

## IV- Le Pacte civil de solidarité

### §1. ANALYSE

Le P.A.C.S. a constitué la réponse du législateur à la demande des homosexuels d'accéder au mariage. Afin de tenter de désamorcer la critique qui aurait consisté à reprocher au législateur d'avoir accordé la reconnaissance sociale à un couple que certains considèrent encore comme « hors norme », le législateur a constamment prétendu que ce statut n'était que patrimonial et qu'il s'agissait seulement de régler des questions matérielles.

En outre, parce que les associations d'homosexuels refusaient que le statut consacré leur soit exclusivement réservé au prétexte qu'il y aurait là discrimination, le législateur a ouvert le statut à tous les couples, même hétérosexuels. Dans le même temps, la question de savoir si le P.A.C.S. reposait nécessairement sur une relation de couple a été âprement discutée. Dans la logique patrimoniale ci-dessus rappelée, certains envisageaient ainsi de l'ouvrir à des frères et sœurs, amis, etc... Ainsi étendu hors de sa vocation première, le pacte perdait toute cohérence.

C'est pourquoi cette dernière solution n'a pas été retenue : le pacte est donc réservé à des partenaires qui forment un couple. C'est ce qui résulte implicitement des diverses conditions posées par le législateur (article 515-2 du Code civil) et de l'incompatibilité posée par l'article 515-7 entre P.A.C.S. et mariage. À cet égard, la décision du Conseil constitutionnel relative, notamment, à la notion de vie commune ne fait qu'explicitement ce qui résultait nécessairement des textes.

De ce cheminement législatif tortueux résulte une ambiguïté fondamentale du P.A.C.S., à mi-chemin entre institution (organiser un couple) et contrat (organiser des effets patrimoniaux).

Il est souhaitable de supprimer cette ambiguïté. Ceci peut être fait en renforçant soit l'aspect contractuel, soit l'aspect institutionnel.

Le renforcement de l'aspect institutionnel paraît adéquat, en raison du fondement même du P.A.C.S., qui est le couple. Dès lors, les conséquences que produit, en toute logique, le « tout contractuel » sont très dangereuses : elles conduisent à un pluralisme sans limites des couples non mariés (certains choisiront « plus de mariage », d'autres « plus de P.A.C.S. », d'autres encore se promettent fidélité...), mais aussi banalise de façon symboliquement perverse le couple (pourquoi pas insérer dans le pacte une clause pénale ou une clause dédit ?).

Il faut néanmoins prendre garde à ce qu'une telle institutionnalisation du P.A.C.S. ne porte atteinte au mariage, ce qui impose de préserver l'exclusivité de ce dernier, notamment en matière personnelle (v. *supra*, le chapitre relatif au

mariage). Dans cette perspective, le groupe de travail propose de limiter le P.A.C.S. aux seuls effets patrimoniaux.

Le dispositif légal actuel, dont tout le monde s'accorde aujourd'hui à dénoncer les graves imperfections, doit ainsi être remanié dans la perspective d'un renforcement du caractère institutionnel du P.A.C.S. (II)

Il convient également de redéfinir son champ d'application (I) et de proposer diverses améliorations ponctuelles (III)

## I. Champ d'application

Le P.A.C.S. procède d'une confusion des genres<sup>1</sup> puisqu'il ouvre un statut indifférencié aux couples homosexuel et hétérosexuel. Or, relativement à ce dernier, la solution est discutable.

Tout d'abord, elle ne paraît pas correspondre à une réelle demande sociologique. Les concubins hétérosexuels ne souhaitent pas le plus souvent se couler dans un moule juridique, quoiqu'en ait dit le législateur. Ce statut ne semble pas répondre à une demande sociale effective (On pourra s'en convaincre en analysant les P.A.C.S. conclus depuis le vote de la loi).

Ensuite, à supposer même qu'une telle demande existe, on peut douter de sa légitimité : n'est-il pas contestable qu'un couple demande au droit de le reconnaître socialement, alors que, d'une part, ses membres refusent de prendre entre eux un quelconque engagement, et, d'autre part, refusent de s'engager vis-à-vis de l'enfant à venir ? On peut douter de l'utilité sociale d'un tel couple, privé de futur, d'engagement et dépourvu d'effets sur la descendance.

À l'égard des couples hétérosexuels, on peut considérer que le mariage constitue la seule institution acceptable. Partant, le groupe de travail est d'avis qu'il convient de réserver le P.A.C.S. aux couples homosexuels.

