuvent jouir d'aucun des droits qui sont accordés aux époux

⁹³ Article § 5167 et § 1207. Des corrections pourront par la suite y être apportées, selon des modalités précises : V. Article § 5168. En outre, aux termes de l'article § 5169, une procédure judiciaire en constitution d'acte civil est prévue pour les partenaires dont l'union, véritablement célébrée, n'aurait fait l'objet d'aucune licence certifiée.

⁹⁴ Article § 1204(f).

⁹⁵ Il faut noter que le droit des conjoints homosexuels d'adopter un enfant en commun existait avant l'entrée en vigueur de la loi instituant l'union civile : V. *Vt. Stat. Ann. Tit. 15A, § 1-102(b)* (Supp. 2000). V. également Barbara J. COX, « Essay : But why not Marriage? An Essay on Vermont's Civil Union Law, Same-Sex Marriage, and Separate but (Unequal) » (2000) *Vt. L. Rev.* 113.

⁹⁶ V. d'ailleurs la longue énumération, non limitative, de statuts modifiés de manière à assimiler la notion de partenaires d'union civile à celle d'époux : § Article 1204(e).

⁹⁷ Article 1205.

aux termes de lois nationales⁹⁸. Par ailleurs, il est loin d'être certain que l'union civile produira des effets à l'extérieur des frontières du Vermont⁹⁹. Ainsi, les Vermontois, dûment unis en vertu des nouvelles dispositions, ne jouiront pas nécessairement des protections juridiques que leur confère l'union civile lorsqu'ils déménageront dans un autre État américain. Il en est de même des couples domiciliés hors Vermont qui, une fois leur union célébrée, réintégreront leur lieu de domicile.

4. Dissolution

La dissolution de l'union civile ne fait pas l'objet d'un régime particulier. Encore une fois, le législateur procède par renvoi aux dispositions portant sur le mariage. Les règles, principes, procédures et conditions relatives à la séparation des époux, à la nullité du mariage et au divorce s'appliquent donc à l'union civile, compte tenu des adaptations nécessaires. Ainsi, le nouvel article 1206 dispose :

« *The family court shall have jurisdiction over all proceedings relating to the dissolution of civil unions. The dissolution of civil unions shall follow the same procedures and be subjects to the same substantive rights and obligations that are involved in the dissolution of marriage [...]* »¹⁰⁰.

Contrairement aux législateurs belge et français, le législateur vermontois n'a donc pas voulu adopter un régime de rupture simplifié. Manifestement, la dissolution d'une union civile ne constitue pas, à ses yeux, une affaire purement privée qui doit être laissée à la discrétion des partenaires ou à l'un d'entre eux. Il s'agit d'un processus judiciaire où le tribunal est appelé, en principe, à jouer un rôle de premier plan.

⁹⁸ Le législateur fédéral a d'ailleurs adopté récemment une loi définissant le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme: *Defence of Marriage Act*, 1 U.S.C. § 7 (Supp. V 1999). V. également Barbara J. COX, « Essay: But why not Marriage? An Essay on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate but Unequal », (2000) *Vt. L. Rev.* 113 et Harry D. KRAVITZ, « Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex — or Not at All? », (2000) 34 *Family Law Quarterly* 271-280-281.

⁹⁹ Voir Barbara J. COX, « Essay: But why not Marriage? An Essay on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate but Unequal », (2000) *Vt. L. Rev.* 113 et « Legal Marriage Report — Global Status of Legal Marriage », Partners, juin 2001, Seattle, Washington, publié à l'adresse internet <http://www.huddlybuddy.com> Plusieurs États seraient d'ailleurs sur le point d'adopter (si ce n'est pas déjà fait) des règles législatives interdisant toute reconnaissance des unions civiles sur leur territoire juridictionnel: « State Legislative Reactions to Suits for Same-Sex Marriage », Partners, mai 2001, Seattle, Washington, publiée à l'adresse internet <http://www.huddlybuddy.com> Il est tout de même intéressant de noter que, entre la date d'entrée en vigueur de la loi et le mois d'avril 2001, 1532 couples de même sexe provenant de plus de 40 États américains s'étaient prévalus des nouvelles dispositions. On peut en conclure que, au-delà de l'incertitude qui plane quant aux effets de l'union civile en dehors des frontières du Vermont, ses fonctions symboliques revêtent une très grande importance: « Civil Unions — The Vermont Approach », Partners, avril 2001, Seattle, Washington, publié à l'adresse internet <http://www.huddlybuddy.com>.

