



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Droit conjugal et unions de même sexe - Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens

Waldijk, C.; Fassin, E.

Citation

Waldijk, C., & Fassin, E. (2008). *Droit conjugal et unions de même sexe - Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*. Paris: Presses Universitaires de France. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14524>

Version: Not Applicable (or Unknown)

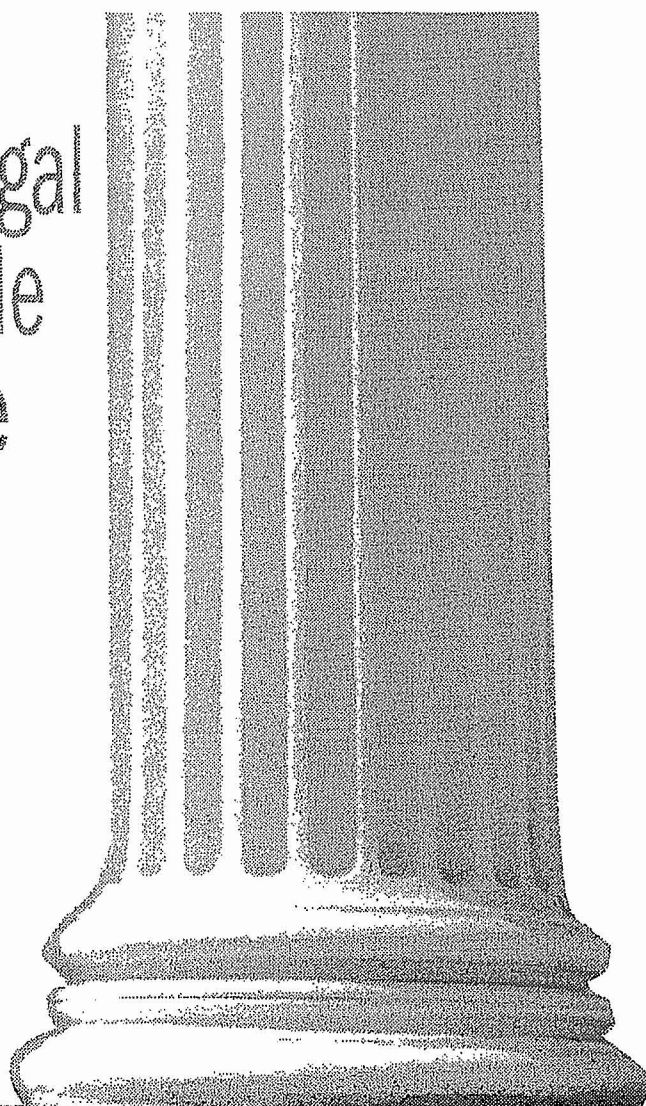
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14524>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Droit conjugal et unions de même sexe

Mariage,
partenariat
et concubinage
dans neuf pays
européens



Kees Waaldijk
Éric Fassin

Préface de Marie Digoix
et Patrick Festy

Les Notes

Droit
et justice

puf

*Droit conjugal
et unions de même sexe*

DROIT ET JUSTICE
Collection de la Mission de recherche Droit et Justice

Les Notes de la Mission

La *Mission de recherche Droit et Justice* est un groupement d'intérêt public (GIP) créé en 1994 à l'initiative du ministère de la Justice et du CNRS. Elle apporte son concours à la définition, la mise en œuvre et la valorisation de la recherche dans les domaines du droit et de la justice et s'attache à susciter des échanges et des débats entre les chercheurs, les universitaires, les magistrats, les avocats, les notaires et autres professionnels du droit.

La série des « Notes de la Mission » complète celle des « Études » dans la collection Droit et Justice. Elle souhaite contribuer aux débats sur la justice en proposant, sous un format condensé, à un large public, un accès à des analyses et à des réflexions issues de la recherche sur le droit et la justice.

Mission de recherche Droit et Justice

Téléphone : 01 44 77 66 60 – Télécopie : 01 44 77 66 70
Site Internet : www.gip-recherche-justice.fr
Mél : mission@gip-recherche-justice.fr

Droit conjugal
et unions de même sexe
Mariage, partenariat
et concubinage
dans neuf pays européens

Kees WAALDIJK
Éric FASSIN

Préface de Marie Digoix
et Patrick Festy



Presses Universitaires de France

ISBN 978-2-13-056249-8

Dépôt légal — 1^{re} édition : 2008, avril

© Presses Universitaires de France, 2008
6, avenue Reille, 75014 Paris

Sommaire

Préface par Marie Digoix et Patrick Festy, 6

Niveaux de conséquences juridiques du mariage, du partenariat enregistré, et de la cohabitation informelle pour les partenaires de sexe différent et de même sexe : une analyse comparative,
par Kees Waaldijk, 9

1. Introduction, 9
 2. Méthodologie, 11
 3. Le caractère juridique du mariage, 14
 4. Le caractère juridique du partenariat enregistré, 16
 5. Le caractère juridique de la cohabitation informelle, 20
 6. Niveaux de conséquences juridiques, 23
 7. Les niveaux de conséquences juridiques du mariage civil, 25
 8. Les niveaux de conséquences juridiques de la cohabitation informelle, 27
 9. Le niveau de conséquences juridiques du partenariat enregistré, 30
 10. L'exclusion (et l'inclusion progressive) des couples de même sexe, 33
 11. Conclusions, 38
- Liste des items inclus dans le questionnaire, 41
- Graphiques circulaires des conséquences juridiques dans le champ de la parentalité et de la filiation (items A1-7), 44
- Graphiques circulaires des conséquences juridiques non-parentales et non-matérielles (items C1-9), 45

Questions sociologiques : des unions plus ou moins légitimes,
par Éric Fassin, 48

1. Trois arguments, 48
2. Évolutions et progrès, 51
3. Récits alternatifs, 53
4. Droit et société, 55
5. Des questions, autant que des réponses, 58

Références, 63

Préface

Faire couple, c'est mettre en œuvre diverses formes publiques et privées d'une relation. Vivre séparément, cohabiter, enregistrer un partenariat ou se marier sont, selon les pays, les configurations offertes. Au-delà de la signification privée, ces différentes manières de s'unir revêtent des effets juridiques. Que les individus y aient accès ou non selon leur type de couple ou qu'ils aspirent ou non à y avoir accès, a des incidences sur les attitudes et les comportements.

Depuis 1989 où le Danemark pour la première fois en Europe reconnaît le couple de même sexe en légalisant son union par un statut de quasi-mariage, peu de recherches en sciences sociales ont été effectuées pour comprendre la signification des intentions étatiques, communautaires et individuelles allant dans ce sens. Pourtant, souvent au cœur du débat public dans des sociétés de plus en plus ouvertes à la lutte contre les discriminations, un nombre croissant de pays suit le chemin pris par le Danemark, certains pour des motifs politiques, d'autres pour des raisons sociales. En 2004, neuf pays avaient adopté des lois reconnaissant le couple homosexuel par l'introduction du partenariat enregistré. Des questions commençaient alors à se profiler dans les esprits : pourquoi ici, plutôt qu'ailleurs ? Combien ici, combien ailleurs et pourquoi ?

Comme tout nouvel objet de recherche, la construction des analyses se confronte aux aléas d'un existant sociologique éloi-

gné de la problématique et, dans ce cas précis, d'un thème sujet à la stigmatisation donc sensible, de sources parcellaires et particulièrement biaisées.

L'étude de Kees Waaldijk a été conçue dans le cadre d'une recherche interdisciplinaire sur les couples de même sexe et l'enregistrement de leur union en Europe menée à l'Institut national d'études démographiques. En conduisant une recherche comparative internationale, l'INED s'est fixé comme objectif d'établir des éléments de réponse qui prendraient en compte les individus, en mesurant les taux d'enregistrement dans les différents pays, mais aussi les cadres sociaux et juridiques révélés par les niveaux d'offre de la reconnaissance des couples afin de nourrir les analyses sociologiques de cette reconnaissance au niveau local comme au niveau international et la manière dont elle était vécue par les individus¹.

C'est le volet juridique de cette recherche agrémenté d'une lecture sociologique d'Éric Fassin qui est présenté dans ce livre. Kees Waaldijk a réuni des informations spécifiques sur les propriétés légales s'attachant aux différents types de couples, qu'ils soient de même sexe ou non, qu'ils aient enregistré ou non leur union, car les individus évoluent dans un contexte qui les réfère inmanquablement à un existant indépendant du fait que la norme tend à se déplacer, rendant le mariage moins central dans la vie d'un couple. Ainsi, la comparaison des droits offerts aux couples homo- et hétérosexuels enregistrés et de ceux des couples non mariés est un élément aussi déterminant dans le contexte social que les simples droits attachés aux lois ayant trait à l'union.

En abordant sa comparaison par le prisme du mariage, loi reconnue internationalement comme accordant le maximum de droits au couple, référent symbolique et juridique au niveau national, Kees Waaldijk produit un outil de recherche qui permet de comparer le niveau international de reconnaissance des

1. Un premier bilan de cette recherche a été rédigé à l'intention du GIP Justice qui en a financé une partie dans le document suivant : Digoix, Marie ; Fassin, Éric ; Festy, Patrick ; Stefánsson, Kolbeinn & Waaldijk, Kees – *Les couples homosexuels et l'enregistrement de leur union*. – Rapport final de recherche. – [Paris : INED] 2005. – 350 p.

couples quel que soit leur arrangement de sexe. Mais aussi, grâce à la comparaison avec les conséquences juridiques s'appliquant à la cohabitation, le travail de Kees Waaldijk permet de se replacer dans un contexte national où le mariage, tout comme les nouvelles lois, n'a pas la même signification et les mêmes caractéristiques légales selon les pays. Ainsi, tout en donnant des indications sur les valeurs accordées à l'institution, l'étude permet de mieux interpréter les caractéristiques de la loi concernant les couples de même sexe, voire d'établir un niveau de reconnaissance du couple homosexuel, indépendant de celle-ci.

Si besoin est, on soulignera l'importance majeure de la recherche comparative internationale pour notre compréhension des institutions qui règlent la vie de couple. On ne retiendra dans cette préface que l'exemple que donnent les deux auteurs en mesurant l'inégale portée juridique du mariage dans les différents pays d'Europe et en montrant que le mariage « pèse moins lourd » ici, quand les systèmes de protection sociale s'adressent directement à l'individu, et « plus lourd » là, où une série d'avantages restent réservés à ceux qui vivent à deux, en particulier dans un couple légalement reconnu. Mais on trouvera dans l'ouvrage qui suit bien d'autres éléments de réflexion qui, à travers le droit comparé des institutions conjugales, nous entraînent dans une sociologie européenne du couple, voire de la famille.

Marie Digoix & Patrick Festy,
Institut national d'études démographiques
 11 mai 2007

*Niveaux de conséquences juridiques du mariage,
du partenariat enregistré,
et de la cohabitation informelle
pour les partenaires de sexe différent
et de même sexe : une analyse comparative*

Kees WAALDIJK¹

1. Introduction

Par l'institution du *mariage civil*, tous les pays d'Europe reconnaissent et réglementent les couples de sexe différent. Le mariage en tant qu'institution légale peut être caractérisé comme une forme de partenariat entre deux personnes créé par un acte formel d'enregistrement, et entraînant un certain nombre de conséquences juridiques (de droits et d'obligations, à la fois entre les partenaires et entre les partenaires et autrui, y compris l'État). Depuis les années 1970, de plus en plus de

1. Dr C. Waaldijk (c.waaldijk@law.leidenuniv.nl) est maître de conférences au E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Universiteit Leiden, Pays-Bas (www.emmeijers.nl/waaldijk). Ce texte est largement fondé sur l'« Analyse comparative » dans le rapport édité et coécrit par l'auteur : *More or less together : Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*. Documents de travail n° 125, Institut national d'études démographiques (INED), Paris, 2005 (voir http://www.same-sex.ined.fr/intro_pub.htm). Une version anglaise de ce texte sera publiée aux États-Unis par le Haworth Press, dans un livre dirigé par Stefano Fabeni et Helmut Graupner intitulé *Partnership & Parenting in the Twenty-First Century*, et simultanément dans le *Journal of Homosexuality*.

L'auteur remercie Marie Digoix et Patrick Festy (INED), pour avoir rendu cette étude possible, Wout Morra (étudiant en droit et assistant de recherche à Leiden) et Riekje Boumlak (secrétaire au Meijers Institute), pour leur aide pendant son déroulement. À eux ainsi qu'à Kenneth Norrie à Glasgow, Tim Hopkins à Édimbourg, Hans Ytterberg à Stockholm, Daniel Borrillo et Éric Fassin à Paris, l'auteur exprime sa gratitude pour leurs avis aux diverses étapes de la conception et du développement de cette étude.

Ce texte, comme le rapport sur lequel il est fondé, vise à refléter les lois nationales dans leur état début 2004. Quelques développements plus récents sont mentionnés dans les notes, et à la fin du paragraphe 10.

pays européens ont étendu un nombre croissant de ces conséquences juridiques à des partenaires non mariés vivant en *cohabitation informelle*. Cette reconnaissance légale de la cohabitation informelle a parfois été limitée aux couples de sexe différent, et a parfois inclus les couples de même sexe. Depuis 1989, plusieurs pays européens ont introduit des *partenariats enregistrés*, une institution légale plus ou moins analogue au mariage dont résultent certaines ou la plupart des conséquences juridiques du mariage. Dans certains pays, le partenariat enregistré est uniquement proposé aux couples de même sexe, alors que dans d'autres, il est également proposé aux couples de sexe différent. De plus, depuis 2001, quelques pays européens ont étendu le mariage civil aux couples de même sexe¹.

À la suite de ces évolutions², le domaine du « droit de la famille » (au sens large du terme) est devenu plus complexe et plus varié (et plus ouvert aux droits des homosexuels) qu'auparavant. Les juristes eux-mêmes ont rarement une vision complète des différences entre les conséquences juridiques du mariage, de la cohabitation et du partenariat enregistré dans leur propre pays, et *a fortiori* dans les autres. Au cours des années à venir, ces évolutions toucheront d'autres pays. Il devient donc à la fois plus intéressant et moins aisé d'analyser ce domaine juridique. Le défi est de réussir à effectuer des comparaisons dans cinq « dimensions » au moins : entre mariage, partenariat enregistré et cohabitation, entre partenaires de sexe différent et de même sexe, entre divers domaines du droit privé et du droit public, entre différents pays, et entre aujourd'hui et les années ou décennies passées.

Nous avons créé un outil permettant d'effectuer une analyse comparative aussi complexe³. Il s'appelle Niveau de Conséquences Juridiques, ou NCJ (en anglais : Level of Legal Consequences, ou LLC).

1. Pour une discussion des différentes approches utilisées par les juristes pour classer et dénommer les différents types de statuts relationnels, voir Waaldijk, 2004, p. 569-571.

2. Et de l'instauration du partenariat enregistré dans certaines régions suisses et espagnoles (rappelons que l'enquête précède l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en Espagne en 2005, qui ne figure donc pas parmi les neuf pays).

3. Voir note, p. 9.

L'analyse porte sur les neuf pays européens qui début 2004 avaient introduit une forme de partenariat enregistré au niveau national : l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas et la Suède. Cette étude est le résultat de la coopération de neuf juristes¹ dans le cadre d'un projet multidisciplinaire de l'Institut national d'études démographiques (INED) sur le phénomène des partenariats enregistrés. Ce projet englobe également des sociologues, des historiens, des statisticiens et des démographes. Le fruit de leurs travaux a été et sera publié par ailleurs².

2. Méthodologie

Nous utilisons un questionnaire (sous la forme de tableaux) à remplir par un juriste de chacun des pays concernés. Pour ce questionnaire, trente-trois conséquences juridiques possibles du mariage/du partenariat/de la cohabitation ont été sélectionnées et divisées en trois champs :

- (A) « *conséquences parentales* » (*parentalité et filiation*),
- (B) « *conséquences matérielles* » et
- (C) « *autres conséquences juridiques* »³.

