

CONSEIL D'ÉTAT

Section du contentieux

Requête en annulation

POUR :

- **Interassociative LESBIENNE, GAIE, BI ET TRANS (Inter-LGBT)**, association loi de 1901, dont le siège est établi c/o Maison des associations du IIIe, 5 rue Perrée 75003 Paris, représenté par son président, Christophe LEFEVRE ;
- **ASSOCIATION POUR LA RECONNAISSANCE DES DROITS DES PERSONNES HOMOSEXUELLES ET TRANSSEXUELLES A L'IMMIGRATION ET AU SEJOUR (ARDHIS)**, association loi de 1901, dont le siège est établi c/o Centre Gai et Lesbien, 3 rue Keller 75011 Paris et représentée par son président, Thomas FOUQUET-LAPAR ;
- **GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRES (Gisti)**, association régie par la loi du 1er juillet 1901, dont le siège est établi à Paris (11e), 3 villa Marcès, représentée par sa présidente, Nathalie FERRE ;
- **LIGUE DES DROITS DE L'HOMME (LDH)**, association régie par la loi du 1er juillet 1901, dont le siège est établi à Paris (18e), 138 rue Marcadet, représentée par son président en exercice, Jean-Pierre DUBOIS.

demandeurs

pour la présente affaire le Gisti (établi à Paris (11e), 3 villa Marcès, représentée par sa présidente, Nathalie FERRE) est désigné **mandataire unique** en application de l'article R.411-5 CJA

CONTRE :

Le ministre des affaires étrangères et européennes

défendeur

*

OBJET :

Demande d'annulation de dispositions de la circulaire du 28 septembre 2007 relative au pacte civil de solidarité

*

À l'appui de sa requête, les associations requérantes entendent faire valoir les faits et moyens suivants.

FAITS

Dans la circulaire déferée, le ministre des affaires étrangères et européennes récapitule les conditions d'enregistrement et de dissolution du pacte civil de solidarité (ci-après « Pacs ») par les agents diplomatiques et consulaires.

Dès la première partie du tome 1 de cette circulaire, il y est indiqué que l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire ne sont compétents pour enregistrer un Pacs qui si « l'ordre public local » ne s'y oppose pas (I., point 4).

Selon l'interprétation donnée, cette formalité ne se rattacherait à aucune des fonctions définies à l'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 *sur les relations consulaires*. Elle entrerait dès lors « dans la catégorie des fonctions visées au point m de cet article », c'est-à-dire qui consiste à exercer toutes les fonctions « que n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas (...) ». ».

Sur ce fondement, la circulaire estime que, pour examiner les demandes d'enregistrement du PACS, les autorités diplomatiques ou consulaires doivent au préalable « s'assurer que l'ordre public local ne prohibe pas la vie de couple, hors mariage, de deux personnes de sexe différent ou du même sexe » (§I, A, points 5 et 6).

Extrait de la circulaire

5. L'enregistrement d'un pacte civil de solidarité ne se rattache à aucune des fonctions prévues à l'article 5 (a à l) de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires pouvant être exercées par un chef de poste consulaire. Il entre donc dans la catégorie des fonctions visées au point m de cet article : « que n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence. »

6. En conséquence, l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire doit s'assurer que l'ordre public local ne prohibe pas la vie de couple, hors mariage, de deux personnes de sexe différent ou du même sexe :

- si l'ordre public local ne prévoit aucune restriction : la demande de pacte civil de solidarité peut être examinée ;
- si l'ordre public local prévoit des restrictions : **la demande de pacte civil de solidarité ne peut être examinée**

A cette fin, sont joints à la circulaire un modèle de lettre explicative pour motiver ces refus d'enregistrement (ci-dessous) et, en annexe, une liste exhaustive, pays par pays, de la possibilité ou non d'enregistrer un PACS au regard du droit public local croisant les critères « personnes de même sexe » ou « personnes de sexe différent » et « entre Français » et « entre un Français et un étranger ».

Extrait de la circulaire

Modèle de lettre explicative de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire (impossibilité d'instrumenter):

« A la suite de votre demande d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité, j'ai l'honneur de vous faire savoir qu'en application de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, les agents diplomatiques et consulaires ne peuvent exercer que des fonctions « que n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence » (art 5.m)

Or, le pacte civil de solidarité tel qu'il est défini par le code civil français est contraire à l'ordre public local(nom du pays). **Dans la mesure où un pacte civil de solidarité était conclu vous risqueriez de vous exposer aux sanctions prévues par le droit local (références des textes prohibant l'union libre et/ou homosexuelle).**

Pour cette raison, **je ne peux donner une suite favorable à votre demande d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité.** »

Fait àle/ Signature de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire.