¹⁰⁰ L'article § 1204(d) précise d'ailleurs que « The law of domestic relations, including annulment, separation and divorce, child custody and support, and property division and maintenance shall apply to parties to a civil union ».

B. — Le « Domestic Partnership » de la Nouvelle-Écosse (Canada)

La Nouvelle-Écosse est la toute première province canadienne à avoir institué un régime d'enregistrement civil des unions de fait¹⁰¹. A l'instar du législateur vermontois, le législateur néo-écossais ne peut toutefois s'attribuer le mérite d'avoir initié le processus ayant mené à l'adoption du nouveau régime. Il a plutôt réagi aux conclusions d'une décision de la Cour d'appel de la province ayant déclaré discriminatoires, sur la base de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰², les dispositions de la *Marital Property Act*¹⁰³ réservant le partage des biens matrimoniaux aux seuls couples mariés¹⁰⁴. Bien qu'il n'ait pas jugé bon de décaler les options à la disposition du législateur, le tribunal lui a néanmoins accordé un délai d'un an pour rectifier la situation.

Le législateur a répondu aux prescriptions judiciaires par l'adoption de la *Law Reform (2000) Act*¹⁰⁵, en vigueur depuis le 4 juin dernier¹⁰⁶. Cette loi outrepassa toutefois les attentes exprimées dans le jugement de la Cour d'appel en réorganisant, en trois volets complémentaires, le cadre juridique de l'union de fait.

Dans un premier volet, la loi étend *de plano* à l'ensemble des conjoints de fait, tant hétérosexuels que homosexuels, les prérogatives jusqu'alors réservées aux couples mariés aux termes des différentes législations à caractère social et fiscal¹⁰⁷. Le législateur néo-écossais imite ainsi le législateur fédéral et certains législateurs provinciaux qui sont récemment intervenus pour intégrer les conjoints de même sexe dans le champ d'application de telles législations.

Dans un deuxième volet, le législateur réagit à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *M. c. H.*¹⁰⁸ en assujettissant les conjoints de même sexe qui cohabitent depuis au moins deux ans à la même obligation alimentaire mutuelle que celle qui était déjà imposée aux conjoints mariés

¹⁰¹ Tout récemment, après la réclamation de ce texte, le Québec est devenu la seconde province à suivre le mouvement législatif. V. loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c. 6. V. également Alain ROY, « Partenariat civil et couples du même sexe: la réponse du Québec », (2001) 35 *Revue juridique Thémis*, 663.

¹⁰² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11].

¹⁰³ R.S.N.S. 1989, c. 275.

¹⁰⁴ *Widh e. Bana*, [2000] N.S.J. No. 117, 19 avril 2000. V. également « New Rules Protect Common-Law and Same-Sex Couples Service Nova Scotia and Municipal Relations », *Service Nova Scotia and Municipal Relations*, 1^{er} juin 2001, publié sur le site internet du gouvernement de la Nouvelle-Écosse à l'adresse <http://www.gov.ns.ca/news>

¹⁰⁵ R.S.N.S. 2000, c. 29.

¹⁰⁶ *Id.*, art. 46(1). Notions que les modifications apportées aux législations fiscales sont quant à elles, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2001: Art. 46(2).

¹⁰⁷ *Id.*, art. 9 à 31.

¹⁰⁸ [1999] 2 R.C.S. 3. Rappelons que dans cette affaire, la Cour a jugé contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]) la disposition de la *Ontario Family Act* (R.S.O. 1990, c. F-3) quant aux conjoints de fait homosexuels le droit reconnu aux conjoints mariés ou unis de fait hétérosexuels de se réclamer l'un de l'autre une pension alimentaire. En somme, le tribunal a jugé discriminatoire l'exclusion d'un couple, sur la base de l'orientation sexuelle des conjoints.

et aux conjoints de fait hétérosexuels aux termes de la *Maintenance and Custody Act*¹⁰⁹.

