



HAL
open science

Le Pacs et les étrangers : un pas timide vers l'égalité entre les couples

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le Pacs et les étrangers : un pas timide vers l'égalité entre les couples . Gérard Ignasse. Le Pacs, hier, aujourd'hui et demain, L'Harmattan, pp. 221-234, 2002, 2-7475-2203-2. hal-01698304

HAL Id: hal-01698304

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01698304>

Submitted on 1 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Le Pacs et les étrangers :
un pas timide vers l'égalité entre les couples**

par Danièle Lochak,
Professeur à l'université de Paris X-Nanterre

in Gérard Ignasse (dir.), *Les pacsé-e-s : enquête sur les signataires d'un pacte civil de solidarité*, suivi de *Le Pacs, hier, aujourd'hui et demain*, L'Harmattan, 2002 pp. 221-234
<http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=livre&no=6385>

Si l'on veut évaluer l'impact que l'institution du Pacs est susceptible d'avoir sur les droits des étrangers - essentiellement sur leur droit au séjour¹ -, il faut préalablement rappeler la situation qui prévalait avant la promulgation de la loi du 15 novembre 1999.

En gros, et en caricaturant à peine, on pourrait résumer cette situation par la formule : « hors du mariage, point de salut ». Jusqu'à une date très récente, en effet, seul le mariage assurait (mal, du reste) une certaine protection des liens affectifs entre adultes par-delà les frontières. L'invocation de plus en plus systématique de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit à tout individu le droit au respect de sa vie privée et familiale, et n'admet qu'il y soit porté atteinte que pour des motifs légitimes et en respectant un principe de proportionnalité, avait, il est vrai, permis de resserrer un peu les mailles du filet de protection et d'inclure dans cette protection certaines situations de concubinage. La « loi Chevènement » du 11 mai 1998, dite aussi « loi Reseda »², en introduisant dans l'ordonnance du 2 novembre 1945³ un article 12 *bis* 7° qui prévoit la délivrance de plein droit d'un titre de séjour aux étrangers qui ont de fortes attaches personnelles ou familiales en France, a eu pour objet, sinon pour effet, de faciliter l'application dans l'ordre interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais ces progrès (très relatifs, comme on le verra plus loin) laissaient en dehors de leur champ les relations de couple entre personnes de même sexe.

On se propose donc d'évoquer successivement les grandes lignes du droit applicable avant l'entrée en vigueur de la loi sur le Pacs (I), puis l'impact de cette loi (II), avant d'examiner l'évolution parallèle de la jurisprudence (III) et de conclure sur le chemin qui reste encore à parcourir vers l'égalité des droits (IV).

- I -

¹ On laissera de côté ici la question de l'accès à la nationalité française. La loi elle-même est muette sur ce point : le Pacs conclu avec un partenaire français ne produit par lui-même aucun effet sur la nationalité du partenaire étranger. La circulaire du 12 mai 2000 relative aux naturalisations indique toutefois que « l'existence d'un Pacs est de nature à influencer de manière positive la demande du postulant », en tant qu'« indice d'installation durable de l'intéressé en France ».

² Pour « loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile ».

³ L'ordonnance du 2 novembre 1945 régleme les conditions d'entrée, de séjour et d'éloignement des étrangers soumis au régime dit « de droit commun ». Elle a été modifiée à de très nombreuses reprises, et dernièrement par la loi Chevènement du 11 mai 1998. Les ressortissants algériens et tunisiens sont soumis, pour la délivrance des titres de séjour, aux règles issues d'accords bilatéraux. Le sort des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne est réglé, quant à lui, de façon beaucoup plus favorable par le droit communautaire et les textes qui le transposent.