Après l'affirmation de ces principes, de manière pour le moins contradictoire alors même que les autorités consulaires et diplomatiques sont censées être incompétentes en la matière, la circulaire donne ensuite instruction « *lorsque les deux partenaires sont Français* » et « *persistent dans leur volonté* » de conclusion d'un PACS « *en dépit de la mise en garde de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire sur les risques qu'ils encourent et les sanctions auxquelles ils s'exposent au regard de l'ordre public local* » d'examiner néanmoins la demande « *dans les conditions prévues par la loi française* » (point 7).

Extrait de la circulaire

7. Toutefois, lorsque les deux partenaires sont Français et persistent dans leur volonté de conclure un pacte civil de solidarité en dépit de la mise en garde de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire sur les risques qu'ils encourent et les sanctions auxquelles ils s'exposent au regard de l'ordre public local, la demande est examinée dans les conditions prévues par la loi française.

Dans ce cas, l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire confirme sa mise en garde par un document écrit dont les partenaires reconnaissent avoir pris connaissance.

Cette reconnaissance d'avis donné est conservée par l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire.

Modèle de lettre de mise en garde de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire :

« A la suite de votre demande d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité, j'ai l'honneur de vous faire savoir que :

1. le pacte civil de solidarité tel qu'il est défini par le code civil français est contraire à l'ordre public local de(nom du pays) et qu'à ce titre je ne peux l'enregistrer ;

2. dans la mesure où un pacte civil de solidarité était conclu vous risqueriez de vous exposer aux sanctions prévues par le droit local.

Néanmoins, à condition que vous preniez l'engagement écrit de ne pas vous prévaloir du pacte civil de solidarité en (nom du pays) et d'en limiter les effets en France, je pourrais, à cette condition expresse, l'enregistrer. »

Fait àle/ Signature de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire.

Après signature d'une attestation de « *reconnaissance d'avis donné* » reconnaissant la « *mise en garde contre les risques encourus et les sanctions* », dans laquelle les partenaires français s'engagent notamment à ne pas se prévaloir du PACS dans le pays et à en limiter les effets en France, la conclusion du PACS est alors enregistrée.

Extrait de la circulaire

Modèle de reconnaissance d'avis donné :

« Nous, soussignés, (nom de famille/nom d'usage, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité, adresse), et (nom de famille/nom d'usage, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité, adresse),

reconnaissons que (nom et fonction de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire) nous a avertis du caractère contraire à l'ordre public local(nom du pays) du pacte civil de solidarité tel qu'il est défini par le code civil français et qu'il nous a mis en garde contre les risques encourus et les sanctions auxquelles nous nous exposerions en cas de conclusion.

Malgré cette mise en garde dont nous comprenons la portée, nous persistons dans notre intention de demander l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité et nous nous engageons à ne pas nous en prévaloir en(nom du pays) et à en limiter les effets en France ».

Fait àle/ Signature du premier partenaire / Signature du second partenaire.

A noter que cette circulaire semble formaliser ou reprendre des instructions ou des pratiques plus anciennes car cette interprétation est déjà décrite dans un rapport au ministre de la Justice du 30 novembre 2004 (Rapport sur « Le pacte civil de solidarité. Réflexions et propositions de réforme », Rapport remis à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 30 novembre 2004, pp.23-24).

Enfin, pour tenir compte des changements introduits par les lois n° 2006-728 du 23 juin 2006 (JO 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007) et n° 2007-308 du 5 mars 2007 (JO du 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009), ainsi que par l'article 11 du décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 la circulaire comprend un tome 2 portant dispositions transitoires. Mais celui-ci ne tire pas les conséquences nécessaires des changements introduits par ces lois notamment le fait que désormais les Pacs modifient l'état civil des intéressés.

Tome 2 – dispositions transitoires

1. Les dispositions décrites dans le tome 1 de la circulaire du 28 septembre 2007 relative au pacte civil de solidarité s'appliquent aux pactes civils de solidarité conclus à partir du 1^{er} janvier 2007.

Le 1^{er} juillet 2008 au plus tard, elles seront étendues dans leur intégralité aux pactes civils de solidarité conclus avant le 1^{er} janvier 2007.

2. En conséquence, les pactes civils de solidarité conclus avant le 1^{er} janvier 2007 sont soumis à des dispositions transitoires entre le 1^{er} janvier 2007 et le 30 juin 2008.

3. Ces dispositions transitoires portent notamment sur :

- les règles relatives à la publicité ;
- la délivrance d'une attestation d'inscription et d'un certificat de non-pacs;
- la communication des informations relatives au pacte civil de solidarité.