En sélectionnant ces conséquences (parmi les centaines de droits et d'obligations légales liés au mariage dans la plupart des pays), notre intention était d'inclure des conséquences juridiques pouvant avoir de l'importance pour des individus examinant l'impact juridique d'un type spécifique de relation, et/ou des conséquences mises en avant dans le débat légal ou

1. L'auteur remercie les huit juristes qui ont fait l'essentiel du travail en rédigeant les chapitres nationaux pour cette étude : Olivier De Schutter (Belgique), Dirk Siegfried (Allemagne), Søren Baatrup (Danemark), Rainer Hiltunen (Finlande), Daniel Borrillo (France), Hrefna Fridriksdóttir (Islande), John Asland (Norvège) et Hans Ytterberg (Suède). Le chapitre pour les Pays-Bas a été réalisé par Kees Waaldijk.

2. Les premiers résultats de ce projet furent présentés lors d'une conférence à Stockholm, Suède, en septembre 2003. Le compte-rendu de la conférence est dans : Digoix & Festy, 2004.

3. Pour une liste complète des conséquences juridiques, voir l'annexe en fin de texte. Les conséquences matérielles (B) ont été subdivisées en trois : *conséquences matérielles en droit privé*, *conséquences matérielles positives en droit public*, et *conséquences matérielles négatives en droit public*.

politique sur la diversité relationnelle et la non-discrimination. Toutefois, certaines conséquences répondant à ces critères (sur le terrain de la sécurité sociale, par exemple) ont été laissées de côté car la comparaison entre les pays aurait été trop complexe ou trop difficile. Le questionnaire a été finalisé en prenant en compte les suggestions de plusieurs juristes et non-juristes de différents pays de modifier la sélection de conséquences juridiques et de les rédiger de façon plus claire et plus précise. Chacun des juristes remplissant le questionnaire était invité à ajouter une conséquence juridique du mariage revêtant une importance particulière dans son pays, mais cela n'a entraîné aucune suggestion supplémentaire.

Pour compléter notre perspective du mariage, du partenariat enregistré et de la cohabitation, nous avons introduit des tableaux contenant des questions sur :

(D) *les interdictions de discrimination liée au statut civil et à l'orientation sexuelle,*

(E) *les types de couples répondant aux conditions requises par le mariage ou le partenariat enregistré,*

(F) *les autorités habilitées à former un mariage ou un partenariat enregistré, et*

(G) *les procédures mettant fin à un mariage ou à un partenariat enregistré.*

Il a été demandé à chaque juriste d'indiquer dans quelle mesure une conséquence juridique (ou une condition, une procédure, etc.) s'applique aux cohabitants de même sexe et/ou de sexe différent, aux partenaires enregistrés de même sexe et/ou de sexe différent, et aux conjoints mariés de même sexe et/ou de sexe différent. Pour chaque type de relation, il fallait répondre à chaque question par l'une de ces six réponses précodées : « oui », « oui, mais », « non, mais », « non », « incertain », ou « non applicable ». La source juridique de chaque réponse devait être indiquée dans une note où la réponse pouvait également être précisée ou nuancée. Pour permettre une approche plus uniforme et donc plus comparable, les juristes ont reçu un document contenant des indications spécifiques et générales sur la façon de lire et de remplir le questionnaire. Pour la même

raison, les réponses et les notes fournies par les juristes ont fait l'objet d'une discussion avec le coordinateur de l'étude, ce qui a pu entraîner des corrections et des clarifications de ces réponses et de ces notes. Les neuf questionnaires remplis sont devenus les neuf chapitres nationaux du rapport *More or less together*.

Pour calculer le niveau de conséquences juridiques (NCJ), chaque réponse dans les tableaux a reçu une valeur allant de 0 point pour « non » à 3 points pour « oui ». Les points ont été additionnés par tableau pour les différents types de relations. Pour permettre une analyse comparative, les nombres de points ont ensuite été traduits en pourcentage, sachant que le NCJ du mariage entre personnes de sexe différent a été toujours considéré comme 100 %. Il est ainsi devenu possible d'évaluer quel était dans chaque pays le pourcentage des conséquences juridiques (examinées dans l'étude) du mariage de sexe différent disponibles, par exemple, pour les cohabitants de même sexe ou pour les partenaires enregistrés de sexe différent. Dans la vue d'ensemble comparative de cette étude, les nombres de points de NCJ et les pourcentages correspondants figurent dans des tables comme celle donnée au paragraphe 6, ci-dessous, et sont représentés sous forme de graphiques circulaires¹.

En se basant sur les neuf études nationales, et sur la vue d'ensemble comparative des informations recueillies dans chaque pays, ce texte vise à une première analyse comparative des données². En premier lieu, nous aborderons le caractère juridique du mariage civil, du partenariat enregistré et de la cohabitation informelle. En deuxième lieu, nous porterons notre attention sur les niveaux de conséquences juridiques que l'on rencontre pour chaque type de relation. En troisième lieu, nous nous interrogerons sur ce que cela nous enseigne sur l'exclusion (et l'inclusion) légale des couples de même sexe.

1. Pour une sélection de ces graphiques, voir l'annexe en fin de texte. Tous les chapitres, les tableaux et les graphiques circulaires du rapport peuvent être consultés sur internet (voir note, p. 9).

2. Voir aussi Fassin, ci-dessous.

3. Le caractère juridique du mariage

Cette étude s'intéresse au mariage civil (ainsi qu'au partenariat enregistré et à la cohabitation informelle) en tant qu'institution juridique. Cela signifie que d'autres aspects du mariage (sociaux, psychologiques, religieux, économiques...) sont laissés de côté. En tant qu'institution juridique, le mariage peut être décrit comme une forme de partenariat entre deux personnes créé par un acte formel d'enregistrement et dont résultent un certain nombre de droits et d'obligations légales (à la fois entre les partenaires et entre les partenaires et autrui, y compris l'État). La loi établit des *conditions* qui doivent être remplies par les deux personnes voulant se marier, régit les *procédures* à suivre pour former un mariage ou y mettre fin, et indique quelles *conséquences juridiques* découlent d'un mariage.

Ces caractéristiques de la loi et du mariage se retrouvent dans chacun des neuf pays observés. En effet, l'enquête montre de grandes similarités entre les neuf pays pour ce qui est des conditions, des procédures et des conséquences juridiques du mariage.

Dans tous les pays sauf la Belgique et les Pays-Bas, une des conditions du mariage est que les partenaires soient de sexe différent. Cette condition n'a été supprimée que récemment en Belgique (2003) et aux Pays-Bas (2001). Dans chacun des neuf pays, une condition est qu'un partenaire ne peut être une sœur, un frère, un parent ou un enfant de l'autre partenaire (voir E11 et E12)¹. Cette condition s'applique également aux mariages entre personnes de même sexe en Belgique et aux Pays-Bas. Concernant les non-résidents et les étrangers, les neuf

1. Toutes les références, comme « E11 » ici, renvoient aux items correspondants du questionnaire (voir l'annexe en fin de texte) et des chapitres nationaux qui en découlent, ainsi que de la vue d'ensemble du rapport *More or less together*. Il faut aussi noter que, dans un but de clarté, les distinctions qui ont été respectées dans les chapitres nationaux et la vue d'ensemble comparative, entre « oui » et « oui, mais », et entre « non » et « non, mais », ont été largement ignorées ici dans les paragraphes sur le caractère juridique du mariage, du partenariat enregistré et de la cohabitation. Le lecteur qui chercherait des détails juridiques et des nuances, ou des références complètes aux lois en vigueur, consultera les chapitres nationaux du rapport.

pays sont plutôt libéraux. Seule la France exige qu'au moins l'un des partenaires soit résident (voir E5, E7 et E10). Aux Pays-Bas (et en Belgique pour les mariages entre personnes de même sexe), au moins l'un des partenaires doit être un ressortissant ou un résident (voir E10). Dans tous les autres pays (et en Belgique pour les mariages entre personnes de sexe différent), ni la citoyenneté ni la résidence ne sont requises.

Entre les neuf pays, les similarités quant aux procédures sont également considérables. Dans chacun d'entre eux, un mariage est formé devant une autorité publique (voir F1, F2, F4, F6 et F7). Toutefois, dans les cinq pays nordiques, un mariage civil entre personnes de sexe différent peut également être formé à l'église (voir F5), ce qui n'est pas possible en Allemagne, en Belgique, en France et aux Pays-Bas. Dans chacun des neuf pays, on peut mettre fin à un mariage au tribunal (voir G1). Toutefois, au Danemark, en Islande, en Norvège et aux Pays-Bas, on peut également y mettre fin hors du tribunal (si certaines conditions sont remplies, voir G4 et G7).

Il existe de grandes similarités entre les pays sur les conséquences juridiques liées au mariage¹. Pourtant, des 33 conséquences juridiques considérées dans cette étude, 12 seulement s'appliquent au mariage entre personnes de sexe différent dans chaque pays², et une seulement dans aucun pays (B10, impact positif de la relation sur la sécurité sociale de base). Une conséquence s'applique dans un seul pays, la Suède (B14, impôts fonciers plus élevés) ; cinq conséquences s'appliquent dans tous les pays sauf un³. Pour ce qui est de l'applicabilité des conséquences juridiques, les variations entre les pays concernent surtout l'autorité parentale et l'adoption individuelle (A3 et A6),

1. Rappelons que pour les besoins de l'étude, nous présupposons toujours que les conjoints mariés ou enregistrés vivent ensemble, même lorsque ce n'est pas requis par la loi.

2. Les douze items sont : A1 (paternité), A2 (procréation assistée), A4 et A5 (adoption), A7 (famille d'accueil), B3 (pension alimentaire), B5 (compensation en cas de décès accidentel), B6 (succession *ab intestat*), B13 (taxes de succession), C2 (immigration), C7 (don d'organe) et C8 (maintien dans le logement). Voir aussi l'annexe en fin de texte.

3. Les cinq items sont : B16 (réduction des allocations sociales) et C3 (citoyenneté) pas en Norvège, C1 (nom) pas en Islande, C4 (droit de ne pas témoigner) pas en France, et C6 (plus proche parent pour des besoins médicaux) éventuellement pas en Allemagne.

les biens et les dettes communs (B1, B2 et B4), la fiscalité (B7, B8 et B15), l'assurance maladie publique et la retraite (B9, B11, B12 et B17), la protection contre les violences domestiques (C5), et l'obligation de relations sexuelles (C9).

En Belgique comme aux Pays-Bas, les conséquences du mariage de même sexe sont presque les mêmes que celles du mariage de sexe différent. Dans aucun des deux pays, la conjointe de la mère ne devient automatiquement parent légal du nouveau-né (A1). La différence principale entre les deux pays était (avant 2006) que l'adoption conjointe et l'adoption des enfants du partenaire (A4 et A5) n'étaient pas encore possibles pour les conjoints de même sexe en Belgique.

4. Le caractère juridique du partenariat enregistré

Une forme de partenariat enregistré a été introduite dans chacun des neuf pays¹, où il est conçu comme une institution légale *plus ou moins analogue* au mariage². Il peut donc également être caractérisé comme une forme de partenariat entre deux personnes créé par un acte formel d'enregistrement et dont résultent un certain nombre de droits et d'obligations légales (à la fois entre les partenaires et entre les partenaires et autrui, y compris l'État)³. Il serait intéressant d'examiner dans quelle mesure les aspects non juridiques du partenariat enregistré (sociaux, psychologiques, économiques, religieux, etc.) sont également analogues à ceux du mariage, mais cela dépasse le champ de cette étude.

Comme le droit du mariage, les règles légales du partenariat enregistré mettent l'accent sur les *conditions* à remplir par les deux personnes voulant enregistrer leur partenariat, sur les *procédures* à suivre pour fonder un partenariat enregistré ou y mettre fin, et sur les conséquences juridiques qui en résultent.

1. C'est la raison pour laquelle ces neuf pays ont été choisis.

2. Nous y reviendrons plus longuement à la fin de ce paragraphe.

3. Sur la ligne de démarcation entre partenariat « enregistré » et cohabitation « informelle », voir aussi De Schutter, 2005, p. 50, et Fridriksdóttir, 2005, p. 122-123.

Sur ces trois aspects, l'étude révèle des similarités importantes entre les neuf pays, même si elles sont moindres que celles concernant le mariage.

Partout sauf en France, en Belgique et aux Pays-Bas, une des conditions du partenariat enregistré est que les partenaires soient du même sexe. À l'origine (Danemark, 1989 ; Norvège, 1993 ; Suède, 1995 ; Islande, 1996), le partenariat enregistré est destiné à des couples *n'ayant pas le droit* de se marier du fait que le mariage exige des partenaires de sexe différent. Des législations plus récentes sur le partenariat enregistré aux Pays-Bas (1998), en France (1999) et en Belgique (2000) sont destinées non seulement à des couples de même sexe, mais aussi à des couples de sexe différent ne voulant pas se marier. Toutefois, les deux lois les plus récentes sur le partenariat enregistré (Allemagne, 2001 ; Finlande, 2002) exigent de nouveau que les partenaires soient du même sexe. Dans la plupart des pays, comme pour le mariage, un partenaire ne peut être une sœur, un frère, un parent ou un enfant de l'autre partenaire. La seule exception est la Belgique, où des partenariats intergénérationnels et entre frères et sœurs peuvent aussi être enregistrés (voir E11 et E12).

Pour ce qui est des non-résidents et des étrangers, certains pays sont aussi libéraux dans le partenariat enregistré que dans le mariage (Allemagne et Pays-Bas), mais la plupart (en particulier l'Islande, le Danemark, la Finlande et peut-être la Belgique) sont plus restrictifs (voir E2 et de E4 à E10). Il est à noter que dans plusieurs pays, les conditions concernant les non-résidents et/ou les étrangers ont été rendues plus libérales quelques années après l'introduction du partenariat enregistré (Danemark, Norvège, Suède, Pays-Bas, Islande et peut-être Belgique).

Dans aucun pays, un partenariat enregistré ne peut être conclu dans une église, même dans les cinq pays nordiques, où l'on peut se marier à l'église (voir F3). Le partenariat enregistré peut être formé devant une autorité publique (voir F1, F2, F4, F6 et F7). Dans la plupart des pays, l'enregistrement du partenariat et le mariage relèvent de la même autorité

publique. Toutefois, en France, l'enregistrement du partenariat ne peut se faire qu'au tribunal (voir F4), et en Allemagne, l'autorité compétente pour l'enregistrement varie d'un *Land* à l'autre.

De la même façon, dans la plupart des pays, la procédure pour mettre fin à un mariage (voir plus haut) s'applique aussi au partenariat enregistré. En Belgique et en France, toutefois, des procédures différentes s'appliquent (contrat mutuel, déclaration unilatérale, mariage entre les partenaires enregistrés ou mariage d'un des partenaires avec quelqu'un d'autre ; voir G2, G3, G5 et G6). Aux Pays-Bas, les procédures s'appliquant ordinairement pour un divorce au tribunal s'appliquent également, mais les partenaires enregistrés peuvent aussi choisir de dissoudre leur partenariat par contrat mutuel (G2) ou en le transformant en un mariage (G4). Il est intéressant de constater que les trois pays à disposer de l'éventail le plus large de moyens non judiciaires de mettre fin à un partenariat enregistré (Belgique, France et Pays-Bas) sont également ceux qui autorisent les couples de sexe différent à enregistrer leur partenariat.

Les conséquences juridiques du partenariat enregistré¹ sont les plus proches de celles du mariage aux Pays-Bas, où seule la présomption de paternité (A1) ne s'applique pas, et en Suède, où cette présomption ne s'applique pas non plus et où le don d'organe entre partenaires enregistrés vivants (C7) n'est peut-être pas autorisé. Les conséquences sont également très similaires en Finlande, où seules la présomption de paternité (A1), l'adoption conjointe et l'adoption des enfants du partenaire (A4 et A5), et l'utilisation du nom de famille du partenaire (C1) sont exclues², et au Danemark, en Islande et en Norvège, où la présomption de paternité (A1), la procréation médicalement assistée (A2) et l'adoption conjointe (A5) sont exclues³.

1. Rappelons que, pour les besoins de l'étude, nous présumons toujours que les conjoints mariés ou enregistrés vivent ensemble, même lorsque ce n'est pas requis par la loi. Nous présumons donc aussi que toutes les conséquences juridiques de la cohabitation informelle s'appliquent au partenariat enregistré.

2. Il est à noter qu'en Finlande (et en Allemagne), l'adoption individuelle (A6) est possible pour les partenaires enregistrés mais pas pour les individus mariés.