Depuis le début des années 80 - la loi du 29 octobre 1981 pour la protection contre l'éloignement, la loi du 17 juillet 1984 pour la délivrance des titres de séjour -, **l'existence d'une relation matrimoniale ou d'une relation filiale confère un certain nombre de droits**. Ainsi, les conjoints de Français, au bout d'un an de mariage, sont protégés contre une mesure d'éloignement et ont vocation⁴, s'ils sont en situation régulière, à obtenir une carte de résident. Dans l'intervalle, et sous réserve qu'ils soient entrés régulièrement en France, ils obtiennent, depuis la loi Chevènement, une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale ». Les étrangers parents d'enfants français mineurs sont à peu près dans la même situation - un peu plus favorable, même, puisqu'ils ne sont soumis ni à la condition de mise à l'épreuve d'un an pour obtenir une carte de résident mais seulement à celle de séjour régulier, ni à la condition d'entrée régulière pour obtenir une carte de séjour temporaire. Enfin, le conjoint et les enfants mineurs d'un étranger établi en France peuvent venir le rejoindre par le biais du regroupement familial, sous réserve que soient remplies les conditions de ressources et de logement exigées.

On le voit, la législation ne prend à aucun moment en compte le concubinage, pas plus hétérosexuel qu'homosexuel, et le le concubin étranger n'est protégé par les textes d'aucune façon (sauf dans la mesure où il aurait, avec son concubin français, des enfants de nationalité française, mais dans ce cas ce n'est pas la relation de concubinage qui est protégée, mais la relation filiale). Toutefois, sur le fondement de l'article 8 de la CEDH, il a été possible d'obtenir l'annulation de refus de délivrance de titres de séjour ou d'arrêts de reconduite à la frontière visant le concubin - ou le conjoint marié depuis moins d'un an - d'un ressortissant français, voire d'un ressortissant étranger établi en France, la plupart de ces annulations concernant - cela mérite d'être relevé - des couples ayant des enfants mineurs. Autrement dit, c'est la famille que l'on veut protéger, plus que l'individu, la vie familiale plus que les relations affectives.

La « loi Chevènement », on l'a dit, apporte une innovation *a priori* importante en introduisant dans l'ordonnance de 1945 une disposition propre à encourager le respect par l'administration, dans l'instruction des demandes de délivrance de titres de séjour, des obligations résultant de l'article 8 de la Convention tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg et appliqué par les juridictions françaises, notamment les juridictions administratives.

L'article 12 *bis* 7° prévoit la délivrance « *de plein droit* » d'une carte de séjour temporaire à l'étranger « *dont les liens personnels et familiaux en France sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs de refus* ».

On peut bien sûr faire valoir que l'innovation n'est qu'apparente, puisque le juge imposait déjà à l'administration, saisie d'une demande de délivrance d'un titre de séjour, lorsqu'elle constatait que l'étranger ne remplissait pas les conditions prévues par les texte pour obtenir l'un ou l'autre des titres existants, de s'assurer qu'un éventuel refus ne porterait pas une atteinte disproportionnée à ce fameux droit garanti par l'article 8. Mais il est vrai que cette obligation était rarement (c'est un euphémisme) respectée spontanément par l'administration, comme l'atteste l'importance du contentieux en la matière et le nombre de refus de séjour censurés par le juge

⁴ Nous disons « vocation », bien que l'article 15 de l'ordonnance de 1945 parle de délivrance « de plein droit », dans la mesure où cette délivrance soi-disant de plein droit est subordonnée à de nombreuses conditions : absence de menace pour l'ordre public, séjour régulier, vie commune...

pour violation de l'article 8. On ne peut donc que se féliciter de ce que le législateur ait décidé d'inscrire en toutes lettres dans l'ordonnance de 1945 le droit pour l'étranger qui a ses attaches personnelles et familiales en France d'obtenir une carte de séjour.

Et cet aspect de la législation mérite qu'on s'y arrête un moment, puisqu'il est susceptible de concerner des couples non mariés, qu'il soient de même sexe ou de sexe différent, dès lors qu'ils ne sont pas pacsés et ne peuvent se prévaloir des dispositions de la loi du 15 novembre 1999.