Enfin, dans un troisième volet, la nouvelle loi instaure un régime d'enregistrement civil des unions de fait en ajoutant à la *Vital Statistics Act*¹¹⁰ une partie intitulée « *Domestic Partners* »¹¹¹.

1. Définition et conditions de formation

En choisissant d'intégrer le partenariat domestique dans la *Vital Statistics Act*¹¹², le législateur néo-écossais dévoile clairement ses intentions. Prenant place à la suite des règles relatives à l'enregistrement des naissances, des mariages, des décès et des autres événements vitaux (« *Other Vital Events* »), les nouvelles dispositions consacrent la création d'un véritable état civil. Les conditions d'adhésion au nouveau statut traduisent également la volonté du législateur d'en faire un succédané du mariage. Suivant le nouvel article 53(1) de la *Vital Statistics Act*¹¹³, seules les personnes qui cohabitent ou entendent cohabiter dans une relation de type conjugal (« *in a conjugal relationship* ») peuvent obtenir du fonctionnaire chargé d'administrer le registre de l'état civil de la province (« *Registrar* ») l'enregistrement d'une déclaration de partenariat¹¹⁴. Les couples de même sexe ou de sexe différent peuvent donc adhérer au régime¹¹⁵, mais non les personnes apparentées qui partagent le même toit dans une dynamique d'interdépendance.

Par ailleurs, contrairement au législateur du Vermont, le législateur néo-écossais a choisi de limiter l'accès à son régime aux seuls résidents de la Nouvelle-Écosse, de même qu'à ceux et celles qui y possèdent une propriété immobilière¹¹⁶, sans égard, toutefois, à leur citoyenneté et au lieu de leur domicile.

Certaines conditions relatives à la capacité et au consentement des partenaires doivent également être soulignées. Seuls les majeurs non mariés ou non engagés dans un partenariat avec une autre personne sont autorisés à s'enregistrer, pour autant qu'ils puissent exprimer un consentement valable¹¹⁷. Aucune assistance juridique ne leur est imposée. La loi précise en toutes lettres qu'une déclaration demeure valable même si les partenaires

ou l'un d'eux n'ont pu bénéficier de l'éclairage d'un conseiller juridique indépendant¹¹⁸.

La déclaration de partenariat doit être signée par les deux partenaires, devant un ou plusieurs témoins¹¹⁹. Elle doit ensuite être remise au fonctionnaire chargé d'administrer le registre de l'état civil¹²⁰. Celui-ci doit alors vérifier l'éligibilité des candidats, prélever les frais d'inscription et procéder à l'enregistrement formel de la déclaration¹²¹.

Il est intéressant de noter que l'enregistrement n'est pas une condition de fond du partenariat. Ainsi, les nouvelles dispositions prévoient expressément qu'une déclaration non inscrite produira néanmoins tous ses effets juridiques entre les partenaires. Elle demeurera également valide vis-à-vis des tiers, pour autant que les partenaires puissent prouver leur engagement¹²².

2. Régime juridique

Les partenaires se voient automatiquement attribuer les droits et les obligations reconnus aux couples mariés aux termes des législations suivantes¹²³, tant durant l'union qu'au moment de sa dissolution¹²⁴. Tel qu'on le remarquera, le seul titre des lois énumérées laisse présumer des matières concernées : *Fatal Injuries Act*; *Health Act*; *Hospital Act*; *Insurance Act*; *Interstate Succession Act*; *Maintenance and Custody Act*; *Matrimonial Property Act*; *Member's Retiring Allowance Act*; *Pension Benefits Act*; *Probate Act*; *Provincial Court Act*; *Testator's Family Maintenance Act*.

En accordant aux partenaires des droits aussi fondamentaux que ceux établis aux termes des lois susmentionnées, notamment en matière de consentement aux soins, d'accès au dossier médical, de succession *ab intestat*, de pension alimentaire *post-mortem*, d'administration et de partage de biens, le législateur néo-écossais se montre plus « généreux » que les législateurs français et belge à l'égard des couples non mariés qui souhaitent obtenir un certain encadrement juridique. Il demeure toutefois plus « réservé » que le législateur vermontois en leur niant le droit d'adopter conjointement des enfants¹²⁵ et de bénéficier d'une présomption de

¹¹⁸ *Id.*, art. 56(1)(b).