3. Ceci sans prendre en compte les nuances entre « oui » et « oui, mais », par exemple

La liste de conséquences juridiques du mariage ne découlant pas du partenariat enregistré est un peu plus longue en Allemagne : en plus de la paternité, de la procréation, de l'adoption conjointe et de l'adoption des enfants du partenaire¹, le statut de famille d'accueil (A7) n'est normalement pas possible pour les partenaires enregistrés ; en outre, le partenaire survivant ne bénéficie pas de pension de réversion (B12) ni d'une réduction substantielle des droits de succession (B13).

Les listes en France et en Belgique sont encore plus longues. En plus des exceptions mentionnées pour les autres pays², les partenaires enregistrés en France n'ont droit ni à l'héritage en l'absence de testament (B6) ni à la citoyenneté (C3) et ne sont pas automatiquement considérés comme plus proche parent pour des besoins médicaux (C6). En Belgique, en plus de certaines des exceptions susmentionnées³, la liste contient également les biens et les dettes communs, la pension alimentaire (B1, B2 et B3), un impact positif sur la retraite (B11), le droit de refuser de témoigner contre le partenaire (C4), et l'obligation de relations sexuelles (C9) ; jusqu'à fin 2004, la liste contenait également des impacts positifs et négatifs sur l'impôt sur le revenu (B8 et B15).

Les trois pays qui ont autorisé le partenariat enregistré aux couples de sexe différent font très peu de différences entre les partenariats de même sexe et de sexe différent. Les principales différences se rencontrent en France, où la procréation médicalement assistée (A2) et peut-être le statut de famille d'accueil (A7) sont seulement possibles pour les partenaires enregistrés de sexe différent.

(voir plus haut). Depuis 2004 plusieurs pays nordiques ont un peu augmenté le niveau des conséquences parentales pour les partenaires de même sexe.

1. Voir A1 (paternité), A2 (procréation assistée), A5 (adoption). Voir aussi la note précédente. En 2005, l'adoption de l'enfant du conjoint est devenue possible en Allemagne pour les partenaires enregistrés ; au même moment quelques autres aspects de la loi sur le partenariat enregistré ont été modifiés, mais il n'a pas été possible d'en tenir compte ici.

2. En particulier A1 (paternité), A4 et A5 (adoption), C1 (nom) et C7 (don d'organe), et pour les seuls partenariats enregistrés de même sexe : A2 (procréation assistée) et éventuellement A7 (famille d'accueil).

3. Ce sont : A1 (paternité), A4 et A5 (adoption), B6 (succession *ab intestat*), C1 (nom) et C3 (citoyenneté).

Nous avons affirmé plus haut que dans les neuf pays, le partenariat enregistré est conçu comme *plus ou moins analogue* au mariage. Nous avons vu qu'au niveau des *conditions* d'accès requises, le partenariat enregistré est le plus analogue au mariage en Allemagne et aux Pays-Bas, et le moins analogue en Belgique, au Danemark, en Finlande et en Islande. Concernant les *procédures d'accès*, le partenariat enregistré est complètement analogue au mariage en Belgique et aux Pays-Bas, et le moins analogue en France. Concernant les *procédures de sortie*, l'analogie est totale en Allemagne et dans les pays nordiques, et la plus faible en Belgique et en France. Enfin, pour les *conséquences juridiques*, l'analogie entre mariage et partenariat enregistré est la plus forte aux Pays-Bas et dans les pays nordiques, et la plus faible en Belgique et en France.

Dans la plupart des pays, l'analogie entre mariage et partenariat enregistré est encore renforcée par l'interdiction de la discrimination. Dans tous les pays sauf (au moins avant 2006) en Allemagne, la discrimination entre partenaires mariés et enregistrés est illégale en ce qui concerne le logement, les assurances et de nombreux autres services (D1, D2, D3 et D5), et la plupart des prestations liées à l'emploi dont bénéficie le conjoint (D6 et D7)¹. En ce qui concerne la procréation médicalement assistée, la discrimination entre une femme mariée et en partenariat n'est illégale qu'en Finlande, France, Belgique et aux Pays-Bas (voir D4).

5. Le caractère juridique de la cohabitation informelle

On ne peut plus dire, en tout cas dans les pays étudiés, que la loi ne se préoccupe plus des cohabitants informels. Dans tous ces pays, la loi établit que quand certaines *conditions* sont remplies, un certain nombre de *conséquences juridiques* découlent du fait que deux personnes vivent ensemble de façon informelle.

1. Dans tous les pays sauf en Allemagne et en France, cette interdiction de la discrimination au travail s'étend à la pension de réversion (D6).

Dans la plupart des pays, il n'y a pas de *procédures* spécifiques à suivre pour qu'un couple en cohabitation soit reconnu légalement. La principale exception est l'Islande, où pour les besoins de certaines lois spécifiques, les couples cohabitants de sexe différent doivent s'enregistrer auprès de l'état civil¹. Toutefois, pour les besoins de notre enquête, cette « cohabitation enregistrée » reste considérée comme une forme de cohabitation informelle. La raison en est que le partenariat n'est pas *créé* mais seulement reconnu par l'acte d'enregistrement. Dans le paragraphe qui précède, le terme de « partenariat enregistré » est réservé aux formes de partenariat créées par un acte formel d'enregistrement. Il est à noter que dans plusieurs autres pays, les couples cohabitants peuvent également être tenus de déclarer officiellement qu'ils cohabitent effectivement, qu'ils partagent un foyer, qu'ils ont une adresse commune, ou autre chose de ce type. Une telle déclaration ne veut pas dire que leur partenariat tombe dans la catégorie du « partenariat enregistré ». À l'inverse, le statut relationnel appelé en Belgique « *cohabitation légale* » est créé par un acte d'enregistrement et n'est donc pas considéré dans notre enquête comme une forme de cohabitation informelle².

L'absence de *procédures* spécifiques d'accès à la cohabitation informelle se retrouve dans l'absence de règles législatives spécifiques sur la manière d'en sortir.

Il aurait été impossible dans le cadre de cette étude de donner une perspective complète des *conditions* à remplir pour que la cohabitation informelle d'un couple soit reconnue par la loi. La raison principale en est que non seulement ces conditions varient d'un pays à l'autre, mais aussi d'une loi à l'autre. De plus, certaines conséquences juridiques ont souvent été étendues à la cohabitation informelle à la suite de pratiques administratives en usage ou de jurisprudences, et il n'est pas toujours clair dans ces circonstances de savoir quelles en sont les conditions. Dans les chapitres par pays, on constate qu'il est rarement requis un contrat écrit ou un contact sexuel entre

1. Voir Fridriksdóttir, 2005, p. 122-123.

2. Voir De Schutter, 2005, p. 50.

les partenaires, et qu'il est seulement occasionnellement requis qu'ils aient un enfant ensemble. Des conditions plus fréquentes sont que la cohabitation dure depuis un certain temps, et évidemment que les partenaires aient une adresse ou un ménage communs. Pour de plus amples détails, on consultera les chapitres nationaux du rapport.

L'angle le plus riche pour étudier la reconnaissance légale de la cohabitation informelle est celui des conséquences juridiques. Dans chacun des neuf pays, certaines des conséquences juridiques du mariage ont été rattachées à la cohabitation informelle des couples de sexe différent et de même sexe. Les différences concernant ces conséquences sont significativement plus importantes d'un pays à l'autre que pour les conséquences juridiques du mariage ou du partenariat enregistré.

Le pays ayant le moins de conséquences juridiques liées à la cohabitation informelle est l'Allemagne, où elle peut avoir un impact négatif sur la sécurité sociale de base (B16), où le cohabitant survivant peut bénéficier du maintien dans le logement commun (C8), et où les cohabitants ont éventuellement droit à la procréation médicalement assistée (A2) et sont éventuellement considérés comme plus proche parent pour des besoins médicaux (C6)¹. En Belgique et en France, la liste des conséquences juridiques de la cohabitation informelle est plus longue et inclut dans les deux pays : droit d'être famille d'accueil (A7), dédommagement en cas de décès accidentel mettant en cause la responsabilité d'un tiers (B5), couverture du partenaire par l'assurance maladie publique (B9), protection contre la violence domestique (C5), en Belgique, un permis de séjour pour le partenaire étranger (C2), et en France l'obligation de relations sexuelles (C9). La liste est beaucoup plus longue dans les cinq pays nordiques, notamment en Suède qui, comme les Pays-Bas, attribue le plus de conséquences à la cohabitation informelle. Dans ces deux pays, les différences principales demeurant entre le mariage et la cohabitation ont trait à la paternité (A1), à la pension alimentaire (B3), à l'héritage en

1. Outre évidemment la possibilité d'adoption individuelle (A6).

l'absence de testament (B6) et au nom de famille (C1). On peut également ajouter en Suède l'adoption des enfants du partenaire et l'adoption conjointe (A4 et A5) et aux Pays-Bas, les biens et les dettes (B1 et B2) et le droit de refuser de témoigner contre le partenaire (C4).

Dans la plupart des pays, la cohabitation informelle n'entraîne que peu de conséquences juridiques en moins pour les cohabitants de même sexe que pour ceux de sexe différent. L'essentiel des différences se situe dans le domaine de la parentalité et de la filiation. La seule exception est l'Islande, où les cohabitants de même sexe ont seulement droit au statut de famille d'accueil (A7), au don d'organe (C7) et au maintien dans le logement commun après le décès du partenaire (C8)¹, alors que les cohabitants de sexe différent ont droit à beaucoup plus².

En général, il n'est pas illicite pour un employeur ou un fournisseur de services de faire une distinction entre des cohabitants et des partenaires mariés ou enregistrés. Concernant le logement, les assurances et autres services, une telle discrimination est seulement interdite en Finlande, en France, en Belgique et aux Pays-Bas (D1 à D5). Et concernant la plupart des prestations liées à l'emploi dont bénéficie le conjoint, seuls la France, la Belgique et les Pays-Bas interdisent une telle discrimination (D6 et D7)³.

6. Niveaux de conséquences juridiques

Dans le cadre restreint de cette étude (33 seulement des conséquences juridiques du mariage sur plusieurs centaines ont été prises en compte⁴ ; et pour chacune, seules six réponses

1. Outre évidemment la possibilité d'adoption individuelle (A6).

2. Voir A2 (procréation assistée), A3 (autorité parentale), A4 et A5 (adoption), B5 (compensation pour décès accidentel), B7 (réduction des taxes foncières), B8 (réduction de l'impôt sur le revenu), B13 (taxes de succession), B16 (réduction des allocations sociales), B17 (réduction des droits à retraite), C2 (immigration) et C3 (citoyenneté).

3. Cette interdiction de discrimination dans le domaine de l'emploi ne s'étend qu'en Belgique à la pension de réversion au partenaire survivant (D6).

4. Pour une liste complète des conséquences juridiques retenues, voir l'annexe en fin de texte.

Niveau de conséquences juridiques (parentales, matérielles ou autres) en 2004

	Mariage civil		Partenariat enregistré		Cohabitation informelle	
	Sexes différents	Même sexe	Sexes différents	Même sexe	Sexes différents	Même sexe
Pays-Bas	70 pt = 100 %	67 pt = 96 %	67 pt = 96 %	67 pt = 96 %	52 pt = 75 %	51 pt = 73 %
Suède	64 pt = 100 %	n.a.	n.a.	58 pt = 91 %	48 pt = 75 %	43 pt = 68 %
Belgique	76 pt = 100 %	67 pt = 88 %	38 pt = 50 %	36 pt = 48 %	31 pt = 41 %	27 pt = 36 %
Finlande	64 pt = 100 %	n.a.	n.a.	56 pt = 87 %	36 pt = 56 %	27 pt = 42 %
Norvège	71 pt = 100 %	n.a.	n.a.	61 pt = 86 %	41 pt = 58 %	34 pt = 48 %
Islande	71 pt = 100 %	n.a.	n.a.	60 pt = 85 %	45 pt = 63 %	16 pt = 23 %
Danemark	61 pt = 100 %	n.a.	n.a.	51 pt = 84 %	32 pt = 52 %	27 pt = 45 %
Allemagne	65 pt = 100 %	n.a.	n.a.	44 pt = 68 %	15 pt = 23 %	11 pt = 17 %
France	76 pt = 100 %	n.a.	48 pt = 63 %	42 pt = 55 %	32 pt = 42 %	26 pt = 34 %

étaient disponibles¹), nous nous sommes efforcés de quantifier les niveaux de conséquences juridiques de chaque type de statut relationnel.

Il en est résulté plusieurs tableaux comme le précédent². Ce tableau donne le total des points obtenus pour l'ensemble des 33 conséquences juridiques (parentales, matérielles ou autres). Comme il était attaché un maximum de trois points à chaque conséquence, le nombre maximum de points est 99 dans chaque case de ce tableau. Pour chaque pays le nombre total de points pour les conséquences juridiques du mariage hétérosexuels est ramené à 100 %. Le classement des pays est fondé sur le niveau de conséquences juridiques (NCJ) que les couples de même sexe peuvent atteindre (par enregistrement de leur partenariat ou par mariage).

Cette quantification introduit naturellement une limite supplémentaire : chacune des 33 conséquences juridiques pèse du même poids dans le calcul, et les six réponses sont grossièrement traduites en zéro, un, deux ou trois points. Cela étant, un certain nombre de conclusions générales peuvent être tirées des niveaux de conséquences juridiques (NCJ) tels qu'ils sont représentés dans les tableaux de niveaux et les graphiques circulaires dans le rapport³.

7. Les niveaux de conséquences juridiques du mariage civil

Le premier résultat frappant est que dans aucun pays le niveau de conséquences juridiques du mariage entre personnes

1. Voir paragraphe 2, ci-dessus.

2. Les pourcentages de ce tableau et de tableaux semblables pour chaque catégorie de conséquences juridiques ont été visualisés en graphiques circulaires (ou « camemberts »); dont quelques-uns sont reproduits en fin de texte. Sur chaque figure, l'ensemble du cercle représente l'ensemble des conséquences juridiques du mariage hétérosexuel, le secteur gris foncé représente le NCJ de la cohabitation informelle, le secteur blanc le NCJ additionnel du partenariat enregistré, le secteur gris clair le NCJ additionnel du mariage et le secteur noir le pourcentage des conséquences juridiques qui ne sont pas disponibles pour les couples de même sexe, quel que soit leur statut.

3. Voir aussi Fassin ci-dessous.

de sexe différent n'approche le maximum possible de $3 \times 33 = 99$ points. Il semblerait que ce soit en Belgique et en France que le mariage de sexe différent ait le niveau le plus élevé de conséquences, mais dans les deux cas il n'arrive qu'à 76 points. Dans les autres pays, le niveau est encore plus bas, du Danemark (61 points) à l'Allemagne (65 points) en passant par la Finlande et la Suède (64 points)¹. Il n'y a clairement aucun consensus européen sur le niveau précis de conséquences (et sur les conséquences elles-mêmes) que la loi doit attribuer au mariage. Les différences entre les pays sont faibles concernant les conséquences parentales et les conséquences matérielles en droit privé, mais assez importantes concernant les conséquences matérielles en droit public et les autres conséquences.

Pour pouvoir comparer les pays de façon satisfaisante, le niveau de conséquences juridiques a été traduit de points en pourcentage, avec le nombre total de points pour le mariage de sexe différent dans chaque pays défini comme 100 %. Cela permet de conclure qu'aux Pays-Bas, le NCJ du mariage de même sexe est de 96 %, alors qu'en Belgique il n'est que de 88 %². Autrement dit, 4 % du NCJ du mariage de sexe différent aux Pays-Bas ne s'applique pas au mariage de même sexe³. Pour la Belgique, 12 % du NCJ du mariage de sexe différent ne s'applique pas au mariage de même sexe ; le secteur noir dans le graphique circulaire pour la Belgique est par conséquent plus grand⁴.

Les graphiques circulaires des conséquences parentales (voir ci-dessous) montrent encore plus de noir, pour les Pays-Bas comme pour la Belgique. Cela illustre que le NCJ ne s'appli-

1. On peut observer que le nombre de points pour le mariage dans ces quatre pays est inférieur au nombre de points (67) pour le partenariat enregistré aux Pays-Bas.

2. Cela signifie qu'en Belgique, le NCJ du mariage de même sexe est inférieur au NCJ du partenariat enregistré aux Pays-Bas et en Suède (voir ci-dessous).

3. Aux Pays-Bas, les conséquences du mariage de sexe différent ne s'appliquant pas pleinement au mariage de même sexe sont la filiation et l'adoption conjointe (d'un enfant venant d'un pays étranger) (voir A1 et A5 dans le chapitre sur les Pays-Bas dans le rapport).