En principe, c'est un droit qui est reconnu à l'étranger : la délivrance est « de plein droit », dit le texte, et l'administration se trouve en situation de « compétence liée ». Théoriquement. Car, en réalité, le droit en question n'est nullement inconditionné : il est au contraire subordonné à la reconnaissance, par l'administration, non seulement de l'existence mais aussi de l'intensité des attaches qui lient l'étranger à la France. Il ne suffit pas d'avoir des « attaches », il faut encore que ces attaches soient telles qu'elles justifient de donner un titre de séjour à un étranger qui, la plupart du temps, est en situation irrégulière, ou à tout le moins précaire : on conçoit bien qu'un privilège aussi exorbitant ne saurait être accordé à la légère.

L'administration retrouve ainsi un très large pouvoir d'appréciation. On comprend, dans ces conditions, que le ministre de l'intérieur ait jugé bon de proposer aux préfetures, par le biais de la circulaire du 12 mai 1998, un mode d'emploi détaillé de la disposition en cause. Détaillé... mais néanmoins incomplet, et de surcroît ouvertement discriminatoire à l'encontre des couples non mariés en général et des couples de même sexe en particulier. Il est vrai que la loi sur le Pacs n'était pas encore intervenue.

Le premier constat qui ressort de la lecture de la circulaire, c'est qu'elle évacue toute référence à la vie privée et se borne à évoquer la vie familiale. C'est ainsi que, dès la première phrase, la notion de vie privée et familiale est explicitée en ces termes : « *la vie privée et familiale au titre de laquelle vous pourrez être conduit à délivrer un titre de séjour est limitée en principe à la seule famille nucléaire, à savoir une relation maritale et/ou une relation fililale* ».

Or la notion de vie privée est distincte de la notion de vie familiale et ne se confond pas avec elle. S'il est vrai que, lorsqu'est invoquée et retenue l'atteinte à la vie privée et familiale, c'est le plus souvent la vie familiale qui est en cause, il reste qu'il peut y avoir atteinte à la vie privée alors même que l'intéressé n'a pas d'attaches familiales dans le pays de résidence, comme l'a reconnu la Cour européenne des droits de l'homme dans un certain nombre d'affaires concernant des étrangers⁵.

La circulaire ne se borne pas à faire le silence sur la vie privée : elle semble bel et bien exclure toute délivrance d'un titre de séjour à un étranger qui n'aurait pas en France d'attaches familiales, si l'on en juge par le passage suivant : « *Cette première vérification de l'existence d'une vie familiale en France à laquelle une décision de refus de séjour serait susceptible de porter atteinte vous permettra, à ce stade, d'opposer déjà un refus aux demandes émanant de personnes célibataires ou sans réelles attaches familiales en France* »

⁵ Dans l'arrêt *C. / Belgique* du 7 août 1996, en particulier, la Cour, constatant que le requérant avait tissé de réels liens sociaux dans le pays d'accueil où il avait vécu depuis l'âge de onze ans, y avait reçu une formation scolaire puis professionnelle et travaillé pendant plusieurs années, en avait déduit qu'il y avait établi une vie privée, « *laquelle englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial* ».

Si la circulaire prétend que les célibataires ne peuvent se réclamer de l'article 12 *bis* 7°, alors que la loi parle bien de protéger la vie privée, et pas seulement la vie familiale, n'était-elle pas à l'évidence illégale ?

Sais d'un recours contre la circulaire, le Conseil d'Etat en a jugé autrement⁶. Pourtant le juge proclame clairement que la notion de vie privée est distincte de la notion de vie familiale. S'il n'annule pas les passages litigieux, c'est en appliquant un raisonnement qui consiste à dire, en substance, que même si la circulaire traite exclusivement de la vie familiale, son silence sur la vie privée ne peut pas et ne doit pas signifier que la vie privée ne sera jamais prise en compte : « *si les développements suivants se rapportent exclusivement, dans le texte de la circulaire attaquée, à la vie familiale de l'étranger, ladite circulaire mentionne expressément la vie privée ; [et] elle ne pouvait avoir légalement ni pour objet ni effet d'empêcher un étranger remplissant les conditions de l'article 12 bis 7° de présenter au seul titre de son droit au respect de sa vie privée et l'administration de lui délivrer, le cas échéant, ledit titre de séjour* ».