¹¹⁹ *Id.*, art. 53(2).

¹²⁰ « Registrar » means the Registrar General and includes the Deputy Registrar General and any person appointed to perform the functions of the Deputy Registrar General during his absence or incapacity : *Id.*, art. 2(18).

¹²¹ *Id.*, art. 54(1). Selon l'article 56(2), l'enregistrement d'une déclaration invalide n'aura pas pour effet de la régulariser. Cependant, les tiers que se seraient fiés en toute

bonne foi aux apparences demeureront protégés : art. 56(5)(a).

¹²² *Id.*, art. 54(3).

¹²³ *Id.*, art. 54(2).

¹²⁴ *Id.*, art. 55(3).

¹²⁵ Notons que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse vient tout juste de déclarer

contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982)], R.-U., c.

111), la disposition législative refusant aux conjoints non mariés, qu'ils soient hétérosexuels

ou hétérosexuels, le droit d'adopter un enfant en commun : *Re Nova Scotia (Birth Registration*

No. 1999-02-004200), [2001] 1 N.S.J. No. 261, 28 juin 2001.

¹⁰⁹ R.S.N.S. 1989, c. 160, *V. Law Reform (2000) Act*, R.S.N.S. 2000, c. 29, art. 1 à 31.

¹¹⁰ R.S.N.S. 1989, c. 494.

¹¹¹ *Law Reform (2000) Act*, R.S.N.S. 2000, c. 29, art. 45.

¹¹² R.S.N.S. 1989, c. 494.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*, art. 53.

¹¹⁵ Donald G. CASSWELL, « Moving Toward Same-Sex Marriage », (2001) 80 *R. d. B. can.* 810, 819.

¹¹⁶ *Id.*, art. 53(4).

¹¹⁷ *Id.*, art. 56(4). La partie lésée pourra obtenir réparation pour les dommages subis,

de même que les tiers qui se seraient fiés en toute bonne foi aux apparences : Art. 56(5)(b).

Par ailleurs, la loi prohibe expressément les partenariats simulés, en mentionnant qu'une

déclaration produite par des parties dont l'intention est d'en obtenir la révocation demeure

invalide : Art. 56(1)(b).

« parentalité » à l'égard des enfants nés durant leur union. En somme, la législation néo-écossaise élève les partenaires au même rang que les conjoints mariés, sauf en matière de filiation biologique et adoptive et, incidemment, d'autorité parentale.

Mentionnons que les règles relatives à l'administration et au partage des biens conjugaux prévues dans la *Matrimonial Property Act*¹²⁶, de même que celles qui concernent le soutien alimentaire que se doivent les conjoints en vertu de la *Maintenance and Custody Act*¹²⁷, peuvent, en principe, être réaménagés aux termes de conventions particulières¹²⁸. On ne saurait donc qualifier d'impératif le « cadre patrimonial privé » du partenariat domestique. De la même manière que les conjoints mariés et suivant des conditions similaires¹²⁹, les partenaires peuvent conventionnellement déroger au régime légal afin d'organiser le cadre de leurs relations en fonction de leurs besoins particuliers. A l'intérieur de certaines limites, ils peuvent également stipuler une clause compromissoire dans le but de soustraire à la juridiction du tribunal les conflits susceptibles de les opposer¹³⁰. Aucune procédure d'enregistrement de telles conventions ne semble toutefois avoir été prévue par le législateur.

3. Dissolution

Les causes de dissolution du partenariat domestique sont au nombre de quatre : le consentement mutuel des partenaires exprimée dans une déclaration de terminaison (« *statement of termination* »)¹³¹, le mariage de l'un d'eux¹³², leur séparation pendant au moins un an, dans la mesure où cette séparation est intentionnelle pour au moins l'un d'entre eux¹³³ et la production d'un arrangement écrit pouvant être qualifié de « *separation agreement* » aux termes de la *Maintenance and Custody Act*¹³⁴. Curieusement, la loi ne classe pas le décès de l'un des partenaires au rang des causes de dissolution. Le législateur a sans doute considéré que l'évidence ne méritait pas d'être expressément mentionnée. On constatera également qu'un seul partenaire ne peut unilatéralement et sans préavis mettre fin au partenariat.