4. En Belgique, les conséquences ne s'appliquant pas au mariage de même sexe sont : la filiation, l'autorité parentale et (avant 2006) l'adoption des enfants du partenaire et l'adoption conjointe (voir A1, A3, A4 et A5 dans le chapitre sur la Belgique dans le rapport).

quant pas au mariage de même sexe est beaucoup plus important par rapport à la parentalité et à la filiation que par rapport aux conséquences matérielles (B) et autres (C). En réalité, aux Pays-Bas comme en Belgique, le NCJ pour le mariage de même sexe est de 100 % pour les conséquences matérielles et pour les autres conséquences.

Comme le mariage de même sexe n'est pas possible dans les sept autres pays, il n'y a pas de NCJ du mariage de même sexe dans ces pays (voir le tableau ci-dessus).

8. Les niveaux de conséquences juridiques de la cohabitation informelle

Il vaut mieux lire les graphiques circulaires dans le sens des aiguilles d'une montre, en commençant donc par le secteur gris foncé. Celui-ci représente le NCJ de la cohabitation informelle.

Chaque graphique comporte un secteur gris foncé car dans tous les pays la cohabitation informelle (entre personnes de même sexe ou de sexe différent) comporte des conséquences juridiques, pas seulement dans le domaine des conséquences matérielles (B), mais aussi dans celui de la parentalité et de la filiation (A) et dans celui des « autres » conséquences (C). C'est un résultat important. Les neuf pays choisis pour cette étude l'ont été parce qu'ils avaient introduit une forme de partenariat enregistré, pas parce qu'ils attribuent des conséquences juridiques à la cohabitation informelle, mais il se trouve que c'est également le cas. Il ne s'agit pas là d'une simple coïncidence : il semble raisonnable d'avancer que les pays qui reconnaissent la cohabitation informelle (entre personnes de même sexe) sont plus susceptibles d'introduire ensuite un partenariat enregistré (entre personnes de même sexe).

Toutefois, le NCJ de la cohabitation informelle varie grandement d'un pays à l'autre, et d'un domaine à l'autre (et même, mais seulement en Islande, entre la cohabitation de même sexe et celle de sexe différent, voir plus haut). Pour la cohabitation de sexe différent, le NCJ général (voir le tableau ci-dessus) est

le plus élevé aux Pays-Bas et en Suède (75 %) ¹, suivis de l'Islande (63 %), de la Norvège, de la Finlande et du Danemark (environ 55 %), puis de la Belgique et de la France (environ 40 %), et enfin de l'Allemagne (23 %). Pour la cohabitation de même sexe, le NCJ général est souvent à peine inférieur, sauf en Islande où le NCJ de la cohabitation de même sexe (23 %) dépasse à peine le tiers du NCJ de la cohabitation de sexe différent. Seule l'Allemagne a un NCJ encore plus bas pour la cohabitation de même sexe (17 %).

Pour ce qui est du NCJ de la cohabitation informelle, les pays diffèrent surtout quant aux conséquences matérielles en droit public (impôts et sécurité sociale) ². Dans certains pays, la totalité ou presque des conséquences du mariage liées aux impôts et à la sécurité sociale s'applique aussi à la cohabitation (Pays-Bas, Danemark, Suède) ou au moins à la cohabitation entre personnes de sexe différent (Islande, Finlande). C'est également vrai en Allemagne et en Norvège, mais cela ne concerne que des conséquences négatives de la cohabitation de sexe différent ayant trait aux impôts et à la sécurité sociale. En Belgique et en France, dans le domaine des impôts et de la sécurité sociale, le NCJ de la cohabitation est beaucoup plus bas ; c'est aussi vrai du NCJ de la cohabitation de même sexe en Allemagne, en Norvège, en Islande et en Finlande.

Tous les pays hormis l'Allemagne accordent d'importantes conséquences parentales à la cohabitation pour les couples de sexe différent (voir les graphiques circulaires ci-dessous). Aux Pays-Bas, ce NCJ atteint ainsi 86 % et en Belgique, en France et dans les pays nordiques au moins 50 % (26 % en Allemagne). Cela reflète l'évolution qu'a connue la loi dans de nombreuses sociétés européennes en réaction au fait qu'un nombre croissant d'enfants naît hors mariage. Pour ce qui est de la parentalité et de la filiation, le NCJ pour la cohabitation de même sexe est

1. Cela signifie qu'aux Pays-Bas et en Suède, le NCJ de la cohabitation informelle est même supérieur au NCJ du partenariat enregistré en Belgique, en France et en Allemagne (voir ci-dessous).

2. Voir les graphiques circulaires basés sur le tableau B dans le rapport *More or less together*.

seulement légèrement inférieur aux Pays-Bas, en Belgique, en Suède, en Finlande et en Allemagne, alors qu'ailleurs il est considérablement inférieur (en particulier en France et en Islande). Pour la cohabitation de même sexe, le NCJ parental est le plus bas en Allemagne, en France et en Islande (environ 20 %), et le plus élevé aux Pays-Bas (81 %) et en Finlande (67 %).

Dans chacun des neuf pays, le niveau de conséquences juridiques de la cohabitation informelle s'est élevé avec le temps. Il n'existe nulle part de loi générale spécifiant les conséquences juridiques de la cohabitation. Même les lois générales sur la cohabitation en Suède (depuis 2003, suite à la réunion de plusieurs lois antérieures) et en Norvège (depuis 1991) s'intéressent surtout à la redistribution des biens après la séparation (B4) et au maintien dans le logement commun après le décès du partenaire (C8).

Il est spécifié dans les tableaux de certains chapitres nationaux du rapport quand les législations ou les tribunaux ont commencé à considérer que certaines conséquences du mariage étaient applicables à la cohabitation (de sexe différent et/ou de même sexe). Il n'a pas été possible pour l'instant de décrire de façon exhaustive ce processus historique dans chaque pays. Les exemples les plus anciens relatifs à la cohabitation de même sexe remontent aux années 1970 : droits à l'immigration du partenaire (C2) en Suède et aux Pays-Bas, et droits locatifs (C8) aux Pays-Bas. Les exemples antérieurs ne concernent que la cohabitation de sexe différent : depuis 1965, elle peut avoir un impact négatif sur les versements de la sécurité sociale de base aux Pays-Bas (B16), un désavantage étendu à la cohabitation entre personnes de même sexe en 1987 ; et depuis 1970, les tribunaux français accordent un dédommagement au partenaire de sexe différent survivant en cas de décès accidentel mettant en cause la responsabilité d'un tiers (B5), un avantage étendu aux cohabitants de même sexe en 1995. Il est à noter qu'en France, la plupart des conséquences juridiques de la cohabitation s'appliquaient d'abord uniquement à la cohabitation entre personnes de sexe différent. Ce n'est qu'à partir de la loi de 1999 introdui-

sant le partenariat enregistré que la plupart de ces conséquences furent étendues à la cohabitation entre personnes de même sexe. En Belgique, les exemples les plus anciens concernent le dédommagement en cas de décès accidentel mettant en cause la responsabilité d'un tiers (B5, depuis 1989 pour les cohabitants de sexe différent), la couverture du partenaire par l'assurance maladie publique (B9, depuis 1996), et l'immigration (C2, depuis 1997). L'exemple le plus ancien fourni pour la Norvège a aussi trait à l'immigration (C2, depuis 1990). En Allemagne, les droits locatifs (C8) furent reconnus pour les cohabitants de sexe différent en 1993, et pour ceux de même sexe en 2001 (au moment où le partenariat enregistré de même sexe fut introduit).

Après la première reconnaissance légale de la cohabitation informelle, le NCJ de la cohabitation s'est élevé graduellement dans la plupart des neuf pays. On pourrait s'attendre à ce qu'il continue de progresser, même après l'introduction du partenariat enregistré.

9. Le niveau de conséquences juridiques du partenariat enregistré

Le NCJ du partenariat enregistré¹ est le plus haut aux Pays-Bas (96 %) et en Suède (91 %), suivis par la Finlande, la Norvège, l'Islande et le Danemark (environ 85 %), et enfin par l'Allemagne (68 %), la France (environ 60 %) et la Belgique (environ 50 %). Le NCJ du partenariat enregistré aux Pays-Bas et en Suède dépasse le NCJ du mariage entre personnes de même sexe en Belgique (88 %) alors que le NCJ du partenariat enregistré en Allemagne, en France et en Belgique est en dessous du NCJ de la cohabitation informelle aux Pays-Bas (environ 75 %) et en Suède (environ 70 %).

1. Voir le tableau présenté au paragraphe 6, ci-dessus. Dans les graphiques circulaires, ci-dessous, le NCJ du partenariat enregistré est représenté par l'ensemble des secteurs gris foncé et blanc. Rappelons que pour les besoins de l'étude, nous présupposons toujours que les conjoints mariés ou enregistrés vivent ensemble, même lorsque ce n'est pas requis par la loi. Nous présupposons donc aussi que toutes les conséquences juridiques de la cohabitation informelle s'appliquent au partenariat enregistré.

Le NCJ du partenariat enregistré aux Pays-Bas et dans les cinq pays nordiques est extrêmement élevé parce que du partenariat enregistré découlent presque toutes les conséquences du mariage. On peut donc caractériser le partenariat enregistré dans ces pays comme un « *quasi-mariage* »¹. Le NCJ plus bas du partenariat enregistré en Allemagne, en France et en Belgique indique que dans ces pays, le partenariat enregistré n'a qu'une partie limitée des conséquences du mariage. On peut donc caractériser le partenariat enregistré dans ces trois pays comme un « *semi-mariage* »². Il est à noter toutefois qu'en Allemagne et en France il existe des propositions et des projets d'élever le NCJ du partenariat enregistré. Ainsi, dans plusieurs autres pays, le NCJ du partenariat enregistré était au départ un peu inférieur à ce qu'il est aujourd'hui. Dans ces pays, l'adoption par des partenaires enregistrés de même sexe (A4 et/ou A5) n'est devenue possible qu'après la promulgation de la législation subséquente (au Danemark en 1999, en Islande en 2000, aux Pays-Bas en 2001, en Norvège en 2002, en Suède en 2003³). Aux Pays-Bas, en 2002, une autre législation subséquente assure automatiquement aux partenaires enregistrés l'autorité conjointe sur les enfants nés durant leur partenariat enregistré (A1 et A3). Il est tout à fait possible que le NCJ du partenariat enregistré continue à progresser dans la plupart des pays, même après l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

Le caractère de « *quasi-mariage* » du partenariat enregistré dans les pays nordiques et aux Pays-Bas apparaît encore plus clairement au vu du NCJ de ce partenariat dans le domaine des conséquences *matérielles*. En effet, celui-ci est le même que celui du mariage : 100 %. En Allemagne, en Belgique et en France, par contre, le NCJ du partenariat enregistré dans le domaine des conséquences matérielles est plus bas, en particulier pour les conséquences matérielles *positives* dans le droit *public* : 33 % en Belgique, 41 % en Allemagne et 58 % en France. Ce n'est que pour les conséquences matérielles *négatives* dans le droit

1. Voir Waaldijk, 2004, p. 569-571.

2. *Idem*.

3. Pour l'Allemagne, voir note 1, p. 19.

public que le NCJ du partenariat enregistré est le même que celui du mariage en Allemagne et en France (100 %).

Comme nous l'avons vu plus haut, les principales différences entre le partenariat enregistré et le mariage tendent à concerner les conséquences sur la *parentalité et la filiation*, comme le montre le NCJ dans ce domaine (voir les graphiques circulaires ci-dessous). Il est ainsi un peu plus bas aux Pays-Bas (86 %), en Suède (76 %) et en Finlande (67 %), et beaucoup plus bas en Belgique (environ 55 %), en Norvège, en Islande, en Allemagne, au Danemark (environ 40 %) ¹ et en France (17 % pour les partenaires de même sexe et 50 % pour ceux de sexe différent).

Pour les *autres* conséquences juridiques, le NCJ du partenariat enregistré est de 100 % aux Pays-Bas, au Danemark, en Norvège, en Islande et aussi en Allemagne (ce qui indique qu'en Allemagne, le partenariat est déjà presque un « quasi-mariage »). Ce même NCJ est un peu plus bas (environ 90 %) en Finlande, où les partenaires enregistrés n'ont pas le droit de prendre le nom de famille de l'autre (C1), et en Suède où il n'est pas certain que le don d'organe entre des partenaires de sexe masculin soit autorisé (C7). En Belgique et en France, ce NCJ est beaucoup plus bas (environ 55 %). Voir les graphiques circulaires, ci-dessous.

Il n'y a qu'en Belgique, en France et aux Pays-Bas que le partenariat enregistré soit ouvert aux couples de sexe différent. Parmi ces pays, les Pays-Bas ont le même NCJ (96 %) pour les partenariats enregistrés de sexe différent et de même sexe. En Belgique et en France, le NCJ est un peu plus haut pour le partenariat enregistré entre personnes de sexe différent (voir le tableau ci-dessus) ; cela est entièrement dû aux différences dans le domaine de la parentalité et de la filiation.

1. Au Danemark, exceptionnellement, le NCJ du partenariat enregistré sur la filiation est plus bas que celui de la cohabitation informelle. La raison en est qu'un cohabitant informel peut adopter un enfant individuellement, ce qu'un partenaire enregistré ne peut faire (voir A6).

10. L'exclusion (et l'inclusion progressive) des couples de même sexe

Les couples de même sexe ont été traditionnellement exclus du mariage et des droits et obligations qui en résultent. Cette étude montre que dans aucun pays européen, cette exclusion n'a encore été complètement abolie, même si les neuf pays attribuent un nombre croissant des conséquences juridiques du mariage à la cohabitation informelle entre partenaires de même sexe, ont tous introduit une forme de partenariat enregistré plus ou moins analogue au mariage, et que deux de ces pays (les Pays-Bas et la Belgique) ont levé l'exclusivité hétérosexuelle du mariage.

Cette exclusion persistante des partenaires de même sexe des conséquences juridiques du mariage est représentée par les secteurs noirs dans les graphiques circulaires¹. Le niveau général de conséquences juridiques dont les couples de même sexe sont encore exclus (en 2004) est le plus élevé en France (45 %) et en Allemagne (32 %), est nettement inférieur au Danemark, en Islande, en Norvège, en Finlande et en Belgique (environ 15 %), et est le plus bas en Suède (9 %) et aux Pays-Bas (4 %). Dans le domaine *parental*, le classement est similaire mais l'exclusion nettement plus élevée : 83 % en France, 63 % en Allemagne, environ 55 % en Islande, au Danemark, en Norvège et en Belgique, 33 % en Finlande, 24 % en Suède et 14 % aux Pays-Bas (voir les secteurs noirs dans les graphiques circulaires des conséquences parentales, ci-dessous). Dans le domaine des conséquences *matérielles* aussi, les partenaires de même sexe sont encore exclus, mais ce uniquement en Allemagne et en France. Ils demeurent également exclus dans le domaine des *autres* conséquences juridiques, mais seulement en France et dans une moindre mesure en Finlande et en Suède (voir les graphiques circulaires ci-dessous).

Quels sont les principaux droits dont bénéficient les couples (mariés) de sexe différent mais dont sont exclus les couples de

1. Voir note, p. 9.

même sexe (qu'ils soient mariés, partenaires enregistrés ou simples cohabitants) ?

Dans tous les pays, les partenaires de même sexe ne peuvent devenir automatiquement les parents légaux de l'enfant né de l'un d'eux (A1, une situation qui ne s'applique qu'aux couples lesbiens). En France, au Danemark, en Islande, en Norvège et peut-être en Allemagne, les femmes dans une relation lesbienne sont également exclues de la procréation médicalement assistée (A2). Dans tous les pays sauf en Suède et aux Pays-Bas (et en Belgique depuis 2006), les partenaires de même sexe sont exclus de l'adoption conjointe (A5), et partout excepté en Suède de l'adoption conjointe si l'enfant vient d'un pays étranger (en théorie, l'un des moyens les plus faciles pour les hommes gays d'avoir des enfants). En France, en Allemagne et en Finlande, les partenaires de même sexe sont aussi exclus de l'adoption des enfants du partenaire (A4)¹, et en Belgique et en France de toute possibilité d'obtenir la responsabilité ou l'autorité conjointe de l'enfant du partenaire (A3 et A4). L'adoption individuelle par une personne dans une relation de même sexe (au moins en théorie, lorsque certaines conditions strictes sont remplies) n'est exclue dans aucun des neuf pays (A6) ; cela est probablement aussi vrai de la possibilité pour les couples de même sexe de devenir parents d'accueil (A7).