Les associations requérantes entendent démontrer l'illégalité des extraits cités de la circulaire contestée, en tant que d'une part elle dénature la portée de l'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 et instrumentalise la référence à l'ordre public local pour empêcher l'enregistrement de Pacs conclu entre un Français et un étranger et, d'autre part, elle porte atteinte à l'exercice de droits fondamentaux – au premier rang desquels figure *la liberté contractuelle et les principe d'égalité de traitement et de non-discrimination.*

DISCUSSION

Sur la recevabilité

Sur l'intérêt à agir de l'inter-LGBT

Aux termes de l'article 2 des statuts de l'association, elle a pour objet :

« 1 - d'organiser à Paris une marche annuelle de visibilité rassemblant des personnes lesbiennes et gaies, bisexuelles, transsexuelles, transgenres, leurs familles et leurs amis,

2 - de lutter contre les discriminations liées aux moeurs, à l'orientation et à l'identité sexuelles. À cet effet, elle met régulièrement à jour un programme d'actions politiques, sociales et culturelles destiné à soutenir son action à moyen et long terme,

3 - d'intervenir publiquement en faveur des droits des personnes homosexuelles, bisexuelles, transsexuelles et transgenres, dans le cadre et l'éthique des luttes liées à la promotion des droits humains et des libertés fondamentales,

4 - de favoriser les échanges entre les associations partageant les objectifs précédents, de développer des projets inter-associatifs et d'élaborer des stratégies communes.

L'association se réserve le droit d'ester en justice et d'exercer les droits de la partie civile au pénal ».

La circulaire contestée limite la possibilité d'enregistrement d'un pacs dans certains pays, au motif que l'ordre public local s'y opposerait. Or, le Pacs est la seule forme d'union reconnue pour les couples de même sexe. Pour ces couples, toute restriction portée à l'enregistrement d'un Pacs limite de fait l'accès à un certain nombre de droits, le mariage ne pouvant être une solution alternative. Les effets de la circulaire contestée ont donc une incidence directe sur les « droits des personnes homosexuelles, bisexuelles, transsexuelles et transgenres »

Par ailleurs, comme cela sera démontré, en se référant à la notion d'ordre public local pour empêcher l'enregistrement de Pacs dans les consulats et ambassades et en dressant des listes de pays où cet ordre public local s'opposerait à cet enregistrement, la circulaire contestée crée de facto une « discrimination liée à l'orientation ou à l'identité sexuelle » et plus largement porte atteinte aux « droits humains » et libertés fondamentales.

Compte tenu de son objet, l'association a donc intérêt à agir.

Sur l'intérêt à agir de l'ARDHIS

L'ARDHIS (Association de Reconnaissance des Droits des personnes Homosexuelles et transsexuelles à l'Immigration et au Séjour) est née du Collectif des Homos Sans Papiers.

Depuis sa création en juillet 1998, son objet est de défendre le droit à vivre en France des homosexuel-le-s et transsexuel-le-s étrange-è-r-e-s, qu'il s'agisse de personnes vivant en couple avec un(e) français(e) ou un(e) étranger(e), ou des personnes persécutées dans leur pays parce qu'elles sont homosexuelles ou transsexuelles et qui demandent l'asile en France. Au-delà de la défense des cas individuels, l'ARDHIS participe à la lutte contre toute discrimination raciale ou liée au sexe, à l'orientation sexuelle, aux convictions politiques ou religieuses.

L'ARDHIS a donc un intérêt à demander l'annulation d'un texte qui introduit, dans l'enregistrement du Pacs dans un consulat ou une ambassade, des discriminations d'une part entre les Français résidant à l'étranger selon leur orientation sexuelle et d'autre part entre couples français et couples mixtes. Ces personnes, dès lors qu'un des partenaires liés par le Pacs est nécessairement français, ont vocation à séjourner en France. Les empêcher

d'enregistrer un Pacs à l'étranger c'est donc potentiellement les entraver leur droit à mener une vie privée normale en France dès lors qu'ils voudront s'y installer.

Compte tenu de son objet, l'association a intérêt à agir.

Sur l'intérêt à agir du Gisti.

Le Gisti s'est donné comme objet, aux termes de ses statuts :

- *de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des étrangers et des immigrés ;*
- *d'informer les étrangers des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;*
- *de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leur droits, sur la base du principe d'égalité ;*
- *de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et d'assister celles et ceux qui en sont victimes ;*
- *de promouvoir la liberté de circulation.*

Il a donc un intérêt à demander l'annulation d'un texte qui introduit, dans l'enregistrement du Pacs, des discriminations entre les Français résidant à l'étranger selon leur orientation sexuelle et entre couples français et couples mixtes, comme il sera démontré plus loin (V. notamment CE, 29 juill. 2002, n° 231158, *Gisti, LDH, Femmes de la terre c/ Min. de l'intérieur*).

Sur l'intérêt à agir de la LDH

« défendre les principes énoncés dans les Déclarations des droits de l'Homme de 1789 et de 1793, la Déclaration universelle de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels.

Elle oeuvre à l'application des conventions et des pactes internationaux et régionaux en matière de droit d'asile, de droit civil, politique, économique, social et culturel.

*Elle combat l'injustice, l'illégalité, l'arbitraire, l'intolérance, toute forme de racisme et de discrimination fondée sur le sexe, **l'orientation sexuelle**, les moeurs, l'état de santé ou le handicap, les opinions politiques, philosophiques et religieuses, la nationalité, **et plus généralement toute atteinte au principe fondamental d'égalité entre les êtres humains**, toutes les violences et toutes les mutilations sexuelles, toutes les tortures, tous les crimes de guerre, tous les génocides, et tout crime contre l'humanité.*

Elle lutte en faveur du respect des libertés individuelles en matière de traitement des données informatisées, et contre toute atteinte à la dignité, à l'intégrité et à la liberté du genre humain pouvant notamment résulter de l'usage de techniques médicales ou biologiques.

Elle concourt au fonctionnement de la démocratie et agit en faveur de la laïcité ».

La LDH a donc un intérêt à demander l'annulation d'un texte qui introduit, dans l'enregistrement du Pacs, des discriminations entre les Français résidant à l'étranger selon leur orientation sexuelle et entre couples français et couples mixtes, comme il sera démontré plus loin (V. notamment CE, 29 juill. 2002, n° 231158, *GISTI ; LDH, Femmes de la terre c/ Min. de l'intérieur*).

Sur l'impérativité de la circulaire

Le caractère impératif des dispositions contestées de la circulaire n'est pas douteux. Il résulte des termes mêmes utilisés : « l'enregistrement (...) *entre* donc » (point 5) ; « l'ambassadeur ou le chef de poste (...) *doit s'assurer* » (point 6) ; « la demande de pacte (...) *ne peut être* examinée » (point 6) ; « la demande *est* examinée » (point 7), « l'ambassadeur (...) *confirme* sa mise en garde » (point 7).

Ces dispositions impératives à caractère général font grief et sont donc susceptibles d'être contestées par la voie contentieuse (CE Sect. 18 déc. 2002, *Mme Duviognères*).

Sur la légalité

L'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter méconnaît le sens et la portée de dispositions législatives et de conventions internationales qu'elle entendait expliciter et porte atteinte à l'exercice de différents droits et libertés fondamentaux

Sur la méconnaissance des normes internationales et législatives

1. *Erreur de droit par la mauvaise interprétation de l'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963*

L'interprétation de l'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (ratifiée par la France en 1971, JORF 18 avril 1971) par le ministre des affaires étrangères est entachée d'une erreur de droit lorsqu'il estime que « l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité ne se rattache à aucune des fonctions prévues à l'article 5 (*a à l*) de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires pouvant être exercées par un chef de poste consulaire » et qu'il « *entre donc* dans la catégorie des fonctions visées au point *m* de cet article ».

Or, l'article 5, point f est ainsi rédigé :

Les fonctions consulaires consistent en :

« Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas ».

Certes, initialement, il résulte de la loi du 15 novembre 1999 et de la décision du conseil constitutionnel que « la conclusion d'un pacte civil de solidarité ne donne lieu à l'établissement **d'aucun acte d'état civil, l'état civil des personnes qui le concluent ne subissant aucune modification** » (Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*).

Néanmoins, l'article 1^{er} de la loi du 15 novembre 1999 prévoit que la déclaration conjointe du Pacs s'effectue, en France, au greffe du tribunal d'instance et à l'étranger « auprès des agents diplomatiques et consulaires français » (article 515-3 du code civil).

Si l'enregistrement de la déclaration conjointe du pacte liant les deux partenaires n'est pas initialement un acte d'état civil il était d'ores et déjà assimilable aux « fonctions similaires » ou à « certaines fonctions d'ordre administratif » exercées par les ambassades ou les services consulaires prévues à l'article 5, f de la Convention.

En effet, l'agent consulaire qui enregistre un Pacs exerce exactement la même fonction que le greffier du Tribunal d'instance ; comme ce greffier, il fait œuvre de fonctions similaires à celles d'un officier de l'état civil ou, pour qui veut respecter à la lettre la décision du Conseil constitutionnel de 1999, il exerce au moins une fonction d'ordre administratif.

En outre, et surtout, depuis le 1^{er} janvier 2007, en application de la loi du 23 juin 2006, il est indiqué à l'article 515-3-1 du code civil qu'il est fait « *mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec l'indication de l'identité de l'autre partenaire* » et pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, l'information est portée sur un registre tenu au greffe du TGI de Paris.

Cela signifie donc indéniablement que désormais lors de l'enregistrement du Pacs, les agents diplomatiques ou consulaires exercent à tout le moins des fonctions « similaires » à celle d'officier d'état civil ou de notaire.

Le tome 2 de la circulaire portant dispositions transitoires ne prend pourtant pas en compte ces évolutions.

Article 515-3-1

(Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 art. 26 Journal Officiel du 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007)

(Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 art. 1 3° Journal Officiel du 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009)

Il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire. Pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au greffe du tribunal de grande instance de Paris. L'existence de conventions modificatives est soumise à la même publicité.

Le pacte civil de solidarité ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Il en va de même des conventions modificatives.

Dès lors, contrairement à ce qu'indique le ministre des affaires étrangères dans les points 5 et 6 de la circulaire, pour enregistrer un Pacs conclu par un Français l'ambassadeur ou le chef de poste n'a pas à se référer au point m de l'article 5 qui fait référence aux fonctions « *auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas* » et, par glissement, en référence aux restrictions prévues par « l'ordre public local », pour constater « une impossibilité d'instrumenter » la demande d'enregistrement du Pacs.

Pourtant d'une part la notion « d'ordre public local » ne figure pas dans l'article 5 de la Convention de Vienne ni dans les articles pertinents du Code civil et d'autre part, à supposer même qu'on puisse la déduire de l'article 5 m par la référence aux fonctions « *auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas (...)* », cette référence n'est pas pertinente s'agissant du Pacs qui, comme cela vient d'être démontré, constitue l'exercice d'une fonction similaire à la qualité de notaire ou d'officier d'état civil.

Tout au plus, la référence à l'article 5 f aurait-elle permis de restreindre l'exercice de fonctions similaires à l'état civil ou à celle de notaire pour autant « *que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas* ». Il faudrait donc que l'union hors mariage, sur la base d'un contrat de type Pacs, et l'union homosexuelle soit expressément prohibée par le droit local pour que cette disposition puisse constituer un obstacle.

La notion "ordre public local" est quant à elle une notion plus large - et plus vague aussi - que celle d'interdiction législative ou réglementaire. Elle peut correspondre à une politique, une pratique idéologique ou religieuse, qui ne se fondent pas nécessairement sur des dispositions précises de "lois et règlements".

Cela invalide l'ensemble du fondement juridique de la circulaire et le tableau reproduit en annexe 2 qui fait état, pays par pays, de la « possibilité d'enregistrer un pacs au regard du droit public local » qui devra être annulé en conséquence.

En outre, il n'est pas acquis que l'article 5 de la Convention de Vienne soit d'applicabilité directe et soit donc opposable aux administrés. En effet, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette stipulation ne crée d'obligations qu'entre les Etats parties à la Convention et, à ce titre, bénéfice aux administrés.

En effet, dans l'arrêt Section 29 janvier 1993 *Bouilliez* (n° 111946 111949, au Recueil), votre haute juridiction a estimé « que si, en application de ces stipulations, les ressortissants des Etats signataires sont en droit d'attendre protection et assistance des autorités consulaires des Etats dont ils sont les nationaux, ces autorités n'ont pas l'obligation de les représenter en justice ; que le consul général de France à Innsbrück, qui avait informé Mme Bouilliez de ses droits et avait saisi l'avocat conseil du consulat général en lui demandant de prêter assistance à l'intéressée, n'a pas, en refusant de représenter Mme Bouilliez devant les juridictions autrichiennes, méconnu la portée des obligations mises à sa charge par les stipulations précitées de la convention ».

2. Sur la violation de l'article 515-3 du Code civil (issu de l'article 1^{er} de la loi du 15 novembre 1999)

En estimant dans la circulaire déférée que l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire est « incompetent » pour instrumenter la demande d'enregistrement d'un Pacs lorsque l'ordre public local « prévoit des restrictions », le ministre des affaires étrangères viole l'article 515-3 du Code civil.

En effet, celui-ci donne compétence à ces autorités pour procéder à l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires « dont l'un au moins est de nationalité française » sans aucune référence à la notion d'ordre public local.

Article 515-3

(Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 art. 1 Journal Officiel du 16 novembre 1999)

(Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 art. 26 Journal Officiel du 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007)

(Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 art. 1 3° Journal Officiel du 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009)

Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune.

(...)

A l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux deuxième et quatrième alinéas sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte.

Au demeurant, l'article 5 de la Convention de Vienne ne définit pas les compétences¹ des autorités diplomatiques et consulaires mais leurs fonctions².

¹ Ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction/ aptitude à agir dans un certain domaine. (Cornu)

En application de la loi française, ces autorités ont, quelles que soient les circonstances locales, toujours compétence pour enregistrer les déclarations conjointes d'un Pacs. Mais il se peut que l'existence de prohibitions locales expresses s'oppose à ce qu'une telle union produise des effets.

Le ministre le reconnaît lui-même dans les dispositions de la circulaire contestées. En effet, après avoir estimé que ces autorités étaient incompétentes pour examiner les demandes d'enregistrement d'un pacs contraire à « l'ordre public local », il estime néanmoins que lorsque deux partenaires français persistent dans leur volonté, en dépit de la mise en garde, la demande est « examinée dans les conditions prévues par la loi française » moyennement la signature d'une reconnaissance d'avis donné » (RAD).

Cela signifie bien que même si l'ordre public local est censé s'y opposer, les autorités diplomatiques et consulaires conservent *in fine* leur compétence pour enregistrer les Pacs conformément à la loi française.

Mais, en réservant cette possibilité aux seuls Pacs conclus entre deux partenaires français, la circulaire introduit manifestement une discrimination.

Sur l'atteinte portée au principe d'égalité et de non-discrimination

1. Rupture d'égalité et discrimination selon la nationalité ou l'origine nationale

En donnant instruction aux autorités diplomatiques et consulaires, lorsque l'ordre public local s'y oppose et qu'une « reconnaissance d'avis donné » est signée, d'examiner la demande d'enregistrement du Pacs « dans les conditions prévues par la loi française » au bénéfice des seuls pactes conclus entre deux partenaires français – à l'exclusion des pacs conclus entre un Français et un étranger - **la circulaire introduit une différence de traitement en fonction de nationalité qui a un caractère discriminatoire.**

Pourtant, votre haute juridiction a déjà censuré une circulaire ministérielle qui établissait une différence de traitement, dans la justification de l'ancienneté de vie commune selon que le partenaire était français, ressortissant de l'Union européenne ou d'un pays tiers. Vous aviez alors considéré que l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 « *n'introduit aucune distinction entre les demandeurs de carte de séjour selon la nationalité de leur partenaire ; qu'ainsi, le ministre de l'intérieur a ajouté aux termes de la loi en prévoyant une telle distinction* » (CE, 29 juill. 2002, n° 231158, *Gisti, LDH, FDT*).

Mutatis mutandis, l'article 515-3 du code civil issu de l'article 1^{er} de la loi du 15 novembre 1999 ne permet pas d'établir une différence de traitement, dans les modalités d'enregistrement des Pacs à l'étranger par les agents diplomatiques et consulaires selon la nationalité du partenaire du ressortissant français effectuant la déclaration.

Une telle différence de traitement ne repose sur aucune justification objective et raisonnable ni, au regard du principe d'égalité de traitement, sur aucune considération d'intérêt général en rapport avec l'objet de la disposition qui aurait commandé une telle discrimination.

(v., en dernier lieu pour l'application du principe d'égalité de traitement aux étrangers, CE Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, n°273638, au Lebon : « *Considérant que l'institution d'une différence de traitement entre (...) laquelle n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec (...) qui auraient commandé de telles discriminations* »).

² Service d'un but supérieur et commun/ Ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service v. pouvoir, office, mission. (Cornu).

Une telle différence de traitement est donc contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi, garanti par la Constitution française.

A l'égard des ressortissants de l'Union européenne, elle porte également atteinte au principe d'égalité de traitement garanti par les traités communautaires et ce d'autant plus qu'elle ne prend pas en considération **la situation spécifique des ressortissants communautaires** qui bénéficient pourtant de la protection « de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre, *dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat* » en vertu de l'article 20 du traité CE.

Certes, l'enregistrement d'un Pacs ne relève pas de cette protection mais le fait de mettre en garde le partenaire européen d'un Français sur les risques qu'ils encourent et les sanctions auxquelles ils s'exposent au regard des interdictions locales en fait partie.

Ainsi, à supposer même que la différence de traitement entre Pacs conclu entre deux partenaires français et Pacs conclu entre un Français et un étranger soit admise – ce qui n'a pas été le cas dans votre décision du 29 juill. 2002 « *Gisti, LDH, FDT* » -, le même traitement devrait être réservé lorsqu'un ressortissant français sollicite l'enregistrement d'un pacs avec un ressortissant de l'Union européenne en application du principe d'égalité de traitement issu du traité CE.

La différence de traitement en fonction de la nationalité constitue également **une atteinte à l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966**, pris isolément, en ce qu'il garantit que : « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment (...) d'origine nationale (...) ou de toute autre situation » (Comité des Droits de l'Homme, Communication n° 196/1985, *M. Gueye et autres c/ France*, 6 avril 1989 ; Communication n° 854/1999, *Wackenheim c/France*, 26 juillet 2002). Il ne fait aucun doute, hormis dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, que cette disposition a une portée autonome.

Elle porte également atteinte à **l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné avec l'article 8**, qui prohibent toute discrimination fondée sur l'origine nationale dans l'exercice du droit à mener une vie privée et familiale normale (CEDH, plén., 28 mai 1985, n° 9214/80, *Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni*. V. aussi CE, 5 mars 1999, n° 194658, *Rouquette*).

2. Discrimination selon l'orientation sexuelle

De facto, la circulaire introduit une différence de traitement entre partenaires pacsés selon l'orientation sexuelle puisqu'il résulte du tableau annexé que l'ordre public local prohibe plus souvent, particulièrement dans les pays de confession musulmane, les unions entre personnes de même sexe que les unions entre personnes de sexe différent.

Or, dans les modèles de lettre explicative, il est systématiquement fait référence aux sanctions prévues dans le droit local « prohibant l'union homosexuelle » comme motif fondant le refus d'instrumenter.

Sur le fondement de l'article 26 du PIDCP, le comité des droits de l'homme des nations-unies a déjà estimé discriminatoire et non fondé sur un motif objectif et raisonnable, une différence de traitement entre des partenaires hétérosexuels non mariés et des partenaires homosexuels dans le bénéfice d'une pension de retraite (CDH n°941/2000, *Young c/ Australie*, déc. 6 août 2003).

On peut déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme le même type de conclusions au regard de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH garantissant la vie privée.

Sur la violation de la liberté contractuelle

En vertu de l'article 515-1 du code civil, le pacte civil de solidarité est « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

Dans sa décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a estimé que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis* ».

La conclusion d'un Pacs, dans les conditions définies par la loi, se rattache donc à l'exercice de la liberté contractuelle garanti aussi bien par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC 30 nov 2006, n°2006-543 DC) que celle du Conseil d'Etat (v. notamment CE 28 janv. 1998, *Société Borg Warner, au Lebon*) et de la Cour de cassation (Cass. Ass pl. 26 mars 1999, *Société Rhône Méditerranée c/ capitaine Dragon Maersk*).

Dans la mesure où le législateur n'est pas venu conditionner l'exercice de cette liberté au respect de l'ordre public local ou établir de différence entre Pacs conclu entre deux partenaires français et Pacs conclu avec entre un partenaire français et un étranger, ni prévoir des conditions d'application différentes pour les partenaires hétérosexuels ou homosexuels, en prévoyant de telles différences la circulaire contestée a porté atteinte à cette liberté.

*

Par ces motifs,

et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office, les associations requérantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'État :

- annuler les dispositions critiquées de la circulaire ;
- donner injonction au ministre d'édicter de nouvelles instructions conformes à la loi ;
- de mettre à la charge de l'État la somme de 1 500 euros, par association requérante, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le 16 novembre 2007

Pour l'ensemble des requérants,

La Présidente du Gisti

Désigné mandataire unique

Liste des pièces jointes :

1. circulaire du 28 septembre 2007 relative au pacte civil de solidarité tome 1 et 2
2. Article 5 de la Convention de Vienne
3. Extrait rapport sur « Le pacte civil de solidarité. Réflexions et propositions de réforme », Rapport remis à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 30 novembre 2004, pp.23-24.
4. Statuts des associations requérantes
5. Extrait des délibérations autorisant à former le présent recours.

NB : Dans la mesure où elle doit se procurer une copie des statuts originaux en préfecture l'ARDHIS produira dans les meilleurs délais ses statuts dans un envoi ultérieur.

Annexe :

Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/9_2_1963_francais.pdf

http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_191_02/a5.html

« Art. 5 Fonctions consulaires »

Les fonctions consulaires consistent à :

a.

Protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international;

b.

Favoriser le développement de relations commerciales, économiques, culturelles et scientifiques entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence et promouvoir de toute autre manière des relations amicales entre eux dans le cadre des dispositions de la présente Convention;

c.

S'informer, par tous les moyens licites, des conditions et de l'évolution de la vie commerciale, économique, culturelle et scientifique de l'Etat de résidence, faire rapport à ce sujet au gouvernement de l'Etat d'envoi et donner des renseignements aux personnes intéressées;

d.

Délivrer des passeports et des documents de voyage aux ressortissants de l'Etat d'envoi, ainsi que des visas et documents appropriés aux personnes qui désirent se rendre dans l'Etat d'envoi;

e.

Prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l'Etat d'envoi;

f.

Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas;

g.

Sauvegarder les intérêts des ressortissants, personnes physiques et morales, de l'Etat d'envoi, dans les successions sur le territoire de l'Etat de résidence, conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence;

h.

Sauvegarder, dans les limites fixées par les lois et règlements de l'Etat de résidence, les intérêts des mineurs et des incapables, ressortissants de l'Etat d'envoi, particulièrement lorsque l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle à leur égard est requise;

i.

Sous réserve des pratiques et procédures en vigueur dans l'Etat de résidence, représenter les ressortissants de l'Etat d'envoi ou prendre des dispositions afin d'assurer leur représentation appropriée devant les tribunaux ou les autres autorités de l'Etat de résidence pour demander, conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence, l'adoption de mesures provisoires en vue de la sauvegarde des droits et intérêts de ces ressortissants lorsque, en raison de leur absence ou pour toute autre cause, ils ne peuvent défendre en temps utile leurs droits et intérêts;

j.

Transmettre des actes judiciaires et extra—judiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence;

k.

Exercer les droits de contrôle et d'inspection prévus par les lois et règlements de l'Etat d'envoi sur les navires de mer et sur les bateaux fluviaux ayant la nationalité de l'Etat d'envoi et sur les avions immatriculés dans cet Etat, ainsi que sur leurs équipages;

l.

Prêter assistance aux navires, bateaux et avions mentionnés à l'al. k du présent article, ainsi qu'à leurs équipages, recevoir les déclarations sur le voyage de ces navires et bateaux, examiner et viser les papiers de bord et, sans préjudice des pouvoirs des autorités de l'Etat de résidence, faire des enquêtes concernant les incidents survenus au cours de la traversée et régler, pour autant que les lois et règlements de l'Etat d'envoi l'autorisent, les contestations de toute nature entre le capitaine, les officiers et les marins;

m.

Exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'Etat d'envoi que n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence.'

Extrait rapport sur « Le pacte civil de solidarité. Réflexions et propositions de réforme »,

Rapport remis à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice

Le 30 novembre 2004, pp.23-24

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000598/0000.pdf>

TITRE 4 : Les aspects internationaux du -pacte civil de solidarité

I- Le PACS devant les autorités consulaires françaises

Lorsqu'un Français résidant à l'étranger souhaite conclure un pacte civil de solidarité avec un autre Français ou avec un étranger, quelle qu'en soit la nationalité, la déclaration conjointe doit être effectuée au consulat français du lieu de résidence commune.

Pour que les agents diplomatiques et consulaires français puissent assurer ces formalités, il faut non seulement que les intéressés remplissent les conditions imposées par la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, mais encore que la convention ne soit pas contraire au droit de l'Etat dans lequel ceux-ci sont en poste.

En effet, la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 dispose que les fonctions consulaires consistent à agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas (art. 5 f) et à " exercer toutes les autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'Etat d'envoi que n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas.. " (art. 5 m).

Ainsi lorsque la conclusion d'un pacte civil de solidarité contrevient aux dispositions de droit local, un chef de poste consulaire ne peut établir un acte qui s'opposerait à ces dispositions et ne doit par conséquent pas enregistrer la déclaration des intéressés même si par ailleurs ceux-ci remplissent toutes les conditions prévues par la loi du 15 novembre 1999.

Divers Etats prohibent voire condamnent les relations hétérosexuelles ou homosexuelles hors mariage quelle que soit la nationalité des intéressés.

Un PACS ne peut donc être reçu à l'étranger par les autorités consulaires françaises que dans les Etats où il ne contrevient pas à l'ordre public local.

Des difficultés sont également signalées lorsque le futur partenaire est un ressortissant étranger dont le droit personnel ne permet pas de fournir les pièces administratives que lui impose de produire la loi française. Ainsi la vérification de la capacité juridique de se pacser du futur partenaire étranger ou de l'absence d'empêchement matrimonial ne peut pas toujours être assurée au vu des pièces étrangères établies. La délivrance du certificat de coutume qui devrait suppléer à

l'information manquante est généralement difficile à obtenir, les autorités habilitées à l'établir refusant d'en délivrer un lorsque leur législation interne méconnaît le partenariat enregistré.

Les représentants du Ministère des Affaires Etrangères signalent enfin le développement de PACS de complaisance ayant pour but de permettre à des ressortissants étrangers d'obtenir un visa d'entrée sur le territoire français.

Devant ce constat, les postes consulaires ont eu leur attention appelée sur la nécessité de s'assurer de l'existence d'une résidence commune, condition exigée par les textes. Il s'agit pour eux de vérifier que la résidence commune est effective au moment de la déclaration du pacte et qu'elle est établie dans la circonscription consulaire sollicitée afin d'éviter l'enregistrement de PACS de complaisance ou d'un PACS conclu par une personne de passage et non résidente.

Le groupe considère que cette condition de résidence ne doit pas être remise en cause