¹²⁶ R.S.N.S. 1989, c. 275.
¹²⁷ R.S.N.S. 1989, c. 160.
¹²⁸ V. les articles 4(1) et 23 à 25 de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 et les articles 4 et 52 de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160. En matière d'obligation alimentaire, le juge n'est pas, cependant, lié par la convention des parties.
¹²⁹ Ces conventions doivent être consignées par écrit et portées la signature des parties, devant témoins : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, art. 24.
¹³⁰ *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, art. 30.
¹³¹ *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494, art. 55(1a).
¹³² *Id.*, art. 55(1) (c).
¹³³ *Id.*, art. 55(1)(b). La computation du délai d'un an répond aux mêmes principes que ceux énoncés dans la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) ch. 3, V. *Id.*, art. 55(2) et 55(3).
¹³⁴ R.S.N.S. 1989, c. 160, V. *Id.*, art. 55(1a). Selon l'article 52 de cette loi, un juge peut, avec le consentement de chaque partie, inscrire, dans un registre judiciaire, un arrangement convenu par les parties relativement à la garde et au soutien alimentaire de leurs enfants et considéré conforme à l'intérêt de ces derniers.

Sur la foi de la déclaration commune des parties, d'un affidavit attestant de leur séparation, de l'acte prouvant le mariage ou de l'arrangement écrit, selon le cas, le registraire devra faire mention de la fin du partenariat dans le registre¹³⁵.

CONCLUSION

L'étude comparative qui précède aura permis de saisir les diverses formes que peut emprunter le partenariat civil. On imagine facilement les dilemmes déchirants auxquels ont eu à faire face les législateurs qui ont choisis de répondre aux aspirations des couples de même sexe à travers l'établissement d'un tel régime. Chacune des dimensions du partenariat civil est de nature à soulever un véritable débat de fond et à alimenter la controverse. Mais hormis les déchirements et les débats, il importe aujourd'hui de prendre acte des résultats législatifs obtenus et, éventuellement, d'en évaluer la légitimité et la pertinence, eu égard aux revendications exprimées par les couples de même sexe. Bien que cette question déborde largement du cadre de notre propos, il nous apparaît intéressant de soumettre, en conclusion, quelques-unes des réflexions que nous inspirent les diverses formes d'aménagement législatif du partenariat civil mises en relief dans les pages précédentes.

A travers leurs revendications, les couples de même sexe manifestent essentiellement deux grands besoins complémentaires. Ils souhaitent, d'une part, obtenir une meilleure protection juridique et, d'autre part, une plus grande reconnaissance sociale. Il s'agit là, à notre avis, d'une double indissociable. Or, le régime législatif établi dans certains pays néglige le besoin de reconnaissance sociale des couples de même sexe, en leur proposant un cadre purement instrumental.

Ainsi, le législateur français limite les fonctions du PACS à l'attribution d'un certain nombre de droits et d'obligations traditionnellement associés au mariage. Il entend procurer aux partenaires une certaine protection juridique, sans pour autant leur octroyer un véritable statut civil consistant au registre de l'état civil, symbole par excellence de l'existence sociale et juridique des personnes et de leurs institutions¹³⁶. On se rappellera que le PACS est formellement défini comme un contrat. On se souviendra également que le législateur français a déployé moult efforts pour éviter qu'on ne puisse l'assimiler, de près ou de loin, à une véritable institution concurrente au mariage. En somme, le PACS est dénué de toute fonction symbolique¹³⁷.

¹³⁵ *Id.*, art. 57.

¹³⁶ Le professeur Guy Raymond écrit : « [...] Le Pacte civil de solidarité demeure un acte sous seing privé qui n'entraîne aucune conséquence sur l'état des personnes : il n'y a lieu à l'établissement d'aucun acte de l'état civil. Le greffier du tribunal d'instance se borne à enregistrer un acte sous seing privé conclu par les deux partenaires » : GUY RAYMOND, « Pacte et droit des contrats », *Contr. conc. cons.*, 2000, ch. 4, 5.