En Allemagne et en France, les partenaires de même sexe sont exclus de la pension de réversion (B12), et doivent verser des droits de succession beaucoup plus élevés que des conjoints mariés de sexe différent (B13). En Finlande et en France, les partenaires de même sexe ne peuvent prendre le nom de famille de l'autre (C1). En France, le partenaire de même sexe d'un citoyen français n'a pas droit à la citoyenneté française (C3), les partenaires de même sexe ne sont pas considérés comme le plus proche parent de l'autre pour des besoins médicaux (C6), ils n'ont pas le droit d'effectuer de don d'organe à l'autre (C7) et, sans testament, un partenaire de même sexe ne peut hériter de l'autre (B6).

L'exclusion des couples de même sexe ne concerne pas seu-

1. Pour l'Allemagne, voir note 1, p. 19.

lement les conséquences juridiques du mariage, mais aussi son statut, et des aspects procéduraux et cérémoniels de celui-ci. Le statut de couple marié n'est pas (encore) ouvert aux couples de même sexe en France, en Allemagne et dans les cinq pays nordiques. Le statut inférieur de partenaires enregistrés est non seulement souligné par le niveau moindre de conséquences juridiques découlant du partenariat enregistré, mais aussi par le fait qu'en France et dans plusieurs *Länder* allemands, l'état civil n'est pas compétent pour célébrer un enregistrement de partenariat (F1)¹, pas plus que ne le sont les églises dans les pays nordiques². Signalons également qu'en France (et en Belgique), un partenariat enregistré peut être dissous unilatéralement par l'un des partenaires (G3).

De plus, les partenaires de même sexe ne sont pas exclus uniquement par la législation. Ils sont également victimes de discrimination de la part d'employeurs et de fournisseurs de services. La discrimination sociale entre des partenaires de même sexe et de sexe différent ayant le même statut et entre des partenaires mariés et enregistrés est désormais interdite dans tous les pays sauf (avant 2006) en Allemagne. La promulgation de lois antidiscriminatoires couvrant l'orientation sexuelle (et le statut civil) peut être vue comme une étape nécessaire dans le processus d'abolition de l'exclusion des partenaires de même sexe. Le premier pays à l'avoir fait est la Norvège (1981), suivie par la France (1985, mais explicitement depuis 2002 seulement), le Danemark et la Suède (tous deux en 1987), les Pays-Bas (1992), la Finlande (1995), l'Islande (1996) et la Belgique (2003). La plupart des pays ont renforcé leurs mesures antidiscriminatoires dans des législations ultérieures³. Une étape antérieure de la même évolution avait été l'élimination dans le droit pénal des neuf pays des différences d'âge au niveau de la majorité sexuelle et d'autres éléments discriminatoires envers les homosexuels. Les premiers pays à effectuer ces changements

1. Voir Borrillo, 2001.

2. Dans les cinq pays nordiques (mais pas en France, en Belgique, aux Pays-Bas ou en Allemagne), il est toujours possible de former un mariage civil à l'église (F3).

3. Waaldijk & Bonini-Baraldi, 2006.

dans leur code pénal furent les Pays-Bas (1971), suivis par la Norvège (1972), le Danemark (1976), la Suède (1978), la France (1982), la Belgique (1985), l'Islande (1992), l'Allemagne (1994) et la Finlande (1998)¹.

Cette étude retrace les mesures successives prises par ces neuf pays européens pour réduire l'exclusion des couples de même sexe dans le droit de la famille et dans les domaines juridiques qui s'y rattachent (comme la sécurité sociale, le droit fiscal, l'immigration, etc.). Pour trois pays, le premier exemple dont nous disposons de conséquence juridique du mariage étendue à des partenaires (cohabitants) de même sexe a trait au permis de séjour (C2). Ce sont les Pays-Bas (1975), la Suède (années 1970) et la Norvège (1990). Il s'agit également d'un des premiers exemples en Belgique (1997). Le premier exemple au Danemark (1986) concerne les droits de succession (B13), également un des premiers exemples aux Pays-Bas (1981). Les exemples les plus anciens en France (1993) et en Belgique (1996) ont trait à l'assurance maladie (B9). Le premier exemple dont nous disposons en Allemagne (2001) concerne le droit locatif (C8), un autre exemple très ancien aux Pays-Bas (1979), en Suède (1988) et en Norvège (1991). Nous vous renvoyons aux chapitres nationaux du rapport pour de plus amples informations sur ces premiers pas sur la voie de la reconnaissance pour les cohabitants de même sexe. Comme nous l'avons indiqué, plusieurs pays ont accompli depuis des pas supplémentaires dans cette direction.

Depuis 1989, certains pays ont également tenté de réduire l'exclusion des partenaires de même sexe en introduisant une forme de partenariat enregistré. Le Danemark a ouvert la voie en 1989, suivi de la Norvège en 1993, de la Suède en 1995, de l'Islande en 1996, des Pays-Bas en 1998, de la France en 1999, de la Belgique en 2000, de l'Allemagne en 2001 et de la Finlande en 2002.

Depuis 2001, une troisième voie a été inaugurée : l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, d'abord aux Pays-

1. *Idem*, p. 83.

Vue d'ensemble des étapes de la reconnaissance juridique des partenaires de même sexe

[illegible]

Bas (2001) puis en Belgique (2003). Et de la même façon que l'introduction du partenariat enregistré n'a pas entraîné l'abandon de l'instrument que constitue l'attribution de conséquences juridiques à la cohabitation informelle, l'ouverture du mariage n'a pas entraîné l'abandon de la nouvelle institution qu'est le partenariat enregistré.

L'évolution dans les neuf pays est résumée dans le tableau ci-dessus.

Au vu des développements sociaux, politiques et jurisprudentiels en cours, au niveau national comme au niveau européen, il semble vraisemblable que :

- d'autres pays vont suivre les Pays-Bas et la Belgique en ouvrant le mariage aux couples de même sexe (ce qu'a fait l'Espagne en juillet 2005) ;
- plusieurs pays vont augmenter le niveau de conséquences juridiques du partenariat enregistré pour le rendre plus semblable à celui du mariage ;
- de nouveaux pays vont introduire le partenariat enregistré au niveau national (ce qu'ont fait le Luxembourg en 2004, le Royaume-Uni et Andorre en 2005, la Slovénie et la République tchèque en 2006 et la Suisse en janvier 2007) et
- de nombreux pays vont commencer ou continuer à attacher (davantage) de(s) conséquences juridiques à la cohabitation informelle des couples de même sexe (comme le font déjà, entre autres, le Portugal, la Hongrie, et, dans une moindre mesure, l'Espagne, l'Autriche, l'Angleterre et le Pays de Galles, l'Écosse et la Croatie).

11. Conclusions

Le concept de « niveaux de conséquences juridiques » (NCJ) développé et appliqué dans cette étude contribue à clarifier certains aspects du mariage, de la cohabitation et du partenariat

enregistré¹. Il semble exister d'importantes similarités entre les neuf pays européens qui avaient introduit une forme de partenariat enregistré début 2004. Les similarités sont plus grandes concernant le mariage que le partenariat enregistré, mais moindres pour ce qui est de la cohabitation informelle. Et même pour le mariage, il existe d'importantes différences entre les pays, par exemple les conséquences précises qui en découlent.

Cette étude rectifie certaines conceptions erronées, comme celle voulant que du partenariat enregistré en Belgique ne découlent que peu de conséquences juridiques. La forme belge du partenariat enregistré est effectivement plus « légère » qu'ailleurs, mais comme les partenaires enregistrés profitent du nombre croissant de conséquences juridiques rattachées à la cohabitation informelle, le NCJ du partenariat enregistré belge n'est pas beaucoup plus bas que celui du partenariat enregistré français. Une autre conception erronée est que le partenariat enregistré a toujours un NCJ supérieur à celui de la cohabitation informelle. En réalité, le NCJ de la cohabitation informelle en Suède et aux Pays-Bas est plus élevé que celui du partenariat enregistré en Belgique, en France et en Allemagne. Notons enfin qu'aux Pays-Bas, le mariage de même sexe a exactement le même NCJ que le partenariat enregistré, et qu'un mariage de même sexe en Belgique (en 2004) a un NCJ plus bas qu'un partenariat enregistré en Suède ou aux Pays-Bas.

De plus, le concept de niveau de conséquences juridiques pourra également être utilisé pour traiter des questions de droit international privé. Une forme nationale de partenariat enregistré (ou de mariage de même sexe) peut-elle ou doit-elle être reconnue dans d'autres pays, que cela soit en général ou pour l'application de conséquences juridiques spécifiques ? À ce sujet, il importe de noter que le mariage de sexe différent est presque toujours reconnu par d'autres pays européens même si, on l'a vu, ses conséquences juridiques réelles (et donc son NCJ) diffèrent d'un pays à l'autre. Les données de cette étude

1. Pour une discussion de l'influence des différents niveaux de conséquences juridiques sur la fréquence (« popularité ») de l'enregistrement des partenariats, voir l'analyse comparative de *More or less together*.

pourront ainsi aider un tribunal ou un fonctionnaire à surmonter une éventuelle hésitation à reconnaître un statut relationnel étranger. Le NCJ d'un mariage de même sexe belge ou néerlandais (ou d'un partenariat enregistré néerlandais) est en fait supérieur au NCJ d'un mariage de sexe différent allemand, finlandais, suédois ou danois (universellement reconnu), et le NCJ d'un partenariat enregistré d'un des pays nordiques est à peine inférieur. Par conséquent, dans les pays dotés d'une forme plus « légère » de partenariat enregistré (la Belgique, la France et l'Allemagne), les partenariats enregistrés néerlandais ou nordiques *pourraient* être traités sur la même base que le mariage. Une question plus délicate consisterait à demander si aux Pays-Bas et dans les pays nordiques un partenariat enregistré belge, français ou allemand devrait être traité sur la même base qu'un partenariat néerlandais ou nordique.

Enfin, notre étude montre également que dans les neuf pays, les couples de même sexe n'ont pas encore accès à toutes les conséquences juridiques découlant du mariage de sexe différent. Cependant, un nombre grandissant de ces conséquences ont été étendues aux couples de même sexe par la reconnaissance légale croissante de la cohabitation informelle, par l'introduction (et l'extension subséquente) du partenariat enregistré et même, dans quelques pays, par l'ouverture du mariage. Le mouvement en Europe va clairement vers une plus grande égalité des droits et des obligations et, peut-être aussi, vers une plus grande égalité de statut.

Liste des items inclus dans le questionnaire

Dans le questionnaire adressé aux experts juristes nationaux prenant part à l'étude, les items suivants étaient inclus. Les (éventuelles) conséquences juridiques du mariage, de la cohabitation et du partenariat enregistré figurent avec les lettres A, B et C, les autres aspects juridiques de ces trois types de statut relationnel figurent avec les lettres D, E, F et G.

A. Conséquences parentales (parentalité et filiation)

1. Lorsqu'une femme donne naissance, les deux partenaires deviennent les parents légaux
2. Le recours à la procréation médicalement assistée est autorisé pour des femmes dans une telle relation
3. Lorsque l'un seulement des partenaires est le parent légal d'un enfant, les deux peuvent obtenir l'autorité parentale ou des responsabilités parentales dans le cadre de cette relation
4. Lorsque l'un seulement des partenaires est le parent légal d'un enfant, le second peut l'adopter et devenir ainsi le second parent
5. Les partenaires peuvent adopter conjointement un enfant
6. Un partenaire peut adopter un enfant seul
7. Les partenaires peuvent constituer ensemble une famille d'accueil

B. Conséquences matérielles en droit privé

1. Les biens de chaque partenaire appartiennent au couple
2. Les dettes de chaque partenaire appartiennent au couple
3. Pension alimentaire en cas de rupture
4. Règles de répartition des biens en cas de rupture
5. Compensation en cas de décès accidentel d'un partenaire mettant en cause la responsabilité d'un tiers
6. Lorsque l'un des partenaires meurt sans testament, l'autre est son héritier

B. Conséquences matérielles positives en droit public

7. Possible réduction de l'impôt foncier
8. Possible réduction de l'impôt sur le revenu
9. La protection sociale (assurance maladie) peut être étendue d'un partenaire à l'autre
10. Possible effet positif de la relation sur le versement d'allocations sociales, en l'absence de revenu
11. Possible effet positif de la relation sur les droits légaux relatifs à la retraite
12. Lorsque l'un des partenaires meurt, la loi prévoit une pension de réversion pour l'autre
13. Le partenaire survivant paie moins de taxes de succession (que ne le ferait un-e ami-e)

B. Conséquences matérielles négatives en droit public

14. Possible augmentation de l'impôt foncier
15. Possible augmentation de l'impôt sur le revenu
16. Possible effet négatif de la relation sur le versement d'allocations sociales, en l'absence de revenu
17. Possible effet négatif de la relation sur les droits légaux relatifs à la retraite

C. Autres conséquences juridiques

1. Un partenaire peut prendre ou utiliser le nom de l'autre
2. Un partenaire étranger peut obtenir une carte de séjour
3. La citoyenneté est plus facile à obtenir pour le partenaire étranger
4. En cas de poursuite pénale, un partenaire peut refuser de témoigner contre l'autre
5. En cas de violence d'un partenaire envers l'autre, des dispositions légales spécifiques s'appliquent
6. En cas d'accident ou de maladie d'un partenaire, l'autre est considéré comme plus proche parent pour des besoins médicaux (même sans procuration)
7. Il est possible de bénéficier d'un don d'organe de son partenaire
8. Lorsqu'un partenaire meurt, l'autre peut continuer de louer le logement
9. Les partenaires doivent entretenir des rapports sexuels

D. Types de discriminations (par employeurs ou fournisseurs de services, et sur la base de l'orientation sexuelle ou de l'état civil) qui sont interdites par les lois antidiscriminatoires

1. Relatives au logement
2. Relatives à l'assurance vie
3. Relatives à l'assurance maladie
4. Relatives à la procréation médicalement assistée
5. Relatives à d'autres services
6. Relatives à la pension du partenaire survivant
7. Relatives à d'autres prestations liées à l'emploi et dont bénéficie le conjoint

E. Types de couples répondant aux conditions requises pour faire célébrer un mariage ou enregistrer un partenariat dans le pays concerné

- | | |
|--|--|
| Résident et de nationalité du pays concerné avec : | 1. Résident et de nationalité du pays concerné |
| | 2. Non-résident et de nationalité du pays concerné |
| | 3. Résident étranger |
| | 4. Non-résident étranger |

Non-résident et de nationalité du pays concerné avec :

5. Non-résident et de nationalité du pays concerné

6. Résident étranger

7. Non-résident étranger

Résident étranger avec :

8. Résident étranger

9. Non-résident étranger

Non-résident étranger avec :