Néanmoins, revenir ainsi sur le champ d'application du statut entraînera vraisemblablement de fortes protestations et s'exposera au grief de violation du principe d'égalité et de discrimination illégitime. Ce grief paraît pourtant non fondé : la discrimination suppose un traitement inégal et non justifié, or il est fondé de refuser au couple hétérosexuel un tel statut alors que le mariage, qui est seul protecteur des enfants à naître, leur est ouvert. C'est donc bien à une restriction du champ d'application du P.A.C.S. que le raisonnement conduit. En conséquence, l'article 515-1 du Code civil devrait être modifié de manière à exclure les couples hétérosexuels du champ d'application du P.A.C.S.

À supposer qu'une telle modification ne rencontre pas une approbation suffisante, le groupe de travail est au moins d'avis que le P.A.C.S. devrait, d'une

---

<sup>1</sup> Sur ce point, v. I. THERY, " Le C.U.S. en question ", *Esprit*, 1997.

façon ou d'une autre, permettre à l'enfant, le cas échéant, issu du couple hétérosexuel, de faire établir sa filiation.

S'il est impossible de rattacher automatiquement l'enfant au couple, un tel automatisme postulant nécessairement une obligation de fidélité qui n'existe pas et ne doit pas exister dans le P.A.C.S., à tout le moins serait-il possible d'établir un lien entre le P.A.C.S. et l'action en déclaration de filiation dont la création est proposée plus loin, notamment quant au délai d'action (v. *infra*, le chapitre relatif à la filiation, article 311-7, alinéa 2 nouveau).

## II. Les conséquences du renforcement du caractère institutionnel du P.A.C.S

### A. *Explicitation du caractère institutionnel*

À l'instar de l'article 226 qui couvre les dispositions composant le régime primaire impératif, il conviendrait de poser expressément le caractère impératif des dispositions du Chapitre consacré au pacte civil de solidarité.

### B. *Le formalisme entourant le Pacte civil de solidarité*

L'actuel article 515-3 du Code civil prévoit l'élaboration d'une convention en double original, une déclaration conjointe de conclusion d'un PACS au greffe du tribunal d'instance et l'inscription de cette déclaration, par les soins du greffier, sur un registre.

À aucun moment il n'est indiqué que l'écrit est requis *ad validitatem*. Le défaut de production du double original est seulement sanctionné par l'irrecevabilité de la demande d'inscription. Or l'inscription rend seulement le PACS opposable aux tiers.

Ainsi, il n'apparaît pas que l'élaboration d'un écrit ni la déclaration conjointe soient requises *ad validitatem*.

Parce que le P.A.C.S. est un acte grave qui produit d'importantes conséquences patrimoniales et, surtout, repose sur un lien de couple, un formalisme protecteur du consentement des partenaires s'impose. C'est pourquoi il conviendrait d'exiger la rédaction d'un acte authentique, ou, à tout le moins, un acte sous seing privé à peine de nullité relative.

Parce que le P.A.C.S. constitue la reconnaissance sociale d'un couple, la déclaration conjointe au greffe du tribunal de grande instance devrait jouer un rôle semblable à celui de la célébration d'un mariage par un officier d'état civil. C'est donc à peine de nullité absolue que cette formalité doit être requise.

Pour conférer à la publicité réalisée une efficacité réelle et permettre, en outre, le cas échéant, aux parties de faire la preuve de leurs droits, il convient de prévoir la conservation par le greffier d'une copie de la convention conclue.

Enfin, quant aux modifications susceptibles d'être apportées au pacte initial, il importe de leur imposer un formalisme identique.

La circulaire du 31 octobre 2000, qui se substitue à celle du 10 novembre 1999, prévoit que la convention modificative est rédigée par acte sous seing privé ou par acte authentique « sans qu'il y ait lieu de respecter les mêmes formes que celle de la convention initiale ».

Quant au décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999, il autorise, dans son article 3 l'information du greffier soit par déclaration conjointe, soit par lettre recommandée avec accusé de réception. On imagine aisément le risque de consentement arraché et de fraude que cette dernière procédure autorise.

Un formalisme identique doit être imposé à la convention et à la déclaration initiales, d'une part, à la convention modificative et à sa déclaration d'autre part, parce que ce formalisme est protecteur des parties, parce qu'est ainsi respecté le principe du parallélisme des formes, principe qui assure la cohérence du droit et la sécurité juridique.

Il convient enfin de revenir sur le choix du greffe du tribunal d'instance comme lieu de réception des déclarations. Ses inconvénients ont été, de toute part, dénoncés. Outre le surcroît de travail imposé à des structures parfois très légères, il impose un éparpillement des informations relatives à un même pacte civil de solidarité entre trois, voire quatre greffes différents.

Est ainsi retenue la solution d'une déclaration au greffe du tribunal de grande instance et d'une inscription au répertoire civil, solution susceptible de considérablement simplifier le dispositif légal. Elle imposera une refonte des décrets d'application.

### **III. Précision et amélioration du statut**

Des modifications substantielles doivent être apportées au statut existant afin que lui soit conféré une sécurité juridique suffisante, tant pour les partenaires que pour les tiers.

#### **A. Formalités préalables à la déclaration**

S'agissant d'un statut, choisi volontairement par les parties, reconnu par le droit et fondé sur une relation de couple, la conclusion d'un P.A.C.S. devrait être précédée d'une visite médicale permettant d'assurer un consentement de qualité, comme cela est requis pour le mariage et dans les mêmes termes (v. *supra*).

#### **B. Les devoirs des partenaires**

L'article 515-4 du Code civil dispose que « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte.*

*Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun. »*

Cette disposition est défectueuse à plus d'un titre. Il est impératif de préciser les critères de détermination de l'aide matérielle à laquelle les partenaires s'obligent, lorsque le pacte est muet sur ce point, ce que la loi semble interdire mais que le Conseil constitutionnel a validé (décision n° 99-419, considérant n° 31), ainsi que la contribution de chacun aux dettes qui les engagent solidairement. Peut ici être mis en œuvre le critère des ressources et besoins respectifs des partenaires.

#### **C. Le jeu des présomptions d'indivision**

L'article 515-5 du Code civil est critiqué par la doctrine unanime ; ses conséquences sont redoutées par l'ensemble des praticiens.

Une solution radicale consisterait à abandonner le régime de l'indivision et lui substituer, par exemple, les règles du régime matrimonial légal. On conçoit cependant les inconvénients, au moins au plan symbolique, d'une telle mesure.

De manière moins radicale, on peut refondre l'article 515-5 du Code civil, sans abandonner le droit de l'indivision, mais en explicitant et encadrant davantage le système mis en place pour garantir plus efficacement la sécurité des partenaires comme des tiers.

### **C.1. Domaine des présomptions d'indivision**

La présomption d'indivision peut couvrir les meubles meublants acquis à titre onéreux par chacun des partenaires postérieurement à la conclusion du PACS. Il convient cependant d'admettre la possibilité de l'écartier, tant dans le pacte initial que par un acte modificatif. Ce dernier ne doit produire effet que pour les biens acquis après conclusion de la convention modificative.

Il convient d'exclure du jeu de l'article 515-5, alinéa 2 les deniers. La question est aujourd'hui posée de leur inclusion dans les prévisions légales. S'il devait y être répondu par l'affirmative, ce que tout commande *a priori*, le régime des biens des partenaires se rapprocherait de celui des époux mariés sous le régime de la communauté universelle, sans que, de plus, aucune disposition n'en vienne efficacement assouplir le jeu.

### **C.2. Application du droit des libéralités**

*A priori*, l'origine des fonds ayant permis l'acquisition du bien indivis n'influe pas sur l'existence de l'indivision, mais devra être prise en compte, le cas échéant, pour qualifier l'acte à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est bien un système d'acquêt qui a été mis en place. Le rapprochement avec le mariage et le régime légal est sur ce point manifeste, à la réserve près de l'institution qu'est l'avantage matrimonial, évidemment sans application ici ; l'avantage matrimonial est le corollaire patrimonial de cette union des personnes que réalise le mariage ; il n'a donc pas sa place dans une institution qui ne veut qu'associer des patrimoines. A supposer donc que les fonds ayant permis l'acquisition proviennent du patrimoine d'un seul des indivisaires, l'acte réalise une libéralité qui doit être soumise au régime de droit commun des libéralités (réserve héréditaire, rapport...). La décision du Conseil constitutionnel, qui a justement rappelé que le P.A.C.S. ne changeait rien au statut juridique de la famille (décision précitée, considérant n° 29), conduit à la même conclusion.

### **D. Date de cessation du PACS**

L'article 515-7 du Code civil ne distingue pas la date de prise d'effet de la dissolution du PACS à l'égard des partenaires eux-mêmes et à l'égard des tiers. Or, la protection de ces derniers impose de reconnaître que ce n'est qu'à partir du moment où la publicité de l'événement est réalisée qu'il leur est opposable. Ceci emporte que la fin des effets du PACS ne se réalisera pas à la même date, entre partenaire et à l'égard des tiers, au moins lorsque le PACS prend fin par décès ou par mariage.