¹³⁷ V. cependant Marc MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.*, 2001, 601, 622.

Au contraire, les régimes mis en place aux termes des lois du Vermont, de la Nouvelle-Écosse et de la Belgique cherchent manifestement à répondre aux deux besoins ¹³⁸. En accordant aux partenaires qui satisfont aux exigences de la loi un véritable état civil, ces législations leur confèrent un statut social et juridique qui officialise leur relation de manière probante.

On peut légitimement présumer que les couples homosexuels ne se contenteront nullement d'un régime législatif leur appliquant, par analogie, certaines des dispositions régissant les relations patrimoniales et extrapatrimoniales des conjoints mariés, sans plus. Ils auront tôt fait d'accuser le législateur d'aborder leur relation sous un angle instrumental et, partant, extrêmement réducteur. A défaut de reconnaître le mariage homosexuel, il importe, nous semble-t-il, d'aménager, au bénéfice des couples de même sexe, une plate-forme de rayonnement social susceptible de répondre, ne serait-ce que partiellement, à leur soit de légitimité ¹³⁹.

Par ailleurs, d'importants questionnements demeurent quant à l'aménagement des conditions de formation du partenariat civil. Comme on l'aura remarqué, les lois étudiées proposent différents modèles plus ou moins inclusifs ¹⁴⁰. A l'une des extrémités du pôle se trouve le régime vermontois auquel seuls les couples de même sexe peuvent avoir accès. Les législations française et néo-écossaise se partagent la position moyennement autorisant l'ensemble des couples à adhérer au partenariat civil, quelle que soit leur orientation sexuelle. La loi belge occupe l'autre bout du pôle en permettant aux frères et aux autres unités non conjugales d'intégrer le cadre juridique nouvellement instauré.

Aucun modèle législatif ne semble à l'abri des critiques. Ainsi, certains partisans de la cause homosexuelle dénoncent vivement l'effet de ghettoïsation résultant d'une plate-forme législative limitée aux seuls couples de même sexe. Quel que soit l'enjeu en cause, ils estiment qu'aucune mesure ségrégationniste ne pourra permettre aux couples homosexuels de jouir d'une pleine reconnaissance sociale ¹⁴¹. Au contraire, d'autres rejettent

¹³⁸ V. cependant, à propos du régime belge, Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195.
¹³⁹ V. Martha BAILEY, « Le mariage et les unions libres », étude publiée sur le site internet de la Commission du droit du Canada à l'adresse <http://www.edc.gc.ca>. Évidemment, plusieurs continueront néanmoins de réclamer du législateur une intervention pour ouvrir le mariage aux couples de même sexe; le mariage représentant la consécration ultime de leur reconnaissance sociale et juridique. En ce sens, v. notamment Bruce MACDODD/GALL, « The Celebration of Same Sex Marriage », (2000-2001) 32 *R.D. (Ottawa)* 235 et Donald G. CASSWELL, « Moving Toward Same-Sex Marriage », (2001) 80 *R. du B. (can.)* 810, 854.

¹⁴⁰ Sur cet aspect, Marc Mignot observe : « Par delà l'expression de partenariat enregistré, qui est fort trompeuse en ce qu'elle semble revêtir partout la même signification, se cache une réalité qui n'est pas la même dans tous les pays »; Marc MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *R.I.D.C.* 2001, 601, 603. V. également les commentaires formulés dans Frédérique GRANET, « Paie civil de solidarité. Aspects comparés et internationaux », *J.C.P.* éd. N. 2000, 1371.

¹⁴¹ Barbara J. COX, « Essay : But why not Marriage? An Essay on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate but Unequal », (2000) *Vt. L. Rev.* 113. Pour une perspective similaire, v. Martha A. McCARTHY et Joanna L. RADBORD, « Family Law for Same Sex Couples : Chartering the Course », (1998) 15 *Revue Canadienne de droit familial* 101, 123.

lent la perspective d'un régime accessible à l'ensemble des couples, tout sexe confondu, voire aux frères et autres relations non conjugales. On ne peut valablement, prétendent-ils, offrir une seule et même réponse législative à des réalités aussi différentes, sans banaliser ou diluer les aspirations des uns et des autres ¹⁴².

S'il est difficile de déterminer l'orientation qui, à court terme, appuiera le mieux la cause homosexuelle, on peut croire qu'à long terme, les couples de même sexe seront desservis par les régimes qui leur sont réservés. En effet, les régimes accessibles aux seuls couples homosexuels, comme celui du Vermont, pourraient bien devenir la réponse définitive à leurs revendications et, partant, couper court à leur quête vers le mariage homosexuel. On est tenté d'y voir, en filigrane, une véritable transaction mettant fin aux discussions : l'exclusivité du mariage aux couples de sexe différent troquée contre l'exclusivité du partenariat civil aux couples de même sexe. L'égalité est atteinte, mais par une voie parallèle ¹⁴³.

En revanche, les régimes les plus inclusifs, à l'image de ceux de la Belgique, de la France et de la Nouvelle-Écosse, laissent le débat entièrement ouvert. Si les couples hétérosexuels conservent le choix entre le partenariat civil et le mariage, tel n'est pas le cas des couples de même sexe. Ceux-ci demeurent donc objectivement désavantagés. On ne peut alors prétendre à l'égalité, sous une forme ou sous une autre. Loin d'être une solution *a priori* définitive, le partenariat civil se pose alors en termes d'étape transitoire. Il prend l'allure d'une halte sur le parcours menant au mariage homosexuel ¹⁴⁴.

¹⁴² Rénv CABRILLAC, « Libres propos sur le PACS : l'appel, l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale », *D.* 1999, chr. 71, 73. Notons que chez les hétérosexuels, l'établissement d'un régime de partenariat civil ouvert à tous les conjoints, indépendamment de leur orientation sexuelle, ne recueillent pas un appui unanime. Se portant à la défense des valeurs matrimoniales traditionnelles, les plus conservateurs s'opposent à l'instauration d'un statut concurrent au mariage; Jean-Louis RENCHON, « Marriage, cohabitation légale et union libre », dans Jacqueline POUSSON-PETTIT (dir.), *Libre Amour/Marie-Thérèse Mudders-Klein — Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549, à la p. 560. V. également François COURTRAY, « Paie civil de solidarité : une occasion manquée », *Rev. Dr. soc. et soc.* 2000, 1, 18. Dans le même sens, v. Gérard CORNU, *Droit civil de la famille*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 53, pp. 115-116.

¹⁴³ Certains dénoncent vivement cette approche qu'ils assimilent à la doctrine ségrégationniste sous le nom de « Separate but Equal ». V. notamment, Barbara J. COX, « Essay : But why not Marriage? An Essay on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate but Unequal », (2000) *Vt. L. Rev.* 113; Donald G. CASSWELL, « Moving Toward Same-Sex Marriage », (2001) 80 *R. du B. (can.)* 810, 853-854 et Martha A. McCARTHY et Joanna L. RADBORD, « Family Law for Same Sex Couples : Chartering the Course », (1998) 15 *Revue Canadienne de droit familial* 101, 123. Sur le sujet, v. également les commentaires formulés dans Harry D. KRALUSE, « Marriage for the New Millennium : Heterosexual, Same Sex — or Not at All? », (2000) 34 *Family Law Quarterly* 271, 287 et dans *Harvard Law Review Editors*, « Recent Legislations — Domestic Relations — Same-Sex Couples — Vermont Creates System of Civil Unions », (2001) 114 *Hart. L. Rev.* 1421, 1425.

¹⁴⁴ Pour un exposé sur le phénomène de hiérarchisation des ordres conjugaux, v. Daniel BORILLO, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », (2001) 46 *R.D. McGill* 875.

Certes, chacune des facettes du partenariat civil pourrait faire l'objet d'une longue dissertation. L'organisation du régime juridique, de même que les circonstances menant à sa dissolution, pour ne nommer que celles-là, soulèvent des questions fort intéressantes. Une étude subséquente, davantage critique qu'analytique, pourrait utilement s'y attarder.