



HAL
open science

Mariage pour tous et filiation pour certains: les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. Mariage pour tous et filiation pour certains: les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe. *Droit et Cultures*, 2015, De la traduction dans le droit des idées d'égalité/inégalité, 1 (69). hal-01231998

HAL Id: hal-01231998

<https://hal.science/hal-01231998>

Submitted on 21 Nov 2015

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.

Droit et cultures

Revue internationale interdisciplinaire

69 | 2015 :

De la traduction dans le droit des idées d'égalité/inégalité

Dossier : De la traduction dans le droit des idées d'égalité/inégalité

Mariage pour tous et filiation pour certains : les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe

Marriage for All and Filiation for Some: Resistances to the Equality of Rights for Same sex Couples in France

DANIEL BORRILLO

p. 179-220

Résumés

Si la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe constitue une avancée incontestable, elle ne résout pas pour autant la question de l'égalité des filiations. En effet, l'assistance médicale à la procréation (AMP) demeure interdite aux couples de femmes et l'interdiction de la gestation pour autrui (GPA) à l'ensemble des couples, pénalise particulièrement les couples d'hommes. De surcroît, le gouvernement, face aux manifestations des groupes conservateurs, a restreint le projet de loi famille même si l'AMP et la GPA restaient prohibées dans ledit projet. Contrairement aux allégations des opposants, le groupe de travail mis en place par la ministre de la Famille, tentait de modifier substantiellement, dans un sens conservateur, le droit civil de la filiation par l'introduction du droit d'accès aux origines biologiques et la consécutive levée de l'anonymat des donneurs et donneuses de gamètes. En introduisant la vérité biologique comme soubassement de l'ordre des filiations, cette réforme du droit de la famille préparait le terrain dans lequel s'inscrirait non seulement l'homoparentalité mais toutes les formes de filiation non charnelles. Ainsi, se profilait dans la réforme en question une hiérarchie de la parenté au sein de laquelle la reproduction apparaît comme le fondement de la filiation « vraie » à laquelle viendrait s'ajouter les autres formes de filiation « fictives ». Si le gouvernement a renoncé à cette réforme, ces questions sont susceptibles d'être adoptées par le biais d'amendements.

À partir de l'analyse historique des mobilisations des opposants au « mariage pour tous » et des arguments avancés par les opérateurs juridiques (juges, doctrine...) et politiques (experts, politiciens...) contre l'élargissement du *ius nubendi* et du droit à la procréation pour les unions de même sexe, cet article étudie les stratégies aussi bien savantes que militantes permettant d'esquiver l'égalité et justifiant, par conséquent, les traitements différenciés des couples homosexuels et des familles homoparentales.

Marriage for All and Filiation for Some: Resistances to the Equality of Rights for Same sex Couples in France

If the law n°2013-404 of May 17th, 2013 opening the marriage and the adoption to same sex couples constitutes an indisputable progress, the law does not resolve all the question of the equality of the filiations. Indeed, the medical reproduction (AMP) is still forbidden for couples of women and the general prohibition of gestational surrogacy for all couples, is specifically heavy for couples of men. The government, in front of demonstrations of the conservative groups, removed

the family bill even if the AMP and the GPA remained prohibited in the aforementioned project. Contrary to the assertions of the opponents, the workgroup set up by the Minister of family, tried to modify substantially, in a conservative sense, the civil law by introducing the right of access to the biologic origins and consecutively raised the anonymity of the donors of gametes. By introducing the biologic truth as the basis of the order of the filiations, this reform of the family law prepared the ground which would join not only the homoparenthood but all forms of not biological filiation. So, was outlined in a hierarchy of the parenthood which the reproduction appears as the foundation of the « true » filiation to which would come to add the other « fictitious » forms of filiation. If the government gave up this project, these questions may be adopted by amendments.

From the historic analysis of the mobilizations of the opponents in the «marriage for all» and arguments advanced by the legal operators (judges, doctrine) and politics (experts, politicians) against the extension of the *ius nubendi* and the right for the reproduction for the same sex unions, this article studies strategies both learned and militant allowing to evade the equality and proving, consequently, the treatments differentiated by the homosexual couples and the homoparental families.

Entrées d'index

Mots-clés : filiation, mariage pour tous, homoparentalité

Keywords : Filiation, Same-sex marriage, Homoparenthood

Texte intégral

Histoire politique du couple de même sexe

- 1 La jurisprudence et la doctrine des privatistes se sont systématiquement opposées à la reconnaissance des couples de même sexe et des familles homoparentales. En effet, aussi bien la Cour de cassation que le Conseil d'État ou encore le Conseil constitutionnel, ont statué d'une façon restrictive en la matière. À l'inverse d'autres pays où l'action des juges et du Parlement a été complémentaire¹, en France, l'intervention du législateur fut nécessaire à cause de l'incapacité du juge à régler un certain nombre de situations d'une particulière gravité, comme la constatation du concubinage homosexuel (surtout à l'époque du sida) et ceci afin de lui faire produire certains effets, notamment en droit sanitaire et social.
- 2 La doctrine des juristes a conforté depuis longtemps la position des juges, plus précisément dès la dépénalisation de l'homosexualité. Plus tard, lors des différents processus législatifs de reconnaissance des couples de même sexe (Pacs et Mariage pour tous, projet de loi Famille), l'hostilité de la doctrine dominante n'a pas cessé de s'accroître. C'est dans ce contexte particulièrement défavorable à l'égalité que l'intervention du législateur fut nécessaire afin de permettre l'accès au droit pour les individus et les familles homosexuels.

Une jurisprudence créatrice des droits pour les couples hétérosexuels

- 3 La tradition continentale est réticente à la création prétorienne de la règle de droit. Toutefois, en matière de droits patrimoniaux et de droits sociaux pour les unions de fait hétérosexuelles, les juges ont depuis longtemps organisé la vie des concubins avec l'argument selon lequel sur le plan juridique, le concubinage ne se constitue pas, il se constate : ce n'est donc qu'à l'occasion d'une revendication, d'un conflit ou d'un contentieux qu'il parvient à la vie juridique. Ainsi, l'accès à la sécurité sociale pour la concubine hétérosexuelle est l'œuvre de la jurisprudence tout comme la résolution d'intérêts pécuniaires².
- 4 De même, pour protéger la concubine, les juges n'ont pas hésité à utiliser un certain nombre de figures juridiques comme la « société créée de fait », l'*affectio societatis*³, la « théorie de l'apparence »⁴ ou encore « l'enrichissement sans cause »⁵. La libre appréciation dans ce domaine est telle que les magistrats ont fait produire certains effets de droit même à des situations illégales comme la polygamie des étrangers en France. Celle-ci est acceptée dans ses conséquences, au nom de l'effet atténué de l'ordre public

international. On observera ainsi que la Cour de cassation, elle-même, reconnaît les effets du mariage polygame au regard du droit aux prestations de la sécurité sociale, s'agissant, par exemple, du droit à la pension de réversion du chef de l'assuré polygame⁶. On remarquera aussi que les caisses d'assurance maladie accordent le bénéfice des prestations en nature de l'assurance-maladie et maternité à la concubine⁷ si elle atteste sur l'honneur se trouver à la charge totale, effective et permanente de l'assuré et s'engage à signaler toute modification éventuelle de sa situation. Peuvent donc être ayants-droit à la fois la conjointe et la concubine lorsqu'il existe une convention internationale avec certains pays autorisant la polygamie⁸.

- ⁵ De son côté, le Conseil d'État, dans un arrêt retentissant, a reconnu le droit au regroupement familial d'un étranger polygame⁹. On remarque ainsi à quel point, y compris dans des domaines particulièrement sensibles, le juge français jouit d'une grande liberté dans la constatation du fait concubinaire et dans la création d'effets juridiques pour ces unions. Cependant, cette liberté n'a jamais été élargie aux concubins homosexuels. En effet, les hautes instances judiciaires et la doctrine dominante des juristes se sont montrées peu enclines à traiter de manière égalitaire les unions de même sexe. Cette absence de réponse juridique adéquate a produit une forte mobilisation des associations de lutte contre le sida¹⁰ dès la fin des années 1980 et tout au long des années 1990. Cette mobilisation associative fut accompagnée par l'action d'un groupe d'intellectuels engagés et d'un certain nombre de personnalités du parti écologiste. C'est grâce à ces mobilisations que les premiers pas vers la reconnaissance des couples de même sexe ont pu être franchis dans l'hexagone¹¹.

L'impossibilité judiciaire de constater le concubinage homosexuel

- ⁶ Bien que le juge jouit d'une grande liberté pour constater la situation de fait (y compris dans des domaines contraires à l'ordre public comme la polygamie ou la répudiation), lorsque ce même fait relève de la relation homosexuelle, l'examen d'une telle constatation devient impossible. En effet, la plasticité de la jurisprudence trouvera rapidement ses limites lorsque les couples de même sexe émergent dans le contentieux familial. Pour refuser aux concubins homosexuels certains avantages accordés sans difficultés aux concubins hétérosexuels, la jurisprudence avançait l'argument selon lequel les droits ne sont octroyés au concubinage que dans la mesure où celui-ci ressemble au mariage. Ce serait donc une limite « objective » qui s'opposerait à la constatation de l'union libre homosexuelle. Ainsi, dans deux décisions du 11 juin 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé la qualité de concubin au compagnon d'un steward d'Air France pour l'obtention d'un billet à tarif réduit. Dans le second arrêt, la Cour a considéré que, en se référant à la notion de « vie maritale », la loi portant généralisation de la sécurité sociale avait entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladie et maternité, « à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »¹².
- ⁷ Allant ponctuellement à l'encontre de cette jurisprudence, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 a modifié l'article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale pour accorder indirectement au concubin homosexuel de l'assuré la qualité d'ayant-droit à l'assurance maladie en tant que personne à charge. Mais le statut de personne à charge n'implique nullement la reconnaissance de l'union homosexuelle.
- ⁸ Plus tard, les juges insisteront sur le caractère nécessairement hétérosexuel de l'union libre lorsque le 17 décembre 1997, la Cour de cassation a statué que les couples de même sexe ne pouvaient pas être considérés comme des concubins en matière de transfert du droit de bail¹³. En effet, à la suite du décès de son compagnon homosexuel chez lequel il vivait de façon notoire depuis plusieurs années, le requérant a assigné la propriétaire pour obtenir le transfert du bail à son profit en application de l'art. 14 de la loi du 6 juillet 1989 qui dispose que « lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré (...) au concubin notoire (...) qui vivait avec lui depuis au moins un an à la date du décès ».
- ⁹ Le Tribunal d'instance du IV^e arrondissement de Paris avait admis ce transfert en retenant que « l'évolution des mœurs a désormais donné au terme de concubinage le sens de cohabitation de couple, et n'y attache plus, comme auparavant, la nécessité d'une

différence de sexe entre partenaires du couple pour reconnaître la réalité de la situation vécue. Il serait contraire à la protection due à la vie privée de restreindre le champ d'application de la loi par une discrimination fondée sur la sexualité des personnes considérées. Il en découle que M. Vilela invoque avec raison le bénéfice des dispositions de l'article susvisé ». Mais par l'arrêt infirmatif attaqué, la Cour d'appel de Paris a considéré que le demandeur ne pouvait bénéficier, en invoquant sa liaison homosexuelle, des dispositions de l'art. 14 de la loi du 6 juillet 1989 « dès lors que le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence d'un mariage, donc d'une relation entre un homme et une femme ».