On peut malgré tout s'interroger sur l'opportunité d'une telle méthode, qui s'apparente beaucoup aux « réserves d'interprétation » du Conseil constitutionnel. Car les destinataires de la circulaire continueront selon toute vraisemblance à appliquer la circulaire à la lettre, ce qui bien entendu les conduira à refuser la délivrance d'un titre de séjour à quiconque ne peut faire état d'attaches familiales (à moins que l'intéressé ne soit « pacsé », auquel cas on lui appliquera les dispositions, quand même plus favorables, de la circulaire du 10 décembre 1999 : voir ci-après).

L'enjeu n'est pas seulement capital pour les célibataires ayant toutes leurs attaches en France. Il l'est aussi pour les couples de même sexe puisque, en l'état actuel de la jurisprudence de Strasbourg (dont le juge français n'a pas manifesté jusqu'à présent l'intention de se distancer), on sait que cette vie de couple ne peut être protégée en tant que « vie familiale » mais seulement en tant que « vie privée ».

Sans famille, donc, point de salut, semble dire la circulaire. Mais même en famille, les choses sont loin d'être jouées d'avance. Car le second constat qui ressort de la lecture de la circulaire, c'est une interprétation particulièrement restrictive de la notion de vie familiale elle-même.

Certes, la circulaire, prenant le contrepied des pratiques qui prévalaient jusque- là, pose en principe que, au regard de l'appréciation de l'existence d'une vie familiale, il n'y a pas de différence substantielle entre le mariage et le concubinage. Mais pour se contredire immédiatement après puisque, pour apprécier le caractère effectif de la relation de concubinage, elle prescrit de prendre en compte, outre l'ancienneté de la vie de couple et la durée du séjour antérieur en France - conditions également imposées aux conjoints -, la présence d'enfants issus de cette relation. Cela fait décidément beaucoup de conditions — et de conditions qui excluent par hypothèse les couples de même sexe du bénéfice de l'article 12 *bis* 7°.

Cette dernière disposition a toutefois été censurée par le Conseil d'Etat dans son arrêt précité, en tant qu'elle posait une règle nouvelle, non prévue par la loi, que le ministre n'avait donc pas compétence pour édicter.

⁶ CE 30 juin 2000, *Gisti*, req. n° 1999336.

Indépendamment de cette annulation partielle de la circulaire par le Conseil d'Etat et des « réserves d'interprétation » qu'il a formulées, la promulgation de la loi sur le Pacs, en novembre 1999, a obligé le ministre de l'intérieur à prendre acte de ce que certaines choses avaient changé : la circulaire du 10 décembre 1999 retouche *a minima* celle du 12 mai sur les points où elle était trop manifestement incompatible avec les nouvelles dispositions législatives

- II -

La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité prévoit, dans son article 12, que « *la conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens du 7° de l'article 12 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945...* »⁷.

Loin d'entraîner, comme le mariage, la délivrance automatique d'un titre de séjour, fût-il de durée limitée, la loi laisse donc aux autorités préfectorales un large pouvoir discrétionnaire pour décider qu'un étranger ayant conclu un Pacs a ou non en France des liens personnels suffisamment forts pour justifier l'attribution d'une carte de séjour.

Ce large pouvoir discrétionnaire joint au constat de l'incompatibilité de la circulaire du 12 mai 1998 avec la loi sur le Pacs ont logiquement débouché sur l'édiction d'une nouvelle circulaire par laquelle le ministre de l'Intérieur a adressé de nouvelles instructions aux préfetures.

Cette circulaire ne touche pas aux dispositions de la circulaire du 12 mai 1998 relatives aux effets du concubinage sur l'admission au séjour en dehors de l'hypothèse où un Pacs a été conclu. Ces dispositions, dans leur rédaction initiale, étaient pourtant elles aussi incompatibles avec la loi nouvelle puisqu'elles interdisaient de fait à des personnes de même sexe, en posant l'exigence d'enfants issus du couple, d'invoquer une relation de concubinage pour accéder à une carte de séjour, alors que la loi, prenant le contrepied de la jurisprudence de la cour de cassation, reconnaît désormais qu'une telle relation peut exister entre des personnes de même sexe. L'annulation par le Conseil d'Etat de la condition relative aux enfants (voir *supra*) rétablit toutefois cette compatibilité, et les couples de même sexe, qu'ils soient ou non unis par un Pacs, peuvent désormais se prévaloir de l'article 12 *bis* 7°, même si des résistances sont à prévoir à cet égard de la part de l'administration.

Selon que les couples seront pacés ou simplement concubins, l'administration se référera soit aux dispositions de la circulaire du 10 décembre 1999 soit à celles de la circulaire du 12 mai 1998.

⁷ Le choix de faire référence à l'ordonnance de 1945 pour déterminer les conséquences du Pacs rend particulièrement complexe la situation des Algériens auxquels les dispositions de l'ordonnance concernant les titres de séjour, et en particulier l'article 12 *bis* 7°, ne sont pas applicables. Comme, néanmoins, la loi sur le Pacs s'applique incontestablement à eux, comment résoudre le problème ? Etant admis que le texte de l'article 12 *bis* 7° ne fait que retranscrire dans le droit français les obligations résultant de l'article 8 de la CEDH, d'une part, que la vie de couple entre deux homosexuels doit être protégée, sinon au titre de la vie familiale, en tous cas au titre de la vie privée, d'autre part, on en déduit nécessairement que les ressortissants algériens ont vocation à obtenir, lorsqu'ils font état d'une vie de couple stable, et notamment s'ils sont pacés, un titre de séjour. Et un titre de séjour donnant les mêmes droits que la carte temporaire « vie privée et familiale », à savoir un certificat de résidence d'un an portant la mention salarié (cette mention étant portée sans qu'ils aient à produire un contrat de travail). Mais de tout cela il n'est fait aucune mention dans la circulaire d'application, ce qui laisse craindre que les préfetures n'envisagent pas spontanément de recourir à cette solution.

La circulaire du 10 décembre 1999, à l'instar de la précédente, commence par réitérer l'exigence de « *la justification du caractère notoire et relativement ancien de [la] relation de couple en France* », et de l'absence de possibilités de poursuivre cette relation à l'étranger. La référence à la vie commune en France est contestable, en particulier lorsque le Pacs est conclu avec un Français (voir ci-après) — et illogique puisque le Pacs peut être conclu à l'étranger.

Si l'on ne s'étonne pas de retrouver ici une nouvelle fois la référence à la réserve de l'ordre public (encore qu'elle soit parfaitement inutile puisqu'elle figure dans la loi et qu'on peut compter sur la vigilance des préfetures sur ce point), plus étrange paraît la disposition suivante : « *Vous devez continuer à refuser de prendre en compte les demandes émanant d'étrangers vivant en état de polygamie en France* ». On a en effet du mal à apercevoir comment une personne ayant conclu un Pacs pourrait vivre en état de polygamie en France, la conclusion d'un Pacs supposant que l'on ne soit pas engagé dans les liens du mariage.

On serait *a priori* tenté d'ironiser s'il n'y avait de quoi s'inquiéter de cette façon de pointer systématiquement la polygamie dès qu'il est question d'étrangers, comme si on voulait délibérément cultiver le fantasme de l'étranger-polygame.

De façon plus précise, la circulaire distingue trois situations, selon que l'étranger a conclu un Pacs avec un Français, avec un ressortissant de l'Union européenne, ou avec un étranger ressortissant d'un Etat tiers.

- S'agissant d'un étranger ayant conclu un Pacs avec un Français, la circulaire propose de considérer que la condition de stabilité du lien personnel est remplie quand l'étranger apporte la preuve d'une ancienneté de vie commune - qui peut être antérieure ou postérieure à la conclusion du Pacs - d'au moins trois ans avec un Français, en France. Cette dernière exigence est particulièrement contestable : certes, la loi parle de « liens personnels en France », mais le fait d'avoir conclu un Pacs avec un Français est en soi un indice de ces liens personnels en France ; et si cette condition était strictement exigée, elle aurait pour conséquence de priver le partenaire de nationalité française de la possibilité de poursuivre en France-même sa vie de couple dès lors qu'elle aurait commencé à l'étranger.

- S'agissant d'un étranger ayant conclu un Pacs avec un ressortissant de l'Union européenne, la circulaire énonce que le principe de l'égalité de traitement conduit à lui délivrer un titre de séjour dans les mêmes conditions qu'au partenaire d'un Français.

- S'agissant en revanche d'un étranger ayant conclu un Pacs avec un étranger ressortissant d'un Etat tiers, et sous réserve que ce dernier soit en situation régulière, la circulaire propose de considérer que la condition de stabilité du lien personnel est remplie soit si l'intéressé « *apporte la preuve d'un concubinage effectif d'une certaine durée, qui ne devrait être qu'exceptionnellement inférieure à cinq ans* », soit si le Pacs a été conclu depuis au moins trois ans.

Cet étranger-là est donc moins bien traité que l'étranger ayant conclu un Pacs avec un Français ou un ressortissant communautaire. Cette discrimination n'a aucun fondement objectif, puisque la protection de la vie privée et familiale doit être garantie de la même façon aux étrangers et aux Français. Mais force est d'admettre qu'elle reflète fidèlement la logique qui sous-tend l'ensemble de la législation sur les étrangers qui fait un sort plus favorable aux membres de la famille d'un

Français qu'aux membres de la famille d'un étranger lorsque celui-ci n'est pas ressortissants de l'Union européenne.

De façon générale, s'il est vrai que le législateur n'a pas voulu conférer des effets automatiques à la conclusion d'un Pacs, les délais auxquels la circulaire subordonne dans tous les cas le droit au séjour du partenaire étranger n'en sont pas moins très excessifs au regard de la finalité de l'institution. Le Pacs vise en effet à consacrer juridiquement l'existence d'une vie de couple entre deux personnes en lui donnant un cadre protecteur en vue d'une cohabitation stable et durable. Or on voit mal comment un couple formé d'au moins un étranger pourrait bénéficier de cette stabilité si ce couple doit attendre jusqu'à trois ans après la conclusion du Pacs pour obtenir un titre de séjour, condition *sine qua non* de toute cohabitation paisible et durable sur le sol français.

La circulaire indique enfin que ce dispositif n'a pas vocation à s'appliquer aux étrangers qui ont conclu un Pacs avec un étranger résidant en France sous couvert d'un titre étudiant. Le fait est que la délivrance au partenaire d'un étudiant une carte « vie privée et familiale » aboutirait paradoxalement à placer le partenaire dans une situation plus favorable que celui par lequel il a obtenu son droit au séjour... de sorte que l'étudiant, en tant que partenaire d'un étranger en situation régulière, pourrait à son tour prétendre obtenir une carte « vie privée et familiale ». Sans le dire explicitement, c'est bien ce que la circulaire entend éviter en parlant de « risques de détournement de procédure ». Notons quand même que cette « anomalie » existe déjà pour le regroupement familial : dans le cas - rarissime il est vrai - où un étudiant obtient pour son conjoint le regroupement familial, celui-ci a droit à la délivrance d'une carte « vie privée et familiale ».

La circulaire du 10 décembre 1999 restreint donc encore la petite brèche ouverte par la loi du 15 novembre 1999 au profit des couples non mariés, quel que soit leur sexe. Certes, ses dispositions, et notamment celles qui concernent la durée de vie commune, ne lient pas, théoriquement, les préfetures, pour qui elles doivent constituer de simples « indications ». Mais on sait bien qu'en pratique ce caractère non impératif joue systématiquement au détriment des intéressés : il les empêche de réclamer l'application de la circulaire lorsqu'ils en remplissent les critères, mais n'incite jamais les préfetures à les assouplir.

- III -

De ce qui précède il résulte qu'il ne faut pas attendre des seuls textes et encore moins des pratiques spontanées de l'administration l'amélioration du sort des couples de même sexe, concubins ou pacsés. Il faut donc évoquer aussi **l'évolution de la jurisprudence**. S'il est encore trop tôt pour savoir comment les tribunaux interpréteront les dispositions de la loi du 15 novembre 1999 en ce qui concerne la délivrance des titres de séjour, on dispose en revanche déjà d'un certain nombre de décisions qui se prononcent sur la légalité des mesures de reconduite à la frontière au regard de l'article 8 de la CEDH.

Dans un arrêt remarqué, *Préfet des Alpes Maritimes c/ Maroussitch*, en date du 28 avril 2000, le Conseil d'Etat a confirmé le jugement du tribunal administratif de Nice annulant la reconduite à la frontière d'un ressortissant ukrainien qui vivait en concubinage avec un Français depuis

plusieurs années, en raison de l'atteinte disproportionnée qu'elle portait au droit au respect de sa vie privée.

Il est vrai que les circonstances de l'espèce étaient particulièrement favorables à une annulation : entré régulièrement sur le territoire français en 1997 après un premier séjour en France entre 1990 et 1996, l'intéressé vivait avec un Français handicapé, atteint d'une incapacité de 40%, qu'il assistait dans sa vie quotidienne. Il avait de surcroît participé à la création d'une entreprise dans le village où il résidait, et dont les habitants avaient signé une pétition en faveur de son maintien en France. Le Conseil d'Etat en a donc conclu que, « eu égard à l'ancienneté et à la stabilité de la relation entre M. Maroussitch et son compagnon ainsi qu'au degré d'intégration de M. Maroussitch dans le village dans lequel il réside », la mesure de reconduite à la frontière était, « dans les circonstances de l'espèce », illégale.

Quelques mois plus tard, dans une autre affaire de reconduite à la frontière, le tribunal administratif de Toulouse a annulé la décision préfectorale, estimant qu'elle aurait des conséquences manifestement excessives sur la vie privée de l'intéressé. Celui-ci, arrivé en France en octobre 1997, menait avec son partenaire - qui l'hébergeait et subvenait à ses besoins - « une vie de couple stable et notoire », et ils avaient conclu un PACS en décembre 1999 - six mois avant que le préfet ne décide de le reconduire à la frontière en raison de l'irrégularité de sa situation⁸.

D'autres décisions montrent, certes, qu'il ne faut pas trop compter sur des annulations systématiques en faveur de couples de même sexe. Ainsi, le Conseil d'Etat, trois mois après la décision *Maroussitch*, a estimé, contrairement au tribunal administratif de Paris qui avait, lui, annulé l'arrêté de reconduite à la frontière, que le préfet n'avait pas porté une atteinte excessive au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée en décidant de reconduire à la frontière un ressortissant colombien qui alléguait être entré en France en 1988 et qui vivait en couple avec un autre colombien titulaire, depuis sa régularisation en 1991, d'une carte de résident⁹. Contrairement à ce qui était le cas dans l'espèce précédente, l'intéressé n'avait produit, constate le Conseil d'Etat, « aucun document établissant son insertion durable dans la société française ». Est-ce une façon de faire savoir que la seule vie de couple entre personnes de même sexe ne suffit pas à elle seule à établir l'existence d'une vie privée méritant d'être protégée ?

Même s'il ne faut pas surévaluer les conséquences pratiques qu'elle aura dans l'immédiat, la jurisprudence *Maroussitch* n'en représente pas moins une étape importante pour la protection des couples de même sexe. Si la possibilité pour les étrangers de se prévaloir du droit au respect de leur vie privée était depuis longtemps acquise sur le plan des principes, force est de constater que la violation de l'article 8 de la CEDH, systématiquement invoquée par les requérants, n'était en général retenue que sous l'angle de la vie familiale. Et le Conseil d'Etat, au moins jusqu'à la décision *Préfet des Alpes Maritimes c/ Maroussitch*, semblait réticent à censurer les décisions dont il avait à apprécier la légalité sur le fondement de l'atteinte portée à la seule vie privée¹⁰.

⁸ TA Toulouse, 10 juillet 2000, *M. Zahri*, n° 00/2410.

⁹ CE 28 juillet 2000, *Préfet de Police c/ Diaz Orozco*, req. n° 212729.

¹⁰ Voir toutefois, à propos d'une mesure d'expulsion, CE 19 mars 1997, *Soudani*. Pour une analyse plus approfondie de cette question, on peut se reporter à l'article de Nicolas Ferran, « Les étrangers ont-ils une vie privée ? », *Plein droit, la revue du Gisti*, n° 47-48, janvier 2001.

L'existence autonome du droit au respect de la vie privée est donc désormais clairement reconnue, de même qu'est affirmé sans ambiguïté que les relations existant entre les couples homosexuels relèvent bien de la notion de vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH.

On peut donc penser, sans faire preuve d'un optimisme excessif, qu'une dynamique est enclenchée, même si elle risque en pratique d'être freinée par l'obsession de la maîtrise des flux migratoires. Mais sur ce terrain, tous les couples, quel que soit leur statut, quelle que soit leur orientation sexuelle, se retrouvent hélas à égalité.

- IV -

La description de l'état actuel des textes et de la jurisprudence fait apparaître en creux **le chemin qui reste à parcourir pour atteindre l'égalité des droits entre tous les couples.**

Des différences de traitement importantes subsistent, en effet, selon que les couples sont unis par le mariage, par un Pacs, ou qu'ils sont simplement concubins. Sans doute peut-on admettre l'idée que le concubinage ou le Pacs, qui entraînent des contraintes moindres que le mariage et dont on peut se délier plus facilement, ne confèrent pas forcément les mêmes droits que celui-ci. Reste qu'il en résulte bel et bien une discrimination à l'égard des couples de même sexe, à qui la voie du mariage reste fermée.

La solution la plus logique et la plus satisfaisante pour mettre fin à cette discrimination fondée sur l'orientation sexuelle serait d'ouvrir à tous la possibilité de se marier. Mais comme cette réforme a peu de chances de se réaliser dans un proche avenir, il convient, dans l'intervalle, sinon d'aligner le statut des partenaires liés par un Pacs sur celui des conjoints, du moins de renforcer les droits découlant du Pacs.

Ainsi, rien n'empêcherait, à défaut d'accorder une carte de résident de plein droit à tout étranger lié par un Pacs avec un Français ou avec un étranger lui-même titulaire de la carte de résident, de prévoir un accès automatique à la carte « vie privée et familiale », dont le renouvellement est de toutes façons subordonné au maintien de l'existence dudit Pacs (ce qui devrait suffire à écarter le spectre, si volontiers agité, des « Pacs de complaisance »).

L'article 12 *bis* 7° devrait par conséquent être complété de façon à faire apparaître que sont considérés comme ayant des liens personnels en France et doivent obtenir de plein droit une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » l'étranger lié par un Pacs ou vivant en concubinage stable – hétérosexuel ou homosexuel — avec un Français ou un étranger établi en France.

Parallèlement, il faut aussi protéger les couples non mariés contre l'éloignement du territoire, en complétant d'une part l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, d'autre part les dispositions du code pénal relatives à l'interdiction du territoire français, de façon à ce que l'étranger lié par un Pacs avec un Français soit protégé contre les mesures d'éloignement (expulsion, reconduite à la frontière, interdiction du territoire) dans les mêmes conditions que les conjoints de Français.

Telles sont les réformes minimales qui permettraient sinon d'aboutir à une authentique égalité de traitement, du moins d'atténuer les discriminations dont sont encore victimes les homosexuels et les étrangers... et doublement victimes les homosexuels étrangers !

En attendant qu'un jour — prochain ? lointain ? — soit reconnu à tous le droit de se marier.

En attendant qu'un jour — prochain ? lointain ? — une autre politique de l'immigration fasse tomber les obstacles qui entravent le maintien des liens affectifs au-delà des frontières.