10. Non-résident étranger

11. Entre frères et/ou sœurs

12. Entre un parent et un enfant

F. Autorité habilitée à fonder un mariage ou un partenariat enregistré

1. État civil

2. Collectivité locale

3. Église

4. Tribunal

5. Agent privé mandaté

6. Notaire

7. Magistrat administratif

G. Modalités de rupture du mariage et du partenariat enregistré

1. Décision de justice (sur demande conjointe ou individuelle)

2. Par volonté conjointe des partenaires (sans recours au tribunal)

3. Par volonté unilatérale (sans recours au tribunal)

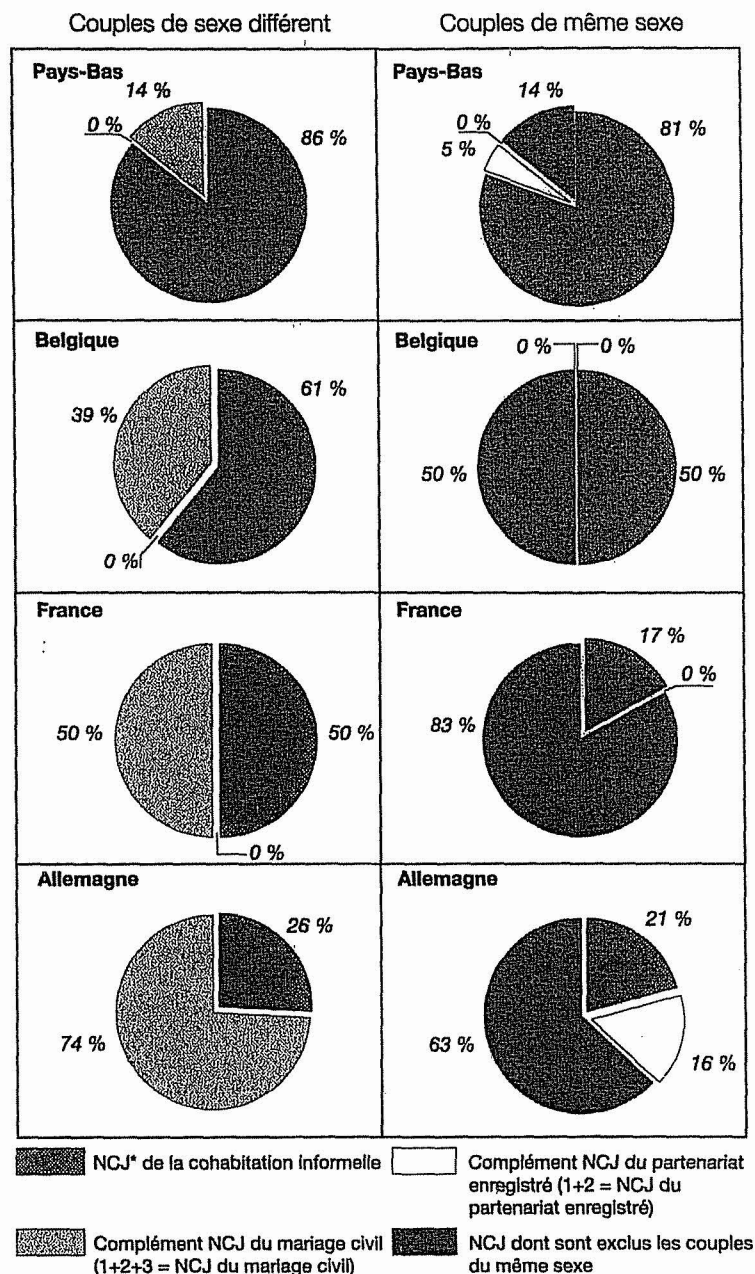
4. Par conversion du mariage en partenariat enregistré ou réciproquement (sans recours au tribunal)

5. Par le mariage d'un des partenaires enregistrés avec une tierce personne (ou réciproquement)

6. Par le mariage des partenaires enregistrés (ou réciproquement)

7. Par décision administrative (sur demande conjointe ou unilatérale)

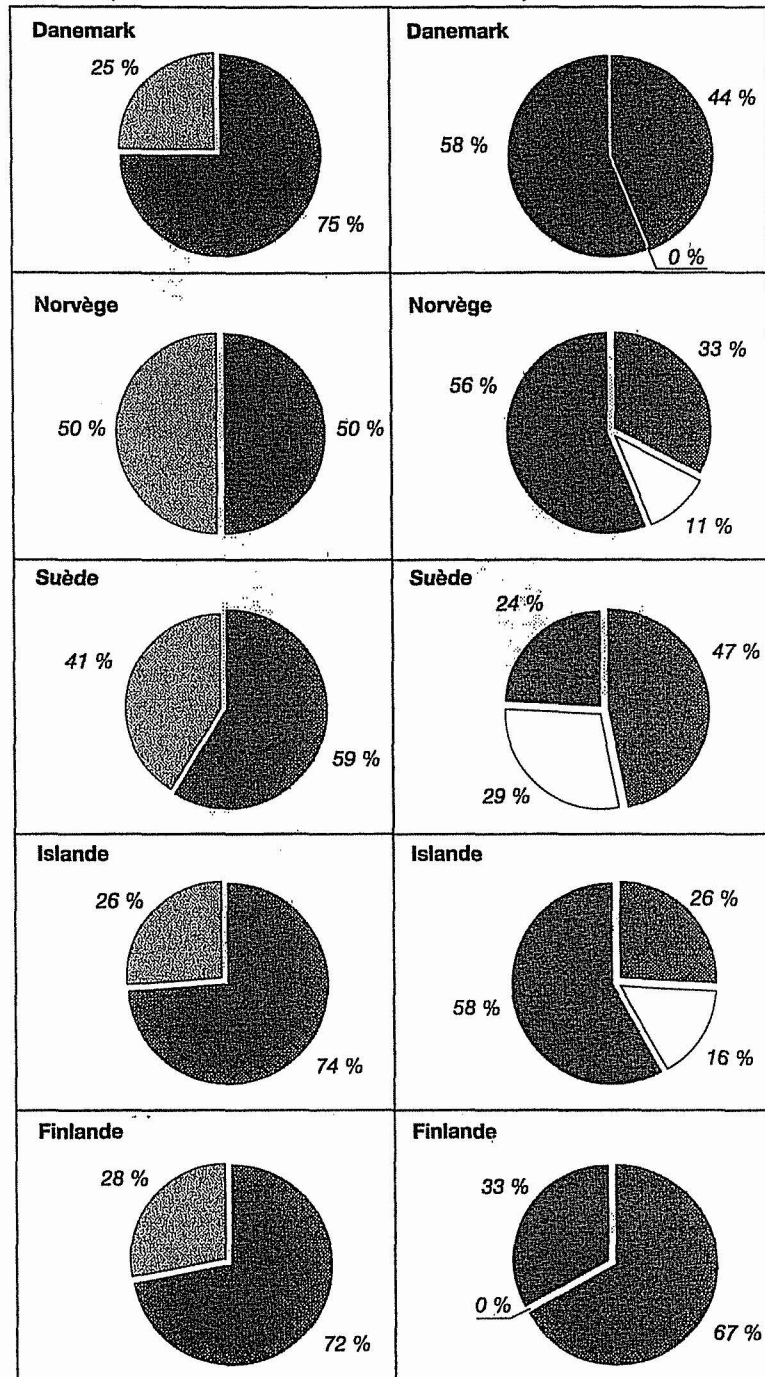
Graphiques circulaires des conséquences juridiques dans le champ de la parentalité et de la filiation (items A1-7)



*NCJ = Niveau de conséquences juridiques

Couples de sexe différent

Couples de même sexe



■ NCJ* de la cohabitation informelle

□ Complément NCJ du partenariat enregistré (1+2 = NCJ du partenariat enregistré)

▨ Complément NCJ du mariage civil (1+2+3 = NCJ du mariage civil)

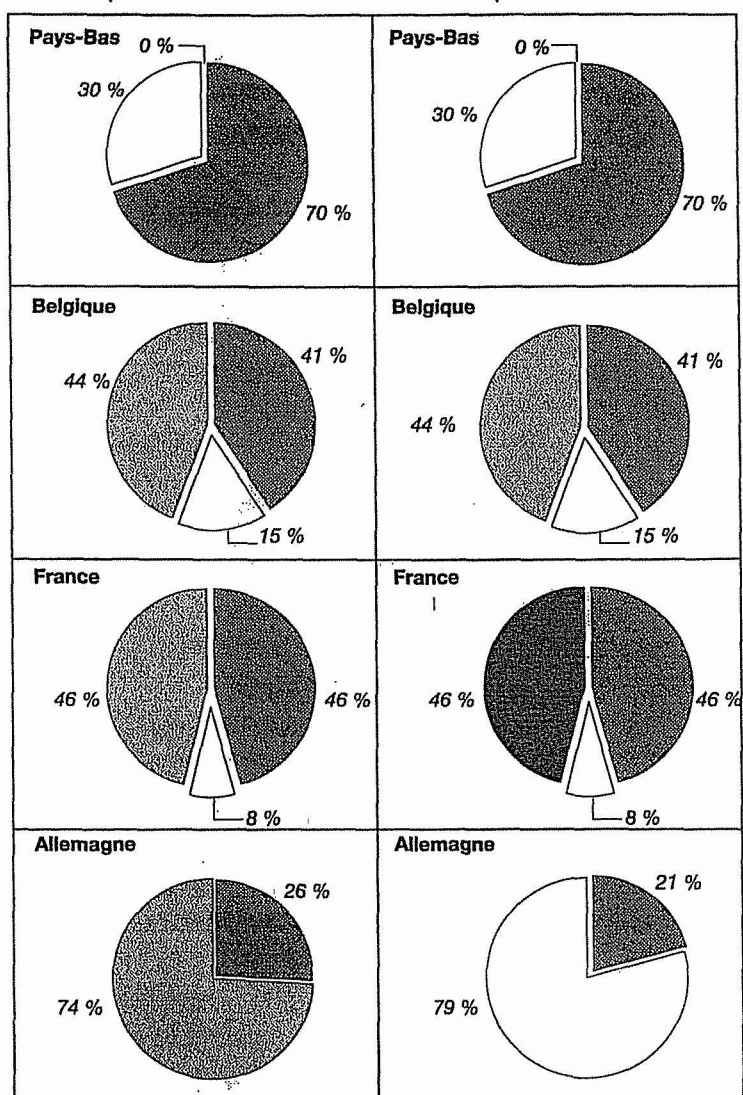
■ NCJ dont sont exclus les couples du même sexe

*NCJ = Niveau de conséquences juridiques

Graphiques circulaires des conséquences juridiques non-parentales et non-matérielles (items C1-9)

Couples de sexe différent

Couples de même sexe



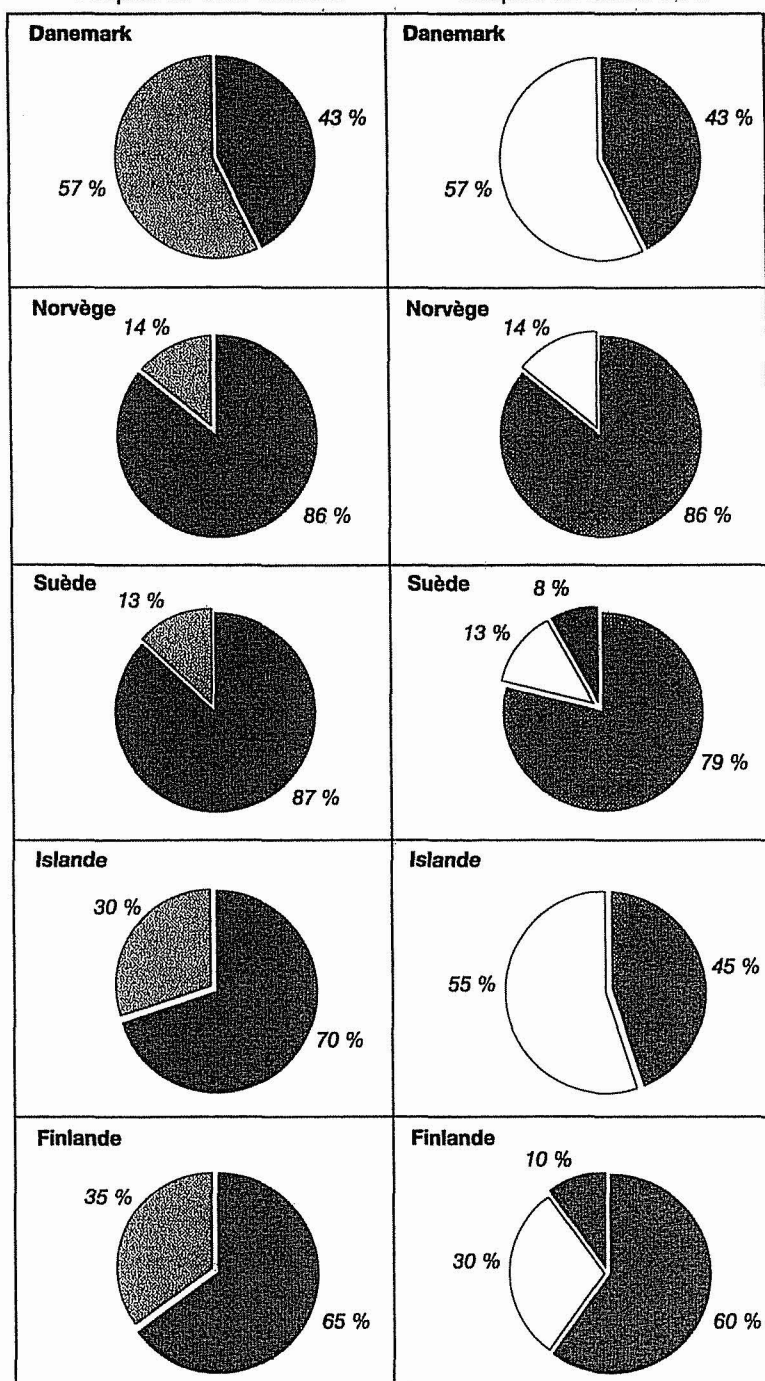
NCJ* de la cohabitation informelle
 Complément NCJ du partenariat enregistré (1+2 = NCJ du partenariat enregistré)

Complément NCJ du mariage civil (1+2+3 = NCJ du mariage civil)
 NCJ dont sont exclus les couples du même sexe

*NCJ = Niveau de conséquences juridiques

Couples de sexe différent

Couples de même sexe



■ NCJ* de la cohabitation informelle

□ Complément NCJ du partenariat enregistré (1+2 = NCJ du partenariat enregistré)

▨ Complément NCJ du mariage civil (1+2+3 = NCJ du mariage civil)

■ NCJ dont sont exclus les couples du même sexe

*NCJ = Niveau de conséquences juridiques

Questions sociologiques : des unions plus ou moins légitimes

Éric FASSIN¹

Le discours juridique se présente le plus souvent comme un énoncé de faits, une déclaration de valeurs ou le développement d'un argument – et parfois, alternativement ou simultanément, comme les trois à la fois. Pour un spécialiste des sciences sociales, le projet comparatif réalisé par neuf juristes européens sous la direction de Kees Waaldijk est fascinant parce que sa présentation sort quelque peu de l'ordinaire. Il ne s'agit pas seulement de faits, de valeurs, ou d'un argument. Son intérêt spécifique réside dans le fait qu'il prend la forme d'un artefact. Les tableaux parfaitement construits et les graphiques circulaires, la perfection presque absolue de la quantification (trente-trois questions, valant jusqu'à trois points chacune, pour un total maximum de quatre-vingt-dix-neuf qui permet un calcul aisé des pourcentages), tout nous rappelle que cette comparaison est en fait une construction méthodologique. Ces « niveaux de conséquences juridiques » (du mariage, de la cohabitation, du partenariat enregistré) doivent donc être vus comme un *outil de recherche*. Là est peut-être leur plus grande originalité.

1. Trois arguments

Non que les faits eux-mêmes soient d'une valeur négligeable. Au contraire, ils constituent une ressource d'une grande

1. Département de sciences sociales, École normale supérieure (Paris), chercheur à l'Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux (IRIS), CNRS / EHESS.

utilité. Les changements rapides dans le paysage juridique révélés par la politisation des « unions de même sexe » ont été presque impossibles à suivre. Par conséquent, et même si réunir les informations présentes dans ce document a clairement demandé des efforts considérables, le résultat en vaut sans aucun doute la peine, en dépit des mises à jour constantes qu'il nécessitera sûrement. Mais cette accumulation d'informations est bien plus qu'un simple recueil de faits. On peut d'abord en dégager trois arguments importants, empiriquement étayés.

Le premier argument fondamental qui sous-tend les données empiriques collectées ici est que, si l'on considère les conséquences juridiques, il n'y a pas de définition universelle du mariage (et encore moins du partenariat enregistré et *a fortiori* de la cohabitation informelle). Ce que signifie le mariage dépend des significations dont il est investi par une société donnée à une époque donnée. En termes de conséquences juridiques, par exemple, le mariage pour un couple de même sexe compte moins en Belgique que le partenariat enregistré en Suède et aux Pays-Bas ; et dans ces deux pays, la cohabitation informelle compte plus légalement que le partenariat enregistré, non seulement en Belgique mais aussi en France et en Allemagne. L'éclairage méthodologique ne manque pas d'intérêt. Il s'agit d'un projet comparatif qui prend en compte la difficulté de comparer des pommes et des poires – ou plutôt des réalités différentes ayant le même nom, et des réalités équivalentes ayant des noms différents. Les implications sont tout aussi importantes sur le plan politique et sur le plan pratique. Le droit privé international pourrait prendre en compte ces variations, et considérer le mariage (ainsi que d'autres formes de reconnaissance légale) non pas comme un critère universel, mais comme une monnaie dont le taux de change serait à déterminer.

Le deuxième argument est tout aussi intéressant : dans chacun des neuf pays étudiés ici, la cohabitation informelle entraîne des conséquences juridiques. On pourrait dire qu'il s'agit là d'une forme moderne de « mariage de droit coutumier ». Le point est important. Sans cela, on pourrait être tenté de caractériser la montée des aménagements personnels infor-

mels dans toute l'Europe comme une « privatisation de la vie privée » – des individus organisant leurs relations intimes sans intervention de l'État. Mais de la même manière que la cohabitation informelle ne peut être décrite comme une absence de mariage mais plutôt comme un niveau d'engagement différent, on ne peut la définir comme une absence de l'État mais plutôt comme un degré d'implication moindre de celui-ci. Le combat pour le mariage de même sexe révèle donc un enjeu plus large dans les sociétés contemporaines dites libérales, enjeu que le féminisme a déjà établi comme son principe central : les « deux sphères » (publique et privée) ne peuvent et ne doivent pas être séparées. La « vie privée » ne peut être un absolu, même dans un contexte où sa définition institutionnelle est moindre.

Le troisième argument présenté dans ce travail est que les partenariats enregistrés qui étaient apparus en 2003 dans les neuf pays européens doivent être vus non seulement en relation au mariage, mais aussi à la cohabitation informelle. Il est vrai que de tels partenariats, en termes de conséquences juridiques, peuvent être décrits comme des « semi-mariages » (en Belgique, en France, en Allemagne) ou comme des « quasi-mariages » (aux Pays-Bas et dans les cinq pays nordiques examinés ici, le Danemark, l'Islande, la Finlande, la Norvège et la Suède). Mais ces partenariats doivent aussi être compris dans le contexte de définitions juridiques préexistantes de la cohabitation légale. D'ailleurs, les deux listes de pays seraient identiques : les partenariats sont plus proches du mariage dans les pays où la cohabitation entraîne davantage de conséquences juridiques. Cela justifie donc pleinement non seulement l'étude des partenariats et du mariage, qui sont au centre du débat public depuis que les unions de même sexe sont à l'ordre du jour des politiques européens, mais également celle de la cohabitation informelle, bien qu'elle ne soulève pas de semblables enjeux de légitimation, même en laissant de côté l'orientation sexuelle.

2. Évolutions et progrès

Cette construction méthodologique nous apporte bien plus que des faits : elle développe un argument, et même une batterie d'arguments. Mais elle implique également, dans son récit même, un ensemble de valeurs. Cela ne veut pas dire que les juristes qui ont participé à cette recherche soient prisonniers d'un « biais ». De toute façon, leurs données ne sont pas « biaisées ». Toutefois, leur engagement idéologique pour la reconnaissance des unions de même sexe définit leur approche : c'est une vision de l'histoire qu'en anglais on qualifie de « whiggish », autrement dit libérale, progressiste car basée sur l'hypothèse du progrès de la démocratie (ici, de la démocratie sexuelle). Naturellement, l'histoire confirme ce point de vue narratif optimiste : la cohabitation informelle et ses conséquences juridiques gagnent en importance dans les années 1970, les partenariats ont suivi dans les années 1990, d'abord pour les couples de même sexe puis pour ceux de sexe différent, et depuis le début des années 2000 le mariage s'ouvre aux couples de même sexe (aux Pays-Bas et en Belgique), avant de s'étendre bientôt à d'autres pays européens (en particulier à la Suède et à l'Espagne, qui ne fait pas partie de cette étude).

La construction méthodologique de l'étude est organisée autour des principes suivants : un critère de cent correspond au mariage entre personnes de sexe différent, et les droits (et obligations) rattachés aux autres statuts (ou aux couples de même sexe) sont mesurés à cette aune. Sur cette échelle, les Pays-Bas sont les plus proches de l'égalité parfaite, non seulement parce le mariage y inclut désormais des unions de même sexe, mais aussi parce que ses conséquences juridiques sont presque équivalentes à celles accordées aux couples de sexe différent. À l'opposé, des pays comme la France et l'Allemagne semblent à la traîne. Ce processus de modernisation organise le récit : davantage de droits rattachés à la cohabitation informelle semblent préparer le terrain à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. La question de la discrimination sexuelle

s'inscrit ainsi dans une perspective beaucoup plus large portant sur le statut juridique des couples, quelle que soit leur sexualité.

Bien sûr, certains critiqueront les fondements idéologiques d'une telle histoire. Ce qui est ici analysé comme le progrès de la modernisation juridique pourrait être critiqué comme un processus de normalisation sociale, mettant l'accent par là même sur le côté sombre de l'histoire. Cette perspective est présente en particulier dans le débat sur le mariage de même sexe : ce que certains présentent comme l'émancipation des gays et des lesbiennes est dénoncé par d'autres comme l'imposition de normes hétérosexuelles sur des pratiques *queer*. Mais la construction méthodologique nous permet de dépasser cette opposition : le récit prend toute sa valeur en nous aidant à faire sens d'une évolution. Il nous apporte une perspective qui éclaire différemment la réalité. Le fait de replacer l'enjeu particulier du mariage de même sexe dans le contexte de l'évolution plus générale du mariage et du couple jette un jour nouveau sur l'histoire récente.

Les neuf pays examinés ici peuvent tous être définis par l'introduction du partenariat enregistré. Il y a pourtant une différence majeure : ce qui était au départ réservé aux couples de même sexe dans les pays nordiques (Danemark, Norvège, Suède et Islande) a ensuite été ouvert également aux couples de sexe différent (aux Pays-Bas, en France et en Belgique). Cela change la signification du partenariat enregistré : ce qui était présenté comme une alternative au mariage au début des années 1990 apparaît ensuite comme une forme intermédiaire (et dans la pratique sociale souvent comme une étape de transition) entre la cohabitation informelle et le mariage – voire comme un tremplin vers l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, comme cela s'est produit aux Pays-Bas et en Belgique. Même si les législateurs français n'ont pas emprunté cette voie, leur anxiété révèle que le passage de l'alternative à la transition est bien présent à l'esprit de tous aujourd'hui. L'exemple plus récent de l'Allemagne et de la Finlande, avec un retour à un statut spécifique pour les couples de même sexe, peut être ainsi compris comme une réaction à l'encontre de cette nouvelle logique.

3. Récits alternatifs

Non que le point de vue narratif sous-tendant cette étude soit le seul possible. En fait, elle devient encore plus intéressante si l'on prend en compte non seulement les éléments qui confirment la logique de la modernisation juridique et des droits individuels, mais aussi ceux qui trouvent mal leur place dans ce tableau de l'émancipation – car ils ne sont pas exclus mais au contraire révélés par cette enquête. La question n'est plus : ce mouvement libéral ne cache-t-il pas un processus de normalisation ? mais plutôt : n'y a-t-il pas des logiques différentes, potentiellement contradictoires, se développant en même temps et entrant parfois en conflit dans le mariage (comme dans le partenariat enregistré) ? Sur ce plan, deux éléments sont intéressants. L'un est particulièrement visible dans les tableaux, c'est la parentalité et la filiation. L'autre apparaît moins, c'est la citoyenneté.

Commençons par la citoyenneté. Il est à noter que bien que cette question apparaisse dans la catégorie « autres conséquences juridiques » (item C3), elle n'a pas de représentation spécifique dans les graphiques (deux conséquences parmi neuf conséquences diverses). Le problème est soulevé par l'étude elle-même : tous les éléments ont-ils la même importance ? Par exemple, la question suivante (item C4) sur le droit de ne pas témoigner contre son partenaire a-t-elle un poids comparable ? C'est bien sûr une question de perspective. De plus, la citoyenneté, si elle peut être une conséquence, constitue également un préalable très important (items E1 à E10). C'est une question pour laquelle les privilèges du mariage demeurent importants, et les bénéfices du partenariat enregistré de grande valeur. C'est peut-être aussi un domaine où la tendance à la libéralisation sous-jacente au point de vue narratif de cette étude pourrait rencontrer une tendance contraire allant vers plus de contrôle : il n'y a pas d'« informalisation » de la citoyenneté. Une tension pourrait ainsi apparaître entre la logique des unions de même sexe et celle des mariages mixtes, avec des États européens se montrant moins libéraux à leurs frontières qu'à l'intérieur de

celles-ci – voire rapatriant la logique illibérale, de la citoyenneté vers le mariage.

La transition est aisée vers l'autre question qui nous occupe, celle de la filiation et de la parentalité, car elle recoupe les enjeux de l'adoption internationale (et même de la mondialisation des politiques de procréation, avec par exemple l'accès aux techniques de procréation). Dans cette étude, la spécificité des conséquences de la filiation est prise en compte. Les graphiques circulaires des conséquences parentales sont ceux qui contiennent le plus de « gris clair » et même de « noir » – c'est-à-dire que le mariage est particulièrement important dans les enjeux parentaux, surtout pour les couples de même sexe. Les limitations des droits découlant des partenariats de même sexe (notamment en France) et même du mariage de même sexe (notamment en Belgique) sont d'abord et surtout liées aux enjeux parentaux (par exemple en Belgique). Cela soulève une question : que montrerait un autre type d'étude qui aurait pour point de départ les droits de filiation et non ceux des couples ? Le récit de la modernisation serait-il très différent si l'on abordait ces enjeux par le biais de la relation parentale ?

Le point de vue narratif proposé est peut-être européen – ce qui n'a rien de surprenant dans une étude menée par des Européens sur des pays européens. Les droits de filiation ne découlent pas forcément des droits des couples. Le point de vue pourrait donc fort bien être tout autre ailleurs, aux États-Unis par exemple. L'un des arguments fréquemment avancés outre-Atlantique (dans le droit et dans la société) pour justifier l'ouverture du mariage aux couples de même sexe est qu'il est établi que les gays et les lesbiennes sont de bons parents. Les droits parentaux pourraient alors ouvrir la voie aux droits pour le couple. De ce côté-ci de l'Atlantique, la logique semble fonctionner dans le sens inverse : l'accès aux droits de la procréation est souvent perçu comme une conséquence potentielle des droits du partenariat ou du mariage¹.

La version américaine se situe-t-elle plus que l'euro-péenne

1. Cet argument est développé plus longuement dans Fassin, 2001.

dans une perspective de progrès démocratique ? D'un côté comme de l'autre, quel poids faut-il attribuer au modèle « familial » – que l'autonomie du couple soit représentée *a priori* ou *a posteriori* ? La question de la famille contrebalance-t-elle (voire affaiblit-elle ?) la représentation libérale des individus ? Cela mérite sans aucun doute réflexion. Contentons-nous de suggérer que chaque version comporte un paradoxe : une naissance hors mariage demeure beaucoup plus stigmatisante outre-Atlantique qu'en Europe, où, dans la pratique, l'enfant précède plus fréquemment l'union, mais c'est plutôt aux États-Unis que le mariage peut être justifié légalement par le statut parental. Il y a donc un décalage de chaque côté entre représentations juridiques et représentations sociales.

4. Droit et société

Cette étude juridique engage une discussion avec les sciences sociales – démographie, anthropologie ou sociologie – et repose la question classique de la relation entre le droit et la société, c'est-à-dire entre les lois et les normes ou les pratiques. L'alternative est généralement celle-ci : les lois sont-elles un facteur déterminant des évolutions sociales ou est-ce l'inverse ? Il s'agit bien sûr d'une variante de la fameuse plaisanterie métaphysique : lequel est apparu en premier, l'œuf ou la poule ? Et même si le problème ne sera pas résolu ici, il est intéressant d'examiner les deux aspects de la question. Les évolutions sociales expliquent-elles les réformes juridiques ? Les réformes juridiques expliquent-elles les évolutions sociales ?

La première question nous amène à nous pencher sur ce que nous savons des transformations sociales dans les neuf pays. Et en particulier, puisqu'elle constitue le point de départ du récit historique de cette étude, que savons-nous de la cohabitation informelle ? La chronologie juridique suit ici clairement l'évolution sociale : dans toute l'Europe, les taux de mariage déclinent depuis les années 1970 (ou, pour être plus précis, ont décliné jusqu'au milieu des années 1990), et les taux de coha-

bitation augmentent depuis les années 1980. Les droits juridiques attribués à la cohabitation informelle et aux partenariats enregistrés reflètent donc une évolution sociale plus large. Les choses deviennent toutefois plus complexes si l'on regarde les chiffres comparatifs des différents pays.

En Europe méridionale (et en Irlande), le niveau de la cohabitation est faible – ce qui aide à mieux comprendre l'absence de lois sur le partenariat enregistré, en tout cas jusqu'à récemment (l'Espagne doit maintenant nous inciter à revoir nos prénotions). Mais si l'on ne considère que les pays compris dans cette étude, les révélations sont intéressantes. Comme il fallait s'y attendre, la Scandinavie ayant ouvert la voie des partenariats enregistrés, le niveau de cohabitation est très élevé dans les pays nordiques, mais aussi, de façon plus surprenante, en France. Il est beaucoup plus faible, il fallait également s'y attendre, en Allemagne mais aussi, de façon plus surprenante, en Belgique et aux Pays-Bas (Kiernan, 2002). Un autre indicateur révèle la même « hiérarchie » : les naissances hors mariage sont très basses en Europe méridionale et en Irlande, très élevées en Scandinavie mais aussi en France, et intermédiaires en Allemagne, mais aussi en Belgique et même aux Pays-Bas¹.

Cela signifie probablement qu'il n'existe pas d'équivalence directe ou de simple relation de cause à effet entre évolutions sociales et réformes juridiques. Le classement juridique présenté dans cette étude ne reflète pas de façon précise le classement social dérivé des enquêtes démographiques. Il manque à ce tableau la sphère publique, dans laquelle les réalités sociales sont formulées comme des enjeux politiques avant d'être potentiellement traduites en réalités juridiques. La politique est le processus de transformation des évolutions sociales en réformes légales, pas seulement comme un reflet de réalités préexistantes, mais aussi comme une interprétation performative de la société. Pour être comprise, l'articulation entre le droit et la société doit non seulement prendre en compte les faits démographiques et la façon dont les acteurs sociaux ressentent ces faits, mais aussi

1. Conseil de l'Europe, 2003, Table 3.2, p. 66.

la façon dont ils sont représentés politiquement dans la sphère publique.

Gardons cela à l'esprit en retournant la question. Les lois sont-elles la clé des pratiques sociales ? En particulier, le niveau de conséquences juridiques peut-il permettre de prévoir la fréquence des enregistrements de partenariats ? En fait, ceci pourrait également s'appliquer aux différences de taux de mariage : sont-elles liées à des variations de conséquences juridiques ou, plus précisément, ces différences sont-elles une conséquence de ces variations (puisque nous savons déjà que les droits de la cohabitation ont suivi l'essor de la cohabitation, diminuant par là même la valeur juridique relative du mariage et précipitant peut-être son déclin statistique) ? Comme l'indique judicieusement Kees Waaldijk, non seulement le « NCJ » n'est forcément qu'un facteur parmi de nombreux autres, mais ce facteur même peut être difficile à apprécier correctement car les acteurs sociaux sont probablement moins au fait des conséquences juridiques que les juristes qui, au prix d'efforts considérables, ont recueilli les données présentées dans ce document. On ne sait pas très bien pourquoi les gens se marient ou enregistrent leur partenariat, et peut-être ne le savent-ils pas non plus.

Néanmoins, grâce à cette étude, cette complexité a pu être démontrée. Si les taux relativement élevés de partenariat enregistré aux Pays-Bas comme en France se confirmaient en dépit du fait que les conséquences juridiques sont élevées dans le premier cas et basses dans le second, on pourrait alors mesurer le peu d'importance des avantages légaux. Un partenariat réservé aux couples de même sexe s'avère peut-être moins attractif pour les gays et les lesbiennes (comme cela semble être le cas en Scandinavie) car ils semblent répugner à se reconnaître dans un statut fondé sur l'idéologie « séparés mais égaux »¹. De plus, pour les couples de même sexe aux Pays-Bas, les conséquences juridiques sont identiques pour le mariage et le partenariat enregistré. L'examen des stratégies intimes des couples

1. Pour de premiers éléments de comparaison, voir Festy, juin 2001. Voir également Digoix & Festy, 2004.

gays et lesbiens néerlandais nous aidera ainsi à mieux comprendre pourquoi les gens choisissent une option plutôt qu'une autre, quelles qu'en soient les conséquences juridiques. Cela pourrait constituer une façon d'aborder la signification symbolique attachée aux institutions juridiques.

5. Des questions, autant que des réponses

Cette étude se révélera probablement aussi intéressante pour les questions qu'elle soulève que pour les réponses qu'elle contribue à fournir. Si les conséquences juridiques ne peuvent pleinement rendre compte des taux de mariage et de partenariats enregistrés, il faut alors se demander comment la signification du mariage est transformée par l'émergence des partenariats enregistrés et par les nouveaux droits associés à la cohabitation informelle. Les débats politiques sont de bons révélateurs des nouvelles significations du mariage. En France, les opposants au *pacte civil de solidarité* à la fin des années 1990, et plus récemment, en 2004, les opposants à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe, ont été tout à fait prêts à accorder des avantages pratiques aux couples de même sexe tant qu'ils ne revendiquaient pas le mariage. En fait, des politiques qui s'étaient opposés au pacs veulent désormais l'améliorer – de manière à ne pas aller en direction du mariage.

Ceci n'est pas spécifique à la France : aux États-Unis, le président George W. Bush a exprimé son soutien à un amendement de la Constitution contre le « mariage gay » tout en exprimant un intérêt pour les unions civiles quelques jours avant d'être (ré)élu en 2004. De la même façon, en 2003, les juges minoritaires dans la décision de la Cour suprême du Massachusetts « *Goodridge v. Public Health* » étaient prêts à aller très loin pour sauvegarder l'exception hétérosexuelle du mariage : les couples de même sexe et de sexe différent pouvaient être égaux en droits, tant qu'ils restaient séparés. Cela signifie que les opposants aux revendications politiques des gays

et des lesbiennes visent à préserver au moins la signification symbolique du mariage.

Cette lecture symbolique du mariage pourrait précisément bien être ce qui est en jeu dans les pratiques des couples de même sexe – comme l'attestent, dans les pays où le mariage civil n'est pas disponible, les cérémonies religieuses aux États-Unis ou les cérémonies de pacs « privées » en France. Ce qui s'est passé à San Francisco autour de la Saint-Valentin 2004 ou dans le Massachusetts quelques semaines plus tard peut être compris symboliquement. Beaucoup de gays et de lesbiennes, sans être en faveur du mariage, furent émus et même tentés par de telles manifestations. La signification du mariage fut ainsi redéfinie, à la fois pour ceux qui se marièrent effectivement et pour de nombreux autres, comme une forme de « coming out » – un « coming out » pour les gays et les lesbiennes en tant qu'individus, et un « coming out » de l'homosexualité elle-même. Le mariage est un langage public pour des émotions intimes et des pratiques privées.

Cette perspective n'est pas directement celle des conséquences juridiques examinées ici ; mais grâce aux questions que soulève ce travail, elle devient manifeste lorsque l'on mesure l'importance de la résistance symbolique au mariage des couples de même sexe, et de sa réappropriation symbolique par ceux-ci. C'est d'autant plus intéressant que cela se produit à une période qui a pu être dite de « démariage », ou de désinstitutionnalisation du mariage transformé en un simple choix privé. En fait, comme le révèle la bataille symbolique, le mariage est peut-être de nos jours plus ambigu qu'on ne le pensait. Le mariage comme forme ultime de « coming out » pour les couples de même sexe est peut-être ce qui émerge des paradoxes des conséquences juridiques variables.

Si l'étude nous aide à repenser la définition du mariage, elle soulève également des questions sur la définition du couple. Qu'est-ce qu'un couple – aujourd'hui ? La question est d'importance, non seulement en termes théoriques, politiques (qui a accès aux droits liés à la cohabitation, au partenariat et au mariage ?), mais aussi scientifiques (si les démographes, les sociologues ou les anthropologues étudient les couples, com-

ment les définiront-ils ?). On peut être tenté de dire qu'un trait déterminant est la cohabitation. C'est après tout la façon dont les droits juridiques se rattachent à une relation qui sinon ne serait pas sanctionnée par l'État – c'est-à-dire par la cohabitation informelle (qui implique ordinairement, comme nous le rappelle Kees Waaldijk, « évidemment [...] une adresse commune »). Mais la cohabitation est-elle un trait déterminant des partenariats enregistrés ? Et qu'en est-il du mariage lui-même ?

En fait, le critère de la cohabitation ne figure nulle part dans cette étude (sinon comme un parti pris de commodité méthodologique) – ni dans la liste des conséquences, ni même dans celle des conditions préalables¹. Les couples ne sont pas définis ici par la cohabitation. Beaucoup de cohabitants ne seraient effectivement pas considérés comme des couples, alors que nombre de couples ne résident pas ensemble, par choix ou par nécessité. La cohabitation est donc un critère à la fois trop large et trop étroit pour définir le couple. Mais, au moins dans le droit français, le Code civil ne déclare-t-il pas que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie » (article 215) ? L'abandon de domicile n'est-il pas un motif de divorce : « Le divorce peut être demandé par l'un des époux en cas de cessation prolongée de la communauté de vie, lorsque les époux vivent en réalité séparés depuis six ans » (article 237) ? La jurisprudence est certes hésitante, mais au moins sur le plan symbolique, la présomption de cohabitation ne joue-t-elle pas encore un rôle dans la définition des couples – selon les normes sociales, mais aussi juridiquement ? N'est-ce pas ce qui relie, même si c'est peut-être implicite, la cohabitation informelle, les partenariats enregistrés et le mariage ?

Pour prendre un second critère, qu'en est-il des relations sexuelles ? Elles sont bien présentes ici. Le critère est décrit sobrement (item C9) : « Les partenaires ont une obligation de relations sexuelles. » C'est le cas en Belgique, mais seulement pour le mariage (de même sexe et de sexe différent), et encore plus en France, non seulement dans le cadre du mariage mais aussi apparemment du *pacs* et du *concubinage*, de même sexe

1. Mais voir *supra*, p. 21-22.

ou de sexe différent. L'exception française se traduit donc par une sexualité (voire une homosexualité !) obligatoire. Le Code civil va même plus loin dans son interdiction de l'infidélité – mais uniquement dans le cas du mariage : « Les époux se doivent mutuellement fidélité » (article 212). Mais la France est une exception, ou presque. En plus du mariage belge, on peut mentionner la cohabitation suédoise (voir la note de Ytterberg [2005] à l'item C9 : « Pour qu'une cohabitation informelle dépende des dispositions de la loi sur la cohabitation, la nature de la relation doit être telle que les relations sexuelles en soient habituellement considérées comme une partie intégrante »).

Mais la France est-elle véritablement exceptionnelle par sa présomption de sexualité, ou seulement parce qu'elle l'exprime ? Après tout, comme nous le rappelle l'analyse comparative, en ce qui concerne le mariage, « dans chacun des neuf pays, une condition est qu'un partenaire ne peut être une sœur, un frère, un parent ou un enfant de l'autre partenaire ». Mais cela s'applique aussi aux partenariats enregistrés : « La seule exception est la Belgique, où des partenariats intergénérationnels et entre frères et sœurs peuvent aussi être enregistrés. » Mais ne s'agit-il pas d'une exception qui confirme la règle ? Cette possibilité n'a-t-elle pas été préservée en Belgique précisément pour distinguer les partenariats du mariage, qui était lui réservé aux couples de sexe différent ? De la même façon, le *vide juridique* suédois dans la législation n'infirmes pas forcément la règle. Le mariage entre le parent adoptif et l'enfant est théoriquement possible, mais « cela a été largement critiqué et le Gouvernement a annoncé à plusieurs occasions que cette possibilité serait abolie » (voir la note de Ytterberg [2005] à l'item E12). En un mot, plutôt qu'une déssexualisation radicale, la prohibition systématique de l'inceste confirme effectivement une présomption de sexualité dans toute l'Europe, au moins pour le mariage et les partenariats enregistrés (les items E11 et E12 ne sont pas envisagées pour la cohabitation informelle).

Cela ne signifie pas que le mariage (ou le partenariat enregistré ou la cohabitation informelle) doive (encore) être défini par la cohabitation, ou même par le lien sexuel. Il semble plutôt exister

une tension entre deux logiques également modernes, mais potentiellement contradictoires. D'un côté, les couples de même sexe pourraient montrer la voie d'une modernisation radicale (au sens de privatisation et d'individualisation) du mariage et d'autres formes contemporaines d'organisation de la vie privée. Selon cette perspective, un couple n'est défini ni par des relations sexuelles ni par un foyer. Un couple, ce sont deux personnes qui se qualifient de couple – ce qui veut dire qu'il n'y a pas de définition institutionnelle, juste une autodéfinition individuelle.

D'un autre côté, pourquoi deux, et deux seulement, sinon parce que cette réinvention du mariage doit être comprise avec l'histoire matrimoniale pour arrière-plan ? Cette histoire ne devrait pas seulement être vue comme un héritage du passé et un fardeau pesant sur le présent. En réalité, cette logique n'est pas moins moderne que l'autre – elle l'est différemment. Le mariage (et ses formes atténuées que sont les partenariats et la cohabitation) ne peut être vu uniquement comme une disposition pratique, élaborée par rapport à ses conséquences juridiques. Cette institution renouvelée devrait plutôt être perçue comme le symbole d'un coming out gay et lesbien, sapant la hiérarchie des sexualités. De cette autre logique résulte donc un geste social, ni simplement privé, car c'est une revendication de légitimité, ni seulement individuel, car c'est une réappropriation de la forme conjugale.

Cette logique fondée sur la redéfinition symbolique de l'histoire peut ainsi être vue comme l'autre visage de la modernisation. Et l'évolution contemporaine des couples, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent, ainsi que les formes juridiques de reconnaissance qu'ils s'approprient, devraient être comprises comme le point de tension entre ces deux formes concurrentes de modernisation. Il y a là des possibilités d'invention, non comme l'inévitable déploiement de la logique de la modernité, mais dans les tensions entre les aspects contradictoires de la modernité incarnés dans des individus qui tentent de s'inventer en tant que couples¹.

1. Pour les travaux anthropologiques et sociologiques sur cette tension, indiquons l'ouvrage fondateur de Kath Weston, 1991, et plus récemment celui de Jeffrey Weeks, Brian Heaphy et Catherine Donovan, 2001. J'ai essayé d'envisager les possibilités d'invention à l'intérieur du mariage et de la famille dans Fassin, 2004 et 2005.

Références

La plupart des références sont les diverses parties du rapport : Waaldijk, K. (ed.) (2005). *More or less together : Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*. Documents de travail n° 125, Institut national d'études démographiques, Paris, 2005 (voir http://www-same-sex.ined.fr/intro_pub.htm).

- Asland, J. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Norway », *More or less together* (p. 155-167).
- Baatrup, S. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Denmark », *More or less together* (p. 67-78).
- Borrillo, D. (2001). « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *McGill Law Journal*, 46, p. 877-922.
- Borrillo, D. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in France », *More or less together* (p. 93-106).
- Conseil de l'Europe (2003). « Évolution démographique récente en Europe » (« Recent Demographic Developments in Europe »), Conseil de l'Europe.
- De Schutter, O. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Belgium », *More or less together* (p. 49-65).
- Digoix, M., Fassin, É., Festy, P., Stefánsson, K., & Waaldijk, K. (2005). *Les couples homosexuels et l'enregistrement de leur union. Rapprochement avec les couples hétérosexuels et recherche comparative internationale*, Institut national d'études démographiques, Paris (voir http://www-same-sex.ined.fr/intro_pub.htm).
- Digoix, M. & Festy, P. (eds.) (2004). *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages : A Focus on cross-national differentials*, Documents de travail n° 124, Institut national d'études démographiques, Paris (voir http://www-same-sex.ined.fr/intro_pub.htm).
- Fassin, É. (2001). « Same Sex, Different Politics : Comparing and Contrasting "Gay Marriage" Debates in France and the United States », *Public Culture*, vol. 13, n° 2, p. 215-232.
- Fassin, É. (2004). « Lieux d'invention. L'amitié, le mariage et la famille ». *Vacarme*, numéro spécial sur « Michel Foucault », n° 29, p. 120-123.
- Fassin, É. (2005). « Couples homosexuels et familles homoparentales », *Femmes, sexe ou genre. L'état des savoirs*, Margaret Maruani ed., La Découverte, Paris, ch. 22, p. 184-191.
- Festy, P. (2001). « Pacs : l'impossible bilan », *Population & Sociétés*, 369.
- Fridriksdóttir, H. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation

- and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Iceland », *More or less together* (p. 121-135).
- Hiltunen, R. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Finland », *More or less together* (p. 79-91).
- Kiernan, K. (2002). « The State of European Unions : An Analysis of Partnership Formation and Dissolution », *Dynamics of Fertility and Partnership in Europe : Insights and Lessons from Comparative Research*, Vol. 1. Édité par Macura, M. and Beets, G., UN, p. 57-76.
- Siegfried, D. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Germany », *More or less together* (p. 107-119).
- Waldijk, K. (2003). « Taking same-sex partnerships seriously : European experiences as British perspectives ». *International Family Law*, p. 84-95 (voir www.emmeijers.nl/waldijk).
- Waldijk, K. (2004). « Others may follow : the introduction of marriage (and quasi-marriage or semi-marriage) for same-sex couples in European countries ». *New England Law Review*, 38, p. 569-589 (voir www.emmeijers.nl/waldijk).
- Waldijk, K. (2005). « Comparative overview & Comparative analysis », *More or less together* (p. 7-35 & 37-47).
- Waldijk, K. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in the Netherlands », *More or less together* (p. 137-153).
- Waldijk, K. & De Schutter, O. (2005). « Más o menos juntos. Niveles de consecuencias jurídicas del matrimonio, convivencia y uniones civiles entre parejas del mismo sexo y de diferente sexo : la situación en los Países Bajos y Bélgica ». *Orientaciones - Revista de Homosexualidades*, 10, p. 139-158 (voir www.emmeijers.nl/waldijk).
- Waldijk, K. & Bonini-Baraldi, M. (2006). *Sexual orientation discrimination in the European Union : national laws and the Employment Equality Directive*, The Hague : T.M.C. Asser Press.
- Weeks, J., Heaphy, B. & Donovan, C. (2001). *Same Sex Intimacies. Families of Choice and Other Life Experiments*. Routledge, Londres et New York.
- Weston, K. (1991). *Families We Choose. Lesbians, Gays, Kinship*. Columbia U.P., New York.
- Ytterberg, H. (2005). « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in Sweden », *More or less together* (p. 169-185).

Cet ouvrage a été composé
par I.G.S. - C.P. à L'Isle-d'Espagnac (16)

Imprimé en France
par MD Impressions
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Avril 2008 — N° 53 869

Le mariage a changé en Europe, et dans la société, et dans le droit. On voit ainsi se développer depuis les années 1970, en même temps que la cohabitation informelle, les conséquences juridiques qui en découlent, et à partir de 1989, des formes de partenariat enregistré. Enfin, depuis 2001, les Pays-Bas, avant la Belgique et l'Espagne, ont ouvert le mariage aux couples de même sexe. Le développement des partenariats enregistrés peut ainsi être rapporté à deux évolutions fondamentales dans les sociétés européennes : d'une part, le développement des cohabitations informelles, et d'autre part, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

Selon les pays, le droit définit pourtant différemment ces trois formes de conjugalité. Le « niveau de conséquences juridiques » est l'outil forgé par Kees Waaldijk, avec un groupe de juristes, pour mesurer ces variations nationales. Reste à voir dans quelle mesure ces « niveaux » variables font, ou pas, le succès des différentes options conjugales. Le commentaire sociologique d'Éric Fassin revient sur cette démarche, pour interroger la perspective « progressiste », et les modèles de modernité démocratique en jeu dans les nouvelles formes de conjugalité.

Kees Waaldijk, maître de conférences, Institut E.M. Meijers d'études juridiques, Faculté de Droit de l'Université de Leyde (Pays-Bas), a co-dirigé Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : législation dans quinze États membres de l'UE (2004).

Éric Fassin, sociologue, professeur agrégé à l'École normale supérieure, est notamment l'auteur de L'inversion de la question homosexuelle (2005).

« Les Notes » de la Mission de recherche Droit et Justice visent à contribuer aux débats sur la justice en diffusant des travaux de recherche auprès d'un large public.

ISBN : 978-2-13-056249-8



9 782130 562498

www.puf.com

12 € TTC France