¹⁰ Suite à un pourvoi, la troisième Chambre de la Cour de cassation, en formation plénière, tranche le litige en refusant la qualité de concubin au compagnon du décédé, titulaire du bail. Force est de constater que plus on monte dans la hiérarchie juridictionnelle moins les couples de même sexe se trouvent protégés. Ainsi, le Conseil d'État, de son côté, s'est opposé à l'agrément à l'adoption pour les personnes homosexuelles¹⁴. Il a fallu que la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France, en 2008, pour que cette situation discriminatoire à l'égard de l'adoptant homosexuel cesse¹⁵. Concubinage et adoption se trouvaient ainsi fermés à certaines personnes exclusivement en raison de leur orientation sexuelle.

¹¹ Cette jurisprudence hostile en matière de concubinage a été abolie par une disposition adoptée à l'occasion de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité (Pacs). En effet, ce texte a introduit dans le Code civil un article 515-8 définissant le concubinage comme « une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, *qui vivent en couple* ». Désormais donc, tout refus de reconnaître les mêmes droits et obligations à des concubins homosexuels qu'à des concubins hétérosexuels serait contraire à l'ordre juridique. Toutefois, la loi de 1999 ne met pas fin à l'inégalité des conjugalités : le mariage demeurerait réservé aux couples hétérosexuels. Mais, ni la gauche socialiste et, encore moins, la droite républicaine ne considéraient cette situation comme discriminatoire.

¹² Le débat semblait donc clos jusqu'à ce que le maire de Bègles¹⁶ décide, par un geste de désobéissance civile, d'interpréter le Code civil en faveur des couples de même sexe.

L'impossibilité judiciaire de reconnaître le mariage sans genre

¹³ Suite au mariage de deux hommes célébré à Bègles le 5 juin 2004 par le député-maire Noël Mamère, la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 2007, a statué que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »¹⁷. De même, le Conseil constitutionnel, dans une question prioritaire de constitutionnalité (QPC n° 2010-92), a considéré que le refus du mariage pour les couples de même sexe n'était pas discriminatoire et demeurait donc conforme à la Constitution.

¹⁴ Les juges se sont également opposés au droit de filiation pour les familles homoparentales : pas d'adoption simple de l'enfant du conjoint de même sexe¹⁸, pas d'inscription dans les registres de l'état civil pour les enfants issus d'une gestation pour autrui¹⁹, pas de congé parental pour la compagne pacsée d'une mère lesbienne²⁰ ...

¹⁵ Les rares décisions favorables ont eu lieu uniquement lorsque qu'il existait déjà un lien de filiation entre une personne homosexuelle et un enfant ou lorsque la première était détentrice de l'autorité parentale. Dans ce cas, et au nom de l'intérêt de l'enfant, parfois les juges reconnaissent certains droits aux familles homoparentales. Ainsi, par un arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation rend possible la délégation de l'autorité parentale au sein d'un couple lesbien. De même, dans une décision du 8 juillet 2010, cette même Cour ordonne l'*exequatur* d'un arrêt de la justice américaine conduisant ainsi au partage de l'autorité parentale entre deux conjoints de même sexe. La solution s'explique dans la mesure où la prohibition de l'adoption par la concubine de la mère homosexuelle en droit interne ne se fonde pas formellement sur des valeurs fondamentales mais sur la privation d'autorité parentale qui en découlerait pour la mère dès lors que le couple n'est pas marié²¹.

¹⁶ Face à une justice récalcitrante, c'est donc par l'initiative du gouvernement et au niveau du législateur que l'entreprise égalitaire prendra forme, comme cela avait été

suggéré par le Conseil constitutionnel dans une QPC du 28 janvier 2011 : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ».

17 L'argument du juge constitutionnel est celui du principe de la séparation des pouvoirs. L'article 5 du Code civil fournit la règle : *Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*

18 Or, comme nous l'avons observé, s'il existe un domaine dans lequel la séparation des pouvoirs demeure fortement limitée et où, en d'autres termes, la jurisprudence apparaît comme créatrice de droit, c'est précisément celui du concubinage, non pas pour lui en donner un statut mais pour protéger la partie faible.

19 Reprenons la question du concubinage pour, par la suite, analyser celle du mariage de la QPC de 2011. D'une manière abusive, la jurisprudence ne commence à comparer le concubinage avec le mariage qu'à partir du moment où les couples de même sexe revendiquent un statut. Ainsi, paradoxalement, en refusant la qualité de concubins au couple homosexuel, la Cour de cassation a introduit, sur la scène juridique, ce « mariage de seconde zone » qu'elle avait tant dénoncé tout au long de son histoire. Comme l'a montré Thierry Pitois²², la motivation des solutions de la Cour de cassation en 1989 et 1997 s'oppose en tous points à sa jurisprudence traditionnelle au terme de laquelle, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, elle refuse de reconnaître tout statut juridique au concubinage (hétérosexuel) en l'assimilant au mariage. Ce refus s'inscrivait dans le prolongement de l'ignorance originelle des concubins par le Code civil : relevant du non droit, le concubinage devait y demeurer. Au terme d'une jurisprudence ancienne et constante, la Cour de cassation refuse ainsi systématiquement et rigoureusement cette assimilation : elle ne reconnaît, par exemple, l'existence entre les concubins, ni d'un devoir de fidélité, de secours ou d'assistance, ni d'une obligation de contribution aux charges de la vie commune selon les facultés de chacun ni d'une solidarité des dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Cependant, afin de refuser la demande de couples gays et lesbiens de bénéficier de la qualité de concubins, la Cour de cassation a renversé cette logique en choisissant cette fois-ci d'assimiler explicitement le concubinage au mariage. Or, cette rupture dans la cohérence de la Cour s'explique et se justifie difficilement d'un point de vue juridique. D'autant que, comme le démontre par ailleurs sa jurisprudence postérieure, elle n'a pas tiré de conséquences de l'apparence du mariage qu'elle a alors reconnue au concubinage. Cette jurisprudence est avant tout motivée par la recherche d'un « barrage » destiné à justifier le refus de reconnaître la qualité de concubins aux couples de même sexe.

20 Face à ce blocage jurisprudentiel, il a fallu, encore une fois, l'intervention du législateur (par un amendement du Sénat de la proposition de loi sur le Pacs) pour que le concubinage soit inscrit dans la loi. Désormais il est défini comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » (art. 515-8 du Code civil).

Du Pacte civil de solidarité (Pacs) au « Mariage pour tous »

21 La stratégie que les socialistes ont mise en place avec le Pacs en 1999 était assez claire : offrir certains bénéfices aux couples de même sexe tout en leur refusant l'accès au mariage et à la filiation²³. « Le Pacs n'est pas le mariage », rappelait sans cesse la Garde des Sceaux, Elisabeth Guigou, dans chaque séance parlementaire. Le premier ne devait surtout pas se confondre avec le second : « la volonté d'accroître la lisibilité du Pacs et sa dématrimonialisation ayant été nos préoccupations principales », soulignait le député Patrick Bloche. S'il restait des doutes sur la position du parti socialiste à l'époque, Robert Badinter s'est bien chargé de les dissiper : « le mariage laïc est hétérosexuel », proclamait-il dans l'enceinte du Sénat en 1999.

22 À ceux qui voyaient dans le Pacs un premier pas vers l'homoparentalité, E. Guigou, rétorquait : « Je vais lever le soupçon principal. Le Pacs ne traite ni d'adoption, ni de réforme de l'autorité parentale. Il ne sera pas pour les couples homosexuels une étape possible vers l'adoption ou la procréation médicalement assistée ».

23 Quelques années après l'adoption du Pacs aussi bien la droite que les socialistes étaient d'accord pour considérer que cette loi suffisait et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu de débattre sur le mariage.

- 24 Mais soudainement, un tragique fait divers mettra fin à ce consensus qui semblait s'installer dans le paysage politique français.
- 25 L'annonce de l'agression de Sébastien Nouchet, « brûlé vif parce qu'homosexuel »²⁴, le 16 janvier 2004, produit une commotion politique. Le président Chirac écrit au compagnon de la victime une lettre lui faisant part de sa « profonde indignation » et l'assure que les auteurs de ce « crime odieux » seront « arrêtés et sanctionnés comme ils le méritent », le Chef de l'État finit la correspondance comme suit :
- Je veux également vous faire part de ma détermination à lutter contre toutes les manifestations de rejet de l'autre et de ses différences, qu'elles soient fondées sur la race, la religion, le sexe ou l'orientation sexuelle.
- 26 Des manifestations contre l'homophobie sont organisées par plusieurs associations (Act Up, Aïdes, Inter LGBT, le MAG, SOS homophobie, ProChoix...) et par deux partis politiques : les Verts et le PCF²⁵. Et même si l'affaire Nouchet se soldera par un non-lieu, les conséquences politiques qu'elle a déclenchées demeurent incontestables.
- 27 Dans ce contexte de mobilisation contre l'homophobie, deux autres événements permettront de maintenir la pression médiatique. Le 12 février 2004, Gavin Newsome, le jeune maire démocrate de San Francisco, décide de braver la loi et commence à marier des couples de même sexe²⁶. Quelques semaines plus tard, le Premier ministre espagnol Rodríguez Zapatero annonce que son gouvernement présentera un projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe.
- 28 Après la mauvaise image donnée dans le débat sur le Pacs, la droite française souhaite faire évoluer la situation en proposant un certain nombre de mesures tendant à améliorer la condition des couples pacsés. Jean-Pierre Raffarin, le Premier ministre de l'époque, avait estimé nécessaire de procéder à une évaluation du Pacs, quatre ans après sa mise en place, « en vue de son amélioration ». Cela fut le cas notamment en matière fiscale et successorale.
- 29 La stratégie politique de la droite consistait également à proposer une loi visant à sanctionner les discriminations et les discours homophobes et à introduire une circonstance aggravante pour les infractions pénales commises en raison de l'orientation sexuelle de la victime. Sans toucher à la famille, la droite a complété le dispositif de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et a créé la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations (HALDE) au sein de laquelle la protection des droits LGBT fut renforcée²⁷.
- 30 Quant au Parti socialiste, après l'adoption du Pacs, il s'est enfermé dans un silence assourdissant. Pour les socialistes, le Pacs n'avait jamais été conçu comme un point de départ vers l'égalité totale mais comme le seul compromis possible pour mettre fin aux discriminations. Et s'il existait encore des situations discriminantes, il suffisait, selon eux, d'améliorer la loi votée en 1999 sans toucher au mariage.
- 31 Les avancées de la droite et la timidité de la gauche ont fini par rapprocher les positions respectives, si bien qu'entre les propositions du Secrétaire général du parti socialiste, Lionel Jospin et celles du Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin, il n'existait aucune différence substantielle.

Le mariage de Bègles

- 32 Le vendredi 27 février 2004, Didier Eribon et moi-même nous sommes rendus à Lille pour rendre hommage à Sébastien Nouchet. Bouleversés par le témoignage du compagnon de M. Nouchet, nous avons considéré que les déclarations du gouvernement et du Président ne suffisaient pas et qu'il fallait encore aller plus loin en dénonçant notamment le refus d'accès au mariage et à la filiation aux couples homosexuels²⁸. Arrivé à Paris, je publie une tribune dans *Libération* où je souligne : « Une politique globale de lutte contre l'homophobie implique non seulement la création d'une autorité indépendante chargée de lutter contre les violences dont sont victimes les individus homosexuels mais aussi de mettre fin aux discriminations à l'égard des couples de même sexe et des familles homoparentales »²⁹. Quelques jours plus tard, je suis invité au séminaire de Françoise Gaspard et Didier Eribon à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS) pour présenter le dispositif de lutte contre les discriminations à l'égard des lesbiennes et des gays en Europe. Au cours du dîner qui suit le séminaire, l'idée surgit de mettre en place une campagne politique consistant à marier un couple de même sexe. Pour ce faire, il fallait trouver le couple et le maire susceptible de l'unir. Françoise

Gaspar et sa compagne Claude Servan-Schreiber furent pressenties mais la récente nomination de la première à l'ONU mettra un terme à cette idée.

³³ Quelques jours plus tôt, le gouvernement entendait se plier aux exigences européennes en introduisant dans la loi une infraction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle mais ce dispositif tendait uniquement à protéger les homosexuels dans l'emploi et l'accès aux biens et services et nullement à ouvrir des droits en matière familiale. Nous étions donc loin du compte en matière d'égalité des couples, malgré les annonces officielles.

³⁴ Didier Eribon, qui n'avait pas pu participer au dîner après le séminaire à l'EHESS, prend contact avec moi pour discuter d'une mise en place effective de la proposition d'ouverture du mariage comme un chapitre de la lutte contre l'homophobie. Nous rédigeons ensemble le *Manifeste pour l'égalité des droits* où il est dit : « Il nous semble en effet homophobe et discriminatoire de refuser l'accès des gays et des lesbiennes au droit au mariage et à l'adoption, de refuser l'accès des lesbiennes ou des femmes célibataires à la procréation médicalement assistée ». Grâce à l'intervention de Didier Eribon et aux noms de personnalités qu'il a convaincues pour signer le manifeste (Jacques Derrida, Eric Fassin, Paul Veyne, Pierre Bergé, Alain Touraine...), le 17 mars le journal *Le Monde* décide de le publier. Outre ces intellectuels et ces artistes, plusieurs maires de gauche figurent comme signataires, parmi lesquels Jacques Boutault, maire du 2^e arrondissement de Paris qui s'est dit prêt à marier tout de suite un couple de même sexe. Toutefois, face aux pressions de la Mairie de Paris, il change de position en déclarant à la presse qu'il souhaite bien « célébrer de mariages entre personnes de même sexe mais il faut pour cela que la loi le permette » (*sic.*). Craignant que les velléités des maires d'arrondissements puissent affecter le résultat électoral, Bertrand Delanoë, maire de Paris, donne l'ordre de ne pas marier de couples de même sexe avant la fin des élections régionales³⁰. Malgré ces pressions, le 31 mars 2004 une conférence de presse aura lieu dans la salle des mariages de la mairie du 2^e arrondissement. C'est à l'occasion de cette conférence de presse que le *Manifeste pour l'égalité* présente la stratégie politique consistant à proposer une interprétation progressiste de l'article 144 du Code civil afin d'inviter les maires à célébrer les unions de personnes de même sexe. L'argument juridique mis en avant était simple, nul besoin de changer la loi, il suffit que les maires en tant qu'officiers d'état civil l'interprètent en faveur des couples de même sexe. L'équipe des juristes coordonnée par moi-même est présentée lors de la conférence de presse : les avocats Caroline Mécary, Yann Pedler et Emmanuel Pierrat prennent en charge le dossier et le magistrat Thierry Pitois-Etienne veille, de par son expertise, au bon déroulement de l'entreprise. Christophe Girard, Khédidja Bourcart et Clémentine Autain, adjoints à la Mairie de Paris, affirment leur disponibilité pour célébrer un mariage gay. Un proche de Noël Mamère, l'actuel député Sergio Coronado, avait organisé deux jours plus tôt une réunion avec le député-maire de Bègles et les animateurs du *Manifeste* afin de mettre en place le premier mariage homosexuel de France. Sans aucun lien avec les écologistes, les fondateurs du *Manifeste pour l'égalité* ont trouvé rapidement dans ce parti un relais politique pour leur initiative. Le statut de Noël Mamère, ancien candidat à la présidence de la République, lui permettait d'engager le combat et de supporter les multiples pressions politiques lesquelles, par ailleurs, ne tarderont pas à venir.

³⁵ Les socialistes attaquent violemment l'initiative de l'écu vert qui s'est dit prêt à marier des couples de même sexe (à l'exception de Roger Madec et de Jack Lang qui soutiennent le collectif pour l'égalité. Plus tard, Dominique Strauss-Kahn et Laurent Fabius les rejoindront). Bertrand Delanoë se dit favorable au mariage homosexuel mais à condition de « changer le droit » et non de « le violer ». Adeline Hazan, Secrétaire nationale du PS, était également opposée à cette action « tombée du ciel ». Pour elle « ce n'est pas le plus urgent : il y a la modification du Pacs, la discrimination, la loi sur les propos homophobes... »³¹. Et même le premier adjoint socialiste de Mamère s'est rapidement désolidarisé dans ces termes : « le rôle des hommes politiques n'est pas de créer des clivages dans la société sur des points non essentiels »³². Jean-Marc Ayrault considère que « la provocation n'est pas une bonne méthode » et que la gauche « n'est pas obligée de courir derrière Noël Mamère »³³. Elisabeth Guigou affirme que « les homosexuels ne peuvent pas avoir droit à l'enfant ». Plus prudente, Marisol Touraine considère que « reconnaître le mariage implique d'accepter socialement que deux personnes du même sexe peuvent aussi prendre en charge un enfant ». Devenue quelques années plus tard ministre de la Santé, elle sera même favorable à la PMA pour les couples homosexuels³⁴.

³⁶ Certains experts médiatiques réagissent violemment, comme la psychanalyste Geneviève Delaisi de Parseval qui, face à ce qu'elle qualifie de « coup médiatique » et

« d'actions provocatrices » s'exclame : « pourquoi tenir à ce point à singer la norme hétérosexuelle et à accepter la domestication sexuelle que Michel Foucault voyait dans la finalité du mariage ? La liberté conquise durement ne devrait-elle pas inciter à assumer une certaine forme de marginalité, expression même de cette liberté ? (...) Je tiens à préciser qu'être opposé au mariage des couples homosexuels est loin d'être une position réactionnaire comme une minorité bien-pensante voudrait le laisser croire »³⁵. Le patron de *Libération*, Laurent Joffrin charge contre Noël Mamère considérant que son initiative « n'a fait que renforcer une homophobie moyenâgeuse » rendant « un bien mauvais service à la culture démocratique »³⁶. Même Alain Piriou, porte-parole de l'Inter LGBT (et membre du parti écologiste), se désolidarise de Noël Mamère en déclarant que « sur le terrain, les gens souffrent non pas parce qu'ils n'ont pas accès au mariage, mais à cause de l'homophobie... »³⁷.

³⁷ À droite, les homosexuels sont divisés. Jean-Luc Romero, Secrétaire national de l'Union pour la Majorité Présidentielle (UMP), dénonce « la mauvaise foi des associations gays qui sont toutes de gauche »³⁸. En revanche, l'association *GayLib* (groupe homosexuel au sein de l'UMP) soutient l'initiative de Bègles dans un communiqué du 23 avril 2004 pour mieux se démarquer de la proposition de loi de Jean-Marc Roubaud (député UMP) visant à définir le mariage comme l'union d'un homme et une femme, déposée à l'Assemblée nationale deux jours plus tôt.

³⁸ Jean-François Copé, porte-parole du gouvernement, déclare que les mariages homosexuels sont illégaux et contraires au droit français³⁹. Le 29 avril, Jacques Chirac se prononce contre le mariage entre personnes de même sexe mais se dit ouvert au débat. Le même jour, le Premier ministre se déclare favorable à réviser le Pacs en vue de son amélioration⁴⁰. Christine Boutin (présidente du parti démocrate-chrétien) pour montrer son désaccord, dépose une autre proposition de loi tendant à définir le mariage dans le Code civil comme l'union d'un homme avec une femme. Deux semaines plus tard, Nicolas Sarkozy sort de sa réserve et manifeste son opposition au mariage entre personnes de même sexe et à l'adoption⁴¹, le jour même où le Massachusetts devient le premier État étasunien à reconnaître le mariage gay.

³⁹ En France et au nom de l'intérêt de l'enfant, l'ensemble de la droite (allant de Léonetti à Madelin et de Bayrou à Baroin) dénonce le mariage homosexuel.

⁴⁰ Comme à l'époque du Pacs, l'Église catholique ne manquera pas de se mobiliser ardemment contre le mariage de Bègles. Mgr Michel Dubost, évêque d'Évry, le dénonce dans ces termes : « Il est surprenant que les mêmes qui luttent contre les OGM au nom du respect de la nature disent avec le même élan que la nature n'a pas d'importance pour l'homme ». Les associations familiales catholiques, de leur côté, demandent une définition claire et précise du mariage comme l'union d'un homme et une femme.

Le « mariage pour tous » : un combat de la société civile

⁴¹ Avec trois mille signatures et le soutien d'une centaine d'associations LGBT, le *Manifeste pour l'égalité des droits* devient presque un mouvement politique à part entière. Pour dépersonnaliser l'action, les animateurs du manifeste et Noël Mamère décident d'organiser, le 11 mai 2004, une réunion publique dans les locaux du syndicat CFDT (Confédération française démocratique du travail) à Belleville. De nombreuses associations LGBT⁴², des syndicats, la gauche écologiste, le Parti communiste⁴³ et la Ligue communiste révolutionnaire participent à l'événement. Ce qui avait été qualifié par les socialistes d'amusement de quelques « intellectuels de salon » devient un mouvement social qui ne cessera d'évoluer. Malgré ces déclarations publiques et craignant sans doute d'être débordé par la société civile, ce jour même, le Parti socialiste prend position dans un débat délicat en adoptant, sans voter, le principe d'une reconnaissance du mariage homosexuel. Ségolène Royal et Lionel Jospin expriment leurs réticences et François Hollande s'exclame « Nous sommes un parti de gouvernement (...) le rôle des élus n'est pas de transgresser la loi mais de la rédiger »⁴⁴ et ceci pour mieux se démarquer du geste politique de Noël Mamère. Le matin même du débat au sein du PS, Dominique Strauss-Kahn prend tout le monde de court dans *Libération*. Le titre de son interview est on ne peut plus explicite : « Pour moi, c'est oui »⁴⁵.

⁴² Ségolène Royal⁴⁶ et Lionel Jospin sont ouvertement contre, ce dernier exprimant ainsi sa désapprobation dans les pages du *Journal du Dimanche* : « Je vois s'esquisser une nouvelle tentation bien-pensante, voire une crainte de l'imputation homophobe, qui pourraient empêcher de mener honnêtement la discussion. On peut pourtant réprover et

combattre l'homophobie tout en n'étant pas favorable au mariage homosexuel, comme c'est mon cas »⁴⁷. Et, si Laurent Fabius estime que « la priorité est de lutter contre l'homophobie et d'améliorer la législation sur le Pacs », il « ne croit pas que le mariage soit ressenti comme une priorité », le Secrétaire national responsable des questions de société, Malek Boutih, déclare au contraire : « Franchir le pas du mariage gay, après celui du Pacs, me paraît normal »⁴⁸.

43 Le mariage de deux femmes, Tanya McCloskey et Marcia Kadish, célébré le 17 mai 2004 à Cambridge (Massachusetts) vient donner de l'élan au *Manifeste pour l'égalité* et installe définitivement la question dans l'agenda politique français. Les déclarations de deux figures majeures du PS, Ségolène Royal et Lionel Jospin, mettent en évidence l'absence de différence entre eux et le gouvernement conservateur de Raffarin : le Pacs suffit.

44 Le PS rappelle que « le rôle des élus est de respecter la loi républicaine ». Le gouvernement Raffarin lance rapidement l'offensive juridique et politique. Le 5 mai, le ministre de la Justice Dominique Perben demande au Parquet général de Bordeaux de s'opposer au mariage homosexuel⁴⁹ et pour mieux faire passer sa décision, il annonce qu'il présentera sans tarder un texte aggravant les sanctions contre les violences homophobes.

45 Dès l'annonce du mariage début mai, Jacques Lemontey, président de la première Chambre civile de la Cour de cassation, sur un ton menaçant, annonce au journal *La Croix* qu'il n'y a « aucune chance que la légalité d'un mariage homosexuel soit reconnue et si les tribunaux français s'aventuraient sur ce terrain, leur décision ne passerait jamais le barrage de la Cour de cassation »⁵⁰. De manière prémonitoire, la prise de position du magistrat annoncera, encore une fois, le blocage de la jurisprudence de n'importe quelle tentative égalitaire.

46 Malgré les pressions du gouvernement, Noël Mamère (qui a dormi dans sa mairie de peur qu'on l'empêche d'y accéder), célèbre le 5 juin 2004 le mariage de Bertrand Charpentier et Stéphane Chapin. Dehors, le catholique député Philippe de Villiers défile devant le bâtiment, les bras en croix avec une centaine d'intégristes⁵¹.

47 Pour donner une assise institutionnelle, la cérémonie de Bègles sera accompagnée d'une proposition de loi permettant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, présentée par les députés Martine Billard, Yves Cochet et Noël Mamère⁵².

48 Suite à la célébration du mariage, Dominique de Villepin, ministre de l'Intérieur, suspend Noël Mamère de ses fonctions de maire durant un mois. Caroline Mécary a raison d'affirmer que « la suspension dont a fait l'objet Noël Mamère a bloqué la possibilité d'autres mariages : les autres maires qui avaient eu quelques velléités de suivre l'exemple du maire de Bègles ont été stoppés net dans leur élan »⁵³. Mais, grâce à Bègles, la question du mariage deviendra désormais politiquement possible. Pour preuve, elle sera intégrée, huit ans plus tard, dans le programme politique de François Hollande. En effet, celui qui n'est encore que candidat à la présidence de la République, annonçait dans sa proposition n° 31 :

Je veux lutter sans concession contre toutes les discriminations et ouvrir de nouveaux droits : j'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels.

49 Suite à cet engagement, le 7 novembre 2012, le Premier ministre soumet au Conseil des ministres le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » (enregistré à l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012 sous le n°344). Conformément aux promesses présidentielles, la future loi s'inscrit dans une logique de lutte contre les discriminations et d'affirmation du principe d'égalité⁵⁴ même si paradoxalement dans l'exposé de motifs de la loi aucune mention n'est faite de l'égalité et de la non discrimination. Une situation d'infériorité s'était perpétuée pour les couples homosexuels, malgré l'adoption du Pacs en 1999. Celui-ci demeure insuffisant en matière de droits conjugaux, ne garantissant pas, de surcroît, la reconnaissance de liens juridiques de filiation pour les familles homoparentales⁵⁵.

50 Contrairement au Pacs, issu d'une proposition de loi d'origine parlementaire⁵⁶, le mariage sans égard au sexe du conjoint est le résultat d'un projet de loi (d'origine gouvernementale), ce qui montre l'intérêt que le Président de la République porte à la question.

51 Le projet de loi commence par un exposé de motifs retraçant succinctement l'évolution historique du mariage et rappelant qu'une majorité de français est aujourd'hui favorable (65% selon une enquête *Ifo* menée du 9 au 13 août 2012 sur un échantillon représentatif de 2000 personnes)⁵⁷. La loi modifie essentiellement le Code

civil en matière de mariage, du nom patronymique et d'adoption mais également le Code de la sécurité sociale, le Code du travail, le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, le Code général des impôts, le Code de l'environnement, le Code de l'action sociale et des familles, le Code de procédure pénale, le Code des transports, l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, le Code des pensions civiles et militaires, la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière...

- 52 Si une logique égalitaire semble imprimer les relations du couple, en ce qui concerne la filiation, le projet de loi propose d'ouvrir uniquement et « par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, *via* le mécanisme de l'adoption ». Les effets du mariage se limitent donc au droit d'adoption (aussi bien l'adoption plénière de l'art. 343 du Code civil, l'adoption de l'enfant du conjoint de l'article 345-1 que l'adoption simple, art. 360 et suivants).
- 53 Ainsi, un couple de lesbiennes, tout en étant marié, se verra refuser l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP). Le gouvernement avait considéré que cette question devrait faire l'objet d'une autre réforme mais il l'a finalement abandonnée.
- 54 La limitation des droits de filiation à l'adoption constitue le point le plus problématique de la loi car une discrimination s'est perpétuée entre les couples mariés selon qu'il s'agit d'une union hétérosexuelle ou d'une union homosexuelle, vis-à-vis de l'accès à l'assistance médicale à la procréation.
- 55 La loi a finalement été adoptée en l'état, répondant à une stratégie que nous qualifierons de « non-discrimination atténuée ». Cette politique, de type assimilationniste, tend à appliquer (de manière limitée car l'AMP n'est pas incluse) le principe d'égalité en fonction du dispositif juridique existant sans le modifier. Ainsi, le devoir conjugal, l'obligation de fidélité, la présomption de paternité et la faute dans le divorce sont restés en l'état.

Les mobilisations des opposants au mariage pour tous

- 56 Bien que la majorité des Français soit favorable au mariage pour les couples de même sexe, les partis conservateurs (centre, droite et extrême droite) se sont fortement mobilisés contre le projet de loi. À l'Assemblée nationale, ces partis ont déposé plus de cinq mille amendements entraînant cent-dix heures de discussion avant d'adopter le projet de loi et de l'envoyer au Sénat.
- 57 La réaction virulente d'une partie de la société civile contre le projet de loi prend forme le 15 août 2012, jour de l'Assomption de la Vierge, lorsque Monseigneur André Vingt-Trois, président de la conférence épiscopale des Évêques de France, fait parvenir une lettre aux paroisses incitant les fidèles à prier pour la sauvegarde de la famille traditionnelle. Depuis lors, plusieurs manifestations se sont organisées dans les principales villes du pays. L'opposition s'est articulée autour de la défense d'une conception du mariage plus proche du droit canonique que du droit civil en associant l'union matrimoniale à sa supposée finalité reproductive. Ainsi, un certain nombre de slogans, brandis dans ces cortèges, soulignaient le caractère évident et naturel des liens de filiation. On pouvait effectivement lire dans les pancartes :

« Mariage = 1 homme + une femme ». « Tous nés d'un homme et d'une femme » ;
 « 1 père + 1 mère, c'est élémentaire ». « 1 papa 1 maman, on ne ment pas aux enfants », « Non à la filiation-fiction » ou encore : « Y a pas d'ovules dans les testicules »...

- 58 Les journaux *Le Figaro* et *La Croix* constituent les principaux médias écrits opposés au mariage pour les personnes de même sexe et la chaîne d'information *BFM TV* ne cessera de faire la promotion des anti-mariage gay tout comme *I Télé* qui ira jusqu'à utiliser le logo des opposants au mariage pour présenter l'information⁵⁸.
- 59 La deuxième grande manifestation publique du 24 mars 2013 contre le projet de loi se radicalise à cause de la présence de *Jeûneuses Identitaires* et du *GUD* (groupe d'union défense) une organisation d'étudiants d'extrême droite née à la faculté de droit de l'Université de Paris II Panthéon-Assas. C'est également au cœur de cette université que se met en place une campagne politique contre l'ouverture du droit au mariage pour les couples de même sexe. Alors que le projet de loi ne traite pas de la gestation pour autrui (GPA) ni de l'assistance médicale à la procréation (AMP), les professeurs de droit (parmi

lesquels l'historien du droit et président de l'université de Paris II, Guillaume Leyte) font parvenir une lettre publique aux sénateurs dans laquelle ils leur demandent de « renoncer à un texte qui se révèle celui de l'esclavage moderne des femmes et de la nouvelle traite des enfants »⁵⁹. Ces juristes entendent ainsi dénoncer l'entreprise « égalitariste » caractérisée par la création « d'un marché des enfants » qui « invite à aller fabriquer les enfants à l'étranger » en considérant que « les enfants ne sont ni des objets pour satisfaire un désir, ni des médicaments pour soulager une souffrance ». Une autre professeure de droit met en question la constitutionnalité du texte dans une tribune publiée dans la *Gazette du Palais* du 4 octobre 2012 sous le pseudonyme de Lucie Candide⁶⁰ qu'elle dit utiliser « à cause de la puissance d'intimidation du lobby homosexuel »⁶¹. Étrange moment de la science du droit où le juriste cède la place au moraliste... Pourtant, ces réactions disproportionnées n'ont rien d'étonnant. En effet, beaucoup de ces professeurs s'étaient déjà violemment opposés au Pacs à la fin des années 1990⁶² et même à la dépénalisation de l'homosexualité, au début des années 1980⁶³.

⁶⁰ En réponse à la pétition de 170 enseignants-chercheurs des facultés de droit adressée aux sénateurs, quatre professeurs agrégés de droit public de l'Université de Paris Ouest Nanterre considèrent que les juristes opposés n'expriment qu'une opinion personnelle et ne peuvent pas parler au nom du droit⁶⁴.

⁶¹ Dès l'adoption du projet de loi sur le mariage pour tous, les élus de l'UMP ont saisi le Conseil constitutionnel. Le recours était nourri par les réflexions d'un autre collectif de juristes composé de magistrats, d'avocats et de professeurs d'université qui a ciselé ses arguments dans l'ombre. Ce club⁶⁵ d'une quarantaine de juristes souhaitait garder l'anonymat⁶⁶ et a avancé l'argument selon lequel le Conseil constitutionnel s'apprêtait à statuer sur « l'un des mémoires les plus longs et les plus épineux de son histoire ». Le groupe s'était placé sous le parrainage d'un des pères du Code civil, Jean-Étienne-Marie Portalis, qui définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme unis pour perpétuer l'espèce, porter ensemble le poids de la vie ».

⁶² Malgré la virulente opposition de la droite et la pression exercée par les professeurs de droit, le Conseil constitutionnel valide la loi en statuant que le mariage homosexuel constitue « un choix du législateur » et « n'était contraire à aucun principe constitutionnel ». Même si « la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures, ont jusqu'à présent regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics » et « ne peut donc constituer un principe fondamental »⁶⁷. Le lendemain, le Président de la République promulgue la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Mais, les conservateurs ne se sentent pas vaincus. Des membres de l'opposition annoncent que « quand nous serons revenus au pouvoir, il faudra réécrire ce texte pour protéger la filiation et les droits de l'enfant. Peut-être avec le recours au référendum »⁶⁸.

⁶³ Mais, au-delà de la filiation et une fois la loi entrée en vigueur, un nouveau combat s'articule autour de la question de la liberté de conscience des maires leur permettant de ne pas marier des couples de même sexe.

Mariage pour tous et liberté de conscience

⁶⁴ La question de la liberté de conscience avait été soulevée par le Président François Hollande le 20 novembre 2012, devant l'Association des maires de France. Ces déclarations doivent être placées dans le contexte particulièrement tendu, suite à une pétition menée par le *Collectif des maires pour l'enfance* et *La ligue du sud* du maire d'Orange Jacques Bompard (ex-FN) contre le mariage pour tous.

⁶⁵ Jacques Pélissard (UMP), maire de Lons-le-Saunier, affirmait dans une interview au *Point.fr* : « Je comprends que les maires puissent avoir des cas de conscience sur ce sujet, et la loi doit en tenir compte. Après tout, les médecins ont le droit de refuser de pratiquer une IVG. Pourquoi un maire ne pourrait-il pas bénéficier d'un droit de retrait s'il ne souhaite pas célébrer des unions entre deux personnes de même sexe ? Il y a un *modus vivendi* à trouver entre le respect de la loi et le respect des consciences »⁶⁹. Un nombre important d'élus de droite, sans proclamer un enthousiasme excessif, ont fait savoir qu'ils appliqueraient la loi ou, au pire, délégueraient à un adjoint, comme l'a affirmé l'ancien ministre Laurent Wauquiez.

⁶⁶ Dans ce contexte politique et afin d'assurer l'application de la loi, le gouvernement décide d'adopter le 13 juin 2013 une circulaire du ministère de l'Intérieur relative aux

conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier de l'état civil. Afin de contrer les effets de ladite circulaire, plusieurs maires ont formé devant le Conseil d'État une requête tendant à son annulation. Selon les requérants, « l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe heurte les convictions personnelles de nombreux maires et adjoints et qu'en omettant de prévoir une 'clause de conscience' permettant aux maires et aux adjoints, officiers de l'état civil, de s'abstenir de célébrer un mariage entre personnes de même sexe, ces dispositions porteraient atteinte tout à la fois à l'article 34 de la Constitution et à la liberté de conscience ; que seraient également méconnus le droit de ne pas être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses opinions ou de ses croyances, le principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions et le principe de la libre administration des collectivités territoriales ».

67 Ce sera finalement le Conseil constitutionnel qui tranchera la question dans une QPC n° 2013-353 du 18 octobre 2013 en considérant, d'une part, que les maires ne sont pas légitimés à intervenir devant le Conseil constitutionnel. En effet, le seul fait qu'un maire soit appelé à mettre en œuvre des dispositions législatives ne saurait permettre de le regarder comme pouvant utilement contester ou défendre ces dispositions dans le cadre d'une intervention QPC. D'autre part et cette fois-ci sur le fond, le Conseil constitutionnel considère « qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience ». De même, les juges de la rue Montpensier estiment que « les dispositions contestées ne méconnaissent ni le principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions, ni le principe de la libre administration des collectivités territoriales, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

68 Prévoyant la décision du Conseil constitutionnel, les opposants au mariage pour tous ne baissent pas les bras. Une quarantaine de sénateurs et de sénatrices avait effectivement déposé, le 7 octobre 2013, une proposition de loi n° 41 « établissant une objection de conscience pour les officiers d'état civil opposés à la célébration d'un mariage ». Et si cette proposition n'a aucune chance d'être adoptée, elle permet néanmoins de maintenir la pression contre le gouvernement.

69 De surcroît, l'action des juristes conservateurs ne cesse de grandir afin d'attaquer non seulement les avancées de la loi mais aussi de limiter les effets de certaines dispositions prises par le gouvernement comme la circulaire Taubira facilitant l'obtention de la nationalité française aux enfants nés à l'étranger de mère porteuse⁷⁰. Après avoir saisi le Conseil d'État contre ladite circulaire, l'association *Juristes pour l'enfance* a déposé une plainte contre X le 10 janvier 2014, visant une société américaine qui met en relation des couples français et des mères porteuses américaines en vue de contrats de gestation pour autrui.

70 La situation est d'autant plus compliquée que la Cour de cassation affirme, dans un arrêt de septembre 2013, que « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »⁷¹, la filiation établie à l'étranger ne peut être inscrite sur les registres français de l'état civil. De même, le 30 avril 2014, le tribunal de grande instance de Versailles a refusé d'accéder à la demande d'adoption plénière de l'épouse de la mère biologique d'un enfant conçu à l'étranger par procréation médicalement assistée⁷².

71 L'hypothèse de l'incapacité des juges à protéger les nouvelles familles ne cesse de se confirmer par ces décisions, même si la CEDH et la Cour de Cassation ont limité la portée de celles-ci.

Du mariage pour tous à la loi Famille

72 Tout au long du débat parlementaire sur le mariage pour tous et même après l'adoption définitive de la loi⁷³, la doxa familialiste n'a cessé de manifester sa vive opposition à cette réforme majeure du Code civil.

73

Les slogans de la manif pour tous furent relayés par les médias⁷⁴ et répétées *ad nauseam* par l'opposition dans l'enceinte parlementaire⁷⁵. Cette forte mobilisation a rapidement produit des effets sur le contenu du projet de loi. En effet, avant même le début de la discussion parlementaire du projet de loi, la Commission des lois de l'Assemblée nationale, pour contrer l'opposition, a voté un amendement « balai » permettant de maintenir dans la loi les termes « père » et « mère ». L'expression « parent » est retenue uniquement pour les couples de personnes de même sexe.

74 Dans la version originale, les mots « père » et « mère » étaient systématiquement remplacés par celui de « parents ». Cela constituait, selon nous, une véritable avancée car la loi n'a pas pour mission de signifier la nature sexuée du parent mais simplement sa fonction parentale. En effet, si les hommes et les femmes ont les mêmes droits et si les rôles parentaux sont aujourd'hui interchangeables, pourquoi faut-il maintenir la distinction terminologique dans le Code civil⁷⁶ ?

75 La question de la différence de sexes a toujours été intrinsèquement liée à la filiation. Ainsi, à mesure que les couples de même sexe commencent à jouir d'un certain nombre de droits parentaux, se développe un mécanisme politico-juridique, caractérisé par une forme de retour au biologique en matière de filiation.

76 Pour le conservatisme de droite, il est question de combattre toute forme de reconnaissance des familles en dehors de celle constituée par le mariage hétérosexuel et la filiation légitime. Une résolution du Conseil municipal de Fontgombault du 24 octobre 2013 refusant le mariage des couples de même sexe va jusqu'à invoquer « une loi naturelle supérieure aux lois humaines ». Le raisonnement des élus de la commune se fonde sur l'idée que les couples homosexuels sont « radicalement incapables de procréer un être humain qui soit issu de cette union et par conséquent de l'éduquer à titre de parents dans l'altérité et la complémentarité ». Dans le même sens, un groupe d'une quarantaine de députés UMP (parmi lesquels Hervé Mariton, Philippe Gosselin, Lionel Luca ou Jean-Frédéric Poisson), a déposé le 15 janvier 2014 une proposition de loi pour inscrire dans le Code civil l'interdiction de l'AMP (assistance médicale à la procréation) aux couples de même sexe. Quelques jours auparavant une manifestation eut lieu à Versailles contre la « familiphobie » du gouvernement et le 3 février 2014 la *Manif pour tous* occupe les rues de Paris pour s'opposer à l'AMP et à la GPA, alors que la ministre de la Famille avait clairement écarté cette possibilité du futur projet de loi. Finalement ce sera une proposition de loi qui sera déposée par les parlementaires socialistes afin de régler uniquement certaines questions liées à l'autorité parentale et au statut des coparents.

77 Pour le conservatisme de gauche, il est question d'intégrer les nouvelles formes familiales tout en maintenant certaines interdictions (AMP pour les couples homosexuels et GPA pour l'ensemble des couples) ou tout au moins (si un jour ces techniques de reproduction venaient à être autorisées) en préparant les réformes législatives nécessaires pour les inscrire dans le droit sans bouleverser le primat de la différence des sexes. Tout se passe comme si, pour pouvoir reconnaître juridiquement l'homoparentalité, il faudrait signifier, d'une manière ou d'une autre, la prééminence de l'hétéroparentalité.

78 En ce sens, les pancartes de la *Manif pour tous*⁷⁷ et la décision du Conseil municipal de Fontgombault ne constituent que la partie visible de l'iceberg ainsi que ses manifestations les plus paroxystiques. La partie occulte risque de perpétuer, d'une manière bien plus insidieuse, la hiérarchie des parentés.

79 Pourtant, depuis les années 1970, l'ensemble de travaux sociologiques démontre que la famille n'est ni naturelle ni intangible. Depuis également ces mêmes années, le droit n'a cessé de dissocier le mariage de la filiation, en particulier pour donner aux « bâtards » les mêmes droits qu'aux enfants légitimes.

80 De surcroît, tous les indicateurs démographiques mettent en évidence le caractère polymorphe des familles. Malgré cela, l'adhésion à un discours simpliste de la famille nucléaire, présentée comme le modèle à suivre, n'a jamais occupé une place aussi importante dans l'espace public français.

81 Comment est-il réactualisé ce discours d'évidence qui fonde l'imaginaire de la filiation sur la biologie ? D'où vient-elle, cette forme d'essentialisme qui s'acharne à ne pas effacer de la loi, la différence de sexes ?

82 Nous allons essayer de répondre à ces interrogations en analysant les composantes de ce montage idéologique en apparence complexe. Cette analyse est d'autant plus nécessaire que les enjeux vont bien au-delà de l'égalité des familles homoparentales, il s'agit des fondements politiques du droit civil de la filiation.

La reproduction n'est pas la filiation

⁸³ Alors que la reproduction est un fait biologique, la filiation apparaît comme une institution éminemment juridique⁷⁸. Le droit peut certes tenir compte du fait naturel mais, en tant que dispositif d'agencement parental, la filiation répond à des règles propres, affranchies de la nature. Comme le soulignait le doyen Cornu :

Le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité (biologique) c'est aussi un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, de l'ordre établi du temps qui passe...⁷⁹.

⁸⁴ Le droit moderne rompt avec le naturalisme du droit canonique⁸⁰. Désormais, sur le plan juridique, ce ne sont pas tant les racines naturelles des institutions qui comptent mais la réalisation d'objectifs spécifiques (*telos*) comme la paix des familles, la transmission du patrimoine, la solidarité des générations ou la protection des plus faibles...

⁸⁵ Le droit moderne s'inscrit ainsi dans la tradition du droit romain pour lequel la filiation permettait surtout d'organiser les successions et les tutelles ou d'interdire les témoignages contre les parents devant la juridiction criminelle et non pas d'octroyer à l'enfant une quelconque identité psychologique⁸¹.

⁸⁶ Pour le modèle civiliste, nul besoin donc de la biologie ni de la différence de sexe pour inscrire l'enfant dans une lignée⁸². L'adoption plénière ouverte aux célibataires ou la possession d'état⁸³ constituent les exemples les plus paradigmatiques de cette dissociation. Dans ces deux cas, la filiation peut être établie à l'égard d'une ou deux personnes qui n'ont aucun lien biologique avec l'enfant.

⁸⁷ La différence de sexe comme condition *sine qua non* de l'établissement du droit de la filiation n'apparaît dans le débat politique de manière explicite que très récemment, plus précisément dans un rapport commandé à la fin des années 1980 par Michel Rocard et au sein duquel il est prôné « l'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté »⁸⁴. Cherchant à trouver un encadrement des techniques procréatives émergentes, un principe extravagant sera alors énoncé dans ledit rapport : « deux parents, pas un de plus, pas un de moins ».

⁸⁸ La « panique morale » exprimée dans ce document s'explique non seulement par l'avènement des techniques procréatives mais aussi et surtout par l'éventualité d'une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine que lesdites techniques pourraient entraîner. Pourtant, cette assignation unisexuée de la filiation existe déjà depuis la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, portant réforme de l'adoption. En effet, cette loi consacre la famille monoparentale adoptive par la possibilité d'une adoption plénière individuelle (c'est-à-dire, la rupture avec la famille par le sang et la création d'un lien avec l'adoptant). Mais, à l'époque ne planait pas la « menace » de l'homoparentalité. Celle-ci « risque » effectivement de transformer l'assignation unisexuée de la loi de 1966, en une assignation homosexuée. C'est en fait l'homosexualité, et non pas la monoparentalité, qui effraye tant la pensée conservatrice.

L'architecture politique de l'AMP

⁸⁹ Anticipant la revendication de futurs parents gays et lesbiens et surtout pour mieux la contrer, les lois bioéthiques ont construit l'AMP comme un supposé « remède » contre l'infécondité sur la base de la simulation de l'acte hétérosexuel procréatif. Celui-ci apparaît désormais comme le point de départ permettant la mise en place d'un schéma symbolique : la vraisemblance biologique.

⁹⁰ L'AMP n'a pas été pensée politiquement ni construite juridiquement à partir d'un droit subjectif ou d'une liberté (comme ce fut le cas pour la contraception ou l'IVG) mais comme un acte médical qui sert à pallier une stérilité ou à éviter la transmission d'une maladie grave. L'AMP constitue, en quelque sorte, une démission du politique en faveur de l'expertise clinique, laquelle déterminera la frontière du permis et de l'interdit dans la matière.

⁹¹ À cette raison médicale s'ajoute la promotion d'un type d'agencement familial : le couple hétérosexuel en âge de procréer... En France, la législation sur l'AMP est légitimée par cette conception d'une parenté « naturelle », fondée sur l'idée que l'intérêt du futur enfant implique le droit d'avoir une mère et un père et des liens biologiques vrais ou vraisemblables avec les personnes remplissant cette tâche sociale. Ces valeurs,

décrites comme universelles, se trouvent, de surcroît, à l'origine de l'inclusion de l'AMP parmi les services remboursés par la sécurité sociale.

- 92 L'article L2141-2 du Code de la santé publique dispose : « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».
- 93 La peur d'une filiation homosexuée⁸⁵ a eu comme résultat la mise en question radicale de la notion juridique de filiation, laquelle sera conçue désormais davantage comme un événement naturalisable que comme l'expression de la volonté individuelle ou celle du couple.
- 94 La crainte de l'institutionnalisation de l'homoparentalité et la foi dans la preuve biologique (sanguine ou génétique), affaiblissent les autres figures de la filiation reposant sur la volonté et sur le vécu. En effet, outre les lois bioéthiques, la place prépondérante de la vérité biologique dans l'établissement du lien filial fut confirmée par les magistrats dans un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000. Ainsi, la distinction traditionnelle entre reproduction (fait biologique) et filiation (fait culturel), fondement du droit civil moderne, se trouve profondément questionnée. Non seulement à partir d'arguments classiques provenant du droit canon (ordre naturel, Loi supérieure) mais aussi et surtout par l'émergence d'une rhétorique nouvelle qui, d'une part, fera de la différence des sexes l'arrière-plan de l'ensemble des filiations et, d'autre part, placera l'expertise sanguine et la preuve par l'ADN au cœur du dispositif judiciaire de la parenté.
- 95 Les grands principes autour desquels s'articule encore le droit civil, tels l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, l'égalité ou la libre disposition de soi se trouvent ainsi fragilisés au profit des nouvelles prescriptions (étrangères au droit civil) fondées sur des notions telles que la bonne structuration psychique de l'enfant (voire de l'humain)⁸⁶ ou la valeur éminente de la différence des sexes⁸⁷.
- 96 Eric Fassin a bien analysé l'évolution du discours théologique en la matière, en montrant comment le pape Benoît XVI a superposé l'ordre naturel avec les lois de la nature pour refonder l'ordre sexuel en nature⁸⁸. De même, le conservatisme de gauche va superposer l'ordre symbolique de la différence des sexes à la vérité des origines pour refonder l'ordre parental sur la prééminence de l'hétérosexualité.

Le nouveau montage idéologique

- 97 La dimension conventionnelle (fiction) de la filiation ne posait guère des problèmes lorsque celle-ci pouvait fonctionner comme un artifice imitant la nature. La vraisemblance biologique du couple d'adoptants avec le couple des géniteurs permettait d'assumer la création d'un lien de filiation complètement dissocié de la vérité biologique. On pouvait instituer le vivant (*Vitam Instituire* pour reprendre l'expression du droit romain vulgarisée par Pierre Legendre) dès lors que la base de ladite institutionnalisation était effectivement l'hétérosexualité.
- 98 Aujourd'hui, grâce à la loi permettant l'adoption pour les couples de même sexe, le droit ne peut plus faire comme si les parents d'intention coïncidaient avec le couple procréatif comme c'était le cas lorsque seuls les couples hétérosexuels pouvaient adopter. Mais, plutôt que d'assumer la dimension conventionnelle de la filiation et de considérer que la volonté suffit à fonder l'ordre parental, le courant néo-biologiste s'acharnera à refonder la filiation sur la base de la vérité des origines⁸⁹.
- 99 Comme l'homoparentalité ne peut reposer sur un montage dont le point de départ est la ressemblance biologique, au lieu de s'affranchir de celle-ci en affirmant la dimension conventionnelle de toute filiation, il est question désormais de creuser encore plus profondément dans ce paradigme naturel de la ressemblance biologique pour trouver le point de départ qui faciliterait la mise en place d'un schéma symbolique inédit, certes, mais toujours plus proche de la nature. Pour ce faire, il faut, d'une part, dénoncer la ressemblance biologique considérée comme de l'ordre du pseudo-procréatif et, d'autre part, octroyer aux origines une place juridique. Ainsi, un personnage nouveau fera son

apparition dans la scène juridique : le géniteur. La pensée néo-biologiste prend ainsi le relais des slogans de la *Manif pour tous*, en considérant comme indispensable d'organiser l'ordre de la filiation sur un ancrage « solide ». Désormais, il faudra enraciner la filiation dans le tréfonds sécurisant de la « vraie » biologie. À la différence des manifestants contre le mariage pour tous, les experts se gardent bien d'assimiler la filiation à la procréation. Leur geste n'est pas pour autant moins biologisant. En effet, à l'argument de la vraisemblance biologique utilisé pour justifier l'adoption et l'AMP hétérosexuelles, ces experts opposeront la certitude des origines génétiques. À l'heure où la filiation risque d'être « brouillée » par la filiation monosexuée, il est question d'assurer la permanence de l'humain à travers le marquage de ses origines. Paradoxalement (ou tout au moins en apparence) c'est justement en s'appuyant sur l'homoparentalité que le nouveau montage idéologique prendra forme. Celle-ci n'apparaît plus comme impensable ou terrifiante mais, au contraire, comme l'événement permettant de repenser la filiation adoptive ou par AMP non plus sur la base de la ressemblance naturelle qui n'est que mensonge mais sur celle de la certitude biologique de l'engendrement. Ainsi, le droit n'aurait plus besoin de la vraisemblance biologique pour construire le nouvel ordre de la parenté. La vérité de l'engendrement lui permet d'ancrer la filiation sans ambiguïté dans une assise biologique, à une seule et unique condition : la levée l'anonymat des géniteurs⁹⁰.

100 Loin d'être bannie (comme à l'époque du Pacs), l'homoparentalité jouera désormais un rôle capital dans le nouveau dispositif idéologique. Elle devient ainsi la « fiction raisonnable » contre les mensonges de l'AMP et de l'adoption plénière (hétérosexuelles). L'homoparentalité constitue ainsi une « fiction crédible » puisqu'incapable de gommer les origines, présentées désormais comme l'« identité narrative », expression empruntée abusivement à Paul Ricœur pour mieux dissimuler les aspects biologisants de cette entreprise.

101 L'homoparentalité (si le statut des géniteurs venait à être dévoilé comme le propose le groupe de travail mis en place par la ministre de la Famille) permettrait ainsi d'abolir la fiction « pseudo-procréative » d'une certaine hétéroparentalité (adoption, AMP avec donneur, accouchement sous X...) en restaurant une fiction fondée non pas sur la vraisemblance biologique mais sur la vérité de l'engendrement. Et ceci afin de relier l'histoire de l'humain à l'origine, à la fois biologique et symbolique, de l'Humanité⁹¹. Une fois le statut du géniteur reconnu par la loi civile, l'homoparentalité n'apparaîtrait plus comme opposée à la loi naturelle mais, en revanche, comme la confirmant.

102 La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)⁹², particulièrement séduite par ce dispositif, souligne que :

La fiction que l'adoption plénière institue est qualifiée de « mensonge institutionnalisé », auquel on opposerait le droit de l'enfant à connaître ses origines. Un tel « mensonge » n'est pourtant pas propre aux couples de personnes de même sexe qui, bien au contraire, sont dans une situation telle qu'il n'a pas lieu d'être. La critique vaut ainsi essentiellement pour l'adoption par des couples de sexes opposés et met en débat la question de l'adoption plénière elle-même qui coupe les liens avec la filiation d'origine et permet une substitution totale dans les actes d'état civil (parag. 22).

Le projet de loi invite dès lors à s'interroger sur l'accès aux origines sans que cela ne soit, encore une fois, propre à l'adoption par des couples de même sexe. (...), la CNCDH recommande que la réflexion sur l'accès aux origines soit prise en compte dans une réforme du droit de la famille (p. 23).

La CNCDH entend les arguments consistant à dire que la différence des sexes revêt un caractère fondamental dans la construction de sa filiation par un individu et que toute la prudence s'impose pour ne pas trop entamer la représentation psychique des deux lignées d'engendrement. À cet égard, la CNCDH recommande que l'établissement de la filiation dans un couple homoparental n'institue pas un enfant comme « né » de ce couple, que la réalité biologique de l'engendrement ne soit pas occultée. La CNCDH recommande pour toutes ces raisons qu'une réforme de l'adoption plénière soit engagée.

103 L'avis de la CNCDH suit l'opinion de plusieurs psychanalystes, anthropologues et sociologues qui, lors des auditions parlementaires, avaient demandé l'inscription des géniteurs dans la loi. C'est pourquoi Monseigneur Vingt-Trois, le Grand rabbin, le Président du culte musulman, le représentant des Évêques orthodoxes ou la Fédération protestante n'ont pas eu besoin de mobiliser d'arguments théologiques, ceux utilisés par les gardiens de l'ordre symbolique « laïc » suffisent si bien que leur soubassement idéologique soit commun : la réalité biologique de la différence de sexes doit être inscrite

dans la Loi puisqu'elle donne sens non seulement à la filiation mais à la relation humaine toute entière.

- 104 Lorsque la CNCDH demande que la vérité biologique de l'engendrement ne soit pas occultée, elle participe à cette refondation de l'ordre de la parenté.
- 105 Le géniteur sera désormais appelé « donneur d'engendrement » en devenant un personnage central du dispositif néo-biologique. Ainsi, l'accès aux origines ne se résume nullement à la simple connaissance des personnes qui ont participé à la « fabrication » de l'enfant (connaissance qui nous semble parfaitement légitime). La question des origines va bien au-delà du droit à connaître ses géniteurs pour devenir la clé de voûte du rapport entre l'institutionnel et le corps (si cher à Pierre Legendre) : « Cela n'engage rien moins que la condition de mortalité situant chacun de nous à l'intérieur d'un monde humain signifiant qui a commencé avant notre naissance, qui continuera après notre mort, et dans lequel nous devons passer notre vie »⁹³. Ce n'est pas Monseigneur Vingt-Trois qui s'exprime de la sorte mais la sociologue qui préside l'un des groupes de travail mis en place par la ministre de la Famille afin de préparer la réforme du droit de la filiation. Le groupe de travail en question prend le titre évocateur de « Filiation, origines, parentalité » et sa finalité serait de garantir l'accès aux origines biologiques des personnes. L'association de la question des origines biologiques à la filiation et à la parentalité n'est nullement innocente. Rapprocher la question des origines d'une réforme du droit de la parenté dévoile cette entreprise consistant à établir une sorte de « filiation de souche » qui renvoie à la reproduction, tandis les autres formes de filiation viendraient s'ajouter (grâce à la levée de l'anonymat), une fois établi dans la loi ce « nécessaire » arrière-plan biologique.
- 106 Dans ce contexte, la question des origines ne fait que réactiver les vieux mécanismes jusnaturalistes consistant à fonder les institutions juridiques non pas sur la délibération démocratique mais sur certains fondements, prétendument invariables et auxquels la volonté doit impérativement se soumettre (Loi Naturelle, Ordre Symbolique) sous peine, selon ces auteurs, de compromettre la coexistence démocratique par un relativisme individualiste.

Les habits neufs de l'ordre naturel

- 107 Les habits neufs de l'ordre naturel, entendu à la fois comme discours fondé sur un principe immuable (le biologique) et permettant la perpétuation d'une Métaphysique de la différence de sexes, trouve son origine dans le montage idéologique que nous venons d'analyser mais aussi à travers une pratique judiciaire caractérisée par la prééminence de la preuve sanguine et génétique dans le contentieux de la filiation. Depuis le 28 mars 2000, suite à une décision de la Cour de cassation, l'expertise sanguine est devenue un droit en matière de filiation⁹⁴. Avant cet arrêt, ladite expertise n'était pas systématique, elle relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce renversement jurisprudentiel apparaît clairement exprimé dans les propos de l'avocate générale Cécile Petit : « L'incertitude identitaire quant à la filiation est pour un enfant source de graves déséquilibres sur le plan de la construction de sa personnalité »⁹⁵. L'engendrement devient ainsi la certitude identitaire qui devrait fonder la filiation...
- 108 Un arrêt du 12 mai 2004 (pourvoi n°02-16.152) a franchi un pas important en matière d'action en recherche de paternité en n'exigeant plus des présomptions ou indices graves pour rapporter la preuve de la paternité et en permettant la preuve directe par l'expertise.
- 109 La revalorisation de l'adoption simple au détriment de l'adoption plénière participe également de cette mouvance. Outre le rapport de la CNCDH inspiré par le conservatisme de gauche⁹⁶, la doctrine de juristes commence à revendiquer l'adoption simple pour les couples de même sexe. La reconnaissance en France de l'adoption plénière effectuée à l'étranger par un couple homosexuel apparaît pour la Cour de cassation comme contraire à l'ordre public international, au motif qu'elle aboutirait à la délivrance d'actes d'état civil masquant l'origine hétérosexuée de l'enfant⁹⁷. Une partie de la doctrine des juristes (inspiré par le néo-biologisme) a vu dans cette décision une avancée car si l'origine biologique n'était pas masquée, il n'y aurait pas d'obstacle à la reconnaissance de l'adoption homoparentale. En effet, comme le note Louis d'Avout : « Dans ces affaires internationales qui, porosité des frontières oblige, ne diffèrent guère de leurs homologues internes françaises, la Cour de cassation esquisse rationnellement ce que pourrait être la réforme équilibrée voulue par le président : un rehaussement mesuré du droit des couples de même sexe à élever, comme les siens, les enfants qui par

- le sang sont étrangers à l'un ou aux deux des prétendants parents. Ceci passerait par la reconnaissance d'un droit à l'adoption simple, qui ajoute à la filiation naturelle, non pas à l'adoption plénière, qui efface la filiation naturelle non vécue et lui substitue un équivalent juridique assumé »⁹⁸. Le rapport commandé par la ministre déléguée à la Famille propose la disparition de l'adoption plénière au travers de l'interdiction de la création d'un nouvel acte de naissance et la conservation de l'acte de naissance originel avec le prénom d'origine qui sera conservé⁹⁹.
- 110 La CNCNDH et la doctrine des juristes trouvera ainsi en Frigide Barjot une alliée de taille car selon la passionaria anti-mariage pour tous : « seule une loi ouvrant aux couples homos mariés le droit à une adoption simple, et non pas plénière car cela reviendrait à effacer la filiation biologique et écraser la nature, serait susceptible d'apaiser mes troupes »¹⁰⁰.
- 111 La personnification du don de gamètes et le statut du géniteur constitue le troisième pilier du néo-biologisme. Dans ce contexte, le modèle de l'AMP hétérosexuelle (considéré par les conservateurs de gauche comme « pseudo-procréatif ») est dénoncé comme étant un déni des dons et des donneurs. Le donneur devrait désormais être considéré comme une « personne singulière » puisqu'il ne donne plus une substance de son corps mais la vie elle-même.
- 112 Or, en réalité, il n'est pas exact que ces gamètes soient nécessairement destinés à l'engendrement. Ils peuvent être affectés à la recherche scientifique ou tout simplement être détruits. En effet, la loi autorise la recherche sur l'embryon, sur les cellules souches embryonnaires et fœtales humaines ainsi que sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Considérer ceci comme de l'engendrement est contraire non seulement au droit positif mais à l'évolution même du statut de l'embryon en France.
- 113 Cette personnification des produits du corps nous renvoie aux vieilles controverses philosophiques sur le statut de la semence et de sa capacité à porter en elle la vie de l'embryon. Souvenons-nous de la doctrine aristotélicienne selon laquelle le sperme du mâle contient le principe de la forme tandis que celui de la femelle n'a que la matière. Si l'individu cesse d'être donneur d'un simple produit du corps (sperme ou ovocyte) pour devenir donneur d'engendrement, cela voudrait dire que la loi doit faire comme si les gamètes contenaient en eux-mêmes la vie humaine. Cette personnification des donneurs nous amène aux tréfonds de l'imaginaire religieux. En effet, comment ne pas penser au récit biblique de la mort d'Onan pour « avoir laissé la semence se perdre à terre » (*Gen. 38,8-10*), récit qui est à l'origine de la condamnation de la masturbation masculine.... Même les autorités théologiques n'osent plus revendiquer cette conception de la reproduction. En effet, elles placent l'origine de la vie non pas dans les gamètes eux-mêmes mais dans la fécondation¹⁰¹. Comme souvent, la réactualisation d'une pensée devient plus conservatrice que l'originale.
- 114 Enfin, la levée de l'anonymat des donneurs apparaît dans le contexte politique actuel non pas tant comme un droit de l'individu à connaître ses origines mais comme un droit de l'Humanité « à la non falsification de la filiation ».
- 115 La primauté de la preuve génétique dans le contentieux de la filiation, la prééminence de l'adoption simple, la levée de l'anonymat et le statut des géniteurs constituent les habits neufs de l'ordre naturel, lequel permettrait de donner à la filiation un ancrage solide (biologique) à partir duquel la fiction juridique (homoparentale) puisse opérer tout en respectant l'ordre symbolique hétérosexuel.
- 116 Le projet de loi sur la famille reprenait à son compte tous les éléments que nous venons de décrire. La ministre déléguée de la Famille annonçait sans ambiguïté la philosophie de la réforme : « Aujourd'hui, ce n'est plus le couple mais l'enfant qui fait la famille » en excluant les couples de même sexe de l'accès à l'AMP¹⁰² et en associant explicitement la question des origines à la réforme de la filiation.
- 117 Malgré tous ces gages donnés aux conservateurs, le gouvernement a renoncé au projet de loi et a décidé de reporter *sine die* le débat et ceci à cause de la mobilisation des groupes intégristes¹⁰³. Cependant, la présentation du rapport du groupe de travail permet d'afficher l'idéologie d'une future réforme : valorisation de l'adoption simple et levée de l'anonymat des donneurs dans la PMA comme condition *sine qua non* pour l'établissement d'une filiation homoparentale.
- 118 Dans le même temps, par deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation a refusé l'inscription à l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger et ceci malgré une circulaire du ministère de la Justice permettant ladite inscription dans ces termes : « ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificat de nationalité française dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français sont

probants ». La fraude à la loi française fut invoquée par la Cour de cassation pour empêcher l'établissement de la filiation à l'égard du père français laissant ainsi dans une totale insécurité juridique l'enfant issu d'une GPA¹⁰⁴.

- 119 Les manifestations contre la GPA ont donné aussi un élan nouveau aux interprétations restrictives en matière d'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe. En effet, le procureur de la République s'est prononcé contre l'adoption lorsque l'enfant est issu d'une PMA effectuée à l'étranger, selon le procureur « cette filiation frauduleusement établie fait obstacle au prononcé d'une adoption ». À nouveau, la jurisprudence fait preuve d'incapacité à interpréter humainement des normes qui devaient pourtant protéger les plus faibles. Finalement la Cour de cassation dans deux avis consultatifs du 22 septembre 2014 a considéré qu'une telle adoption était possible.

Conclusion

- 120 L'incapacité du juge français à constater le fait concubinaire et la filiation homoparentale a mobilisé la communauté gay pour la reconnaissance des nouvelles formes familiales. Toutefois, pour ce faire, il a fallu que les mécanismes classiques d'intégration des propositions dans les plateformes des partis politiques soient mis en route. La cécité des cours suprêmes françaises a fait perdre ainsi dix ans entre la décision de la Cour de cassation refusant la qualité de concubin en 1989 et l'adoption du Pacs en 1999. De même, le refus de reconnaître le mariage homosexuel par cette même Cour de cassation et plus tard par le Conseil constitutionnel ont retardé de plusieurs années l'égalité pour les couples de même sexe. Certes, la tradition républicaine fait de la loi la principale source du droit. Toutefois, la jurisprudence a accompagné souvent par une interprétation progressiste l'évolution du droit de la famille. En revanche, en matière des droits LGBT la résistance à l'égalité a toujours été la « philosophie » de la jurisprudence et de la doctrine françaises. Les professeurs de droit privé se sont majoritairement mobilisés contre le mariage entre personnes de même sexe sur la base d'arguments moraux et non pas à partir d'une réflexion juridique. Le contexte particulièrement homophobe dans lequel s'est déroulé l'opposition à la loi rend inexcusable ce militantisme des juristes (avocats, professeurs, magistrats, notaires...) contre un texte qui, de surcroît, s'inscrit parfaitement dans la tradition laïque du droit continental de la famille. Avec le Mariage pour tous, le législateur français a su surmonter les préjugés en garantissant le droit au mariage et à l'adoption pour les couples de même sexe et ceci contre l'opposition de la droite et d'une bourgeoisie catholique fortement mobilisée à laquelle, par ailleurs, appartiennent la plupart de ces juristes.

- 121 La loi de 2013 ne met pas fin à l'inégalité. L'assistance médicalement assisté demeure fermée aux couples des femmes tout comme la GPA pour l'ensemble des couples hétéros et homos. Le projet de loi famille annoncé par le gouvernement avait renoncé à reconnaître ces formes de filiation. Mais malgré ces concessions, le gouvernement a décidé de renoncer à présenter le projet de loi à cause des mobilisations des traditionnalistes¹⁰⁵.

- 122 Pourtant, le projet de loi s'inscrivait complètement dans une vision naturaliste de la filiation. En effet, les propositions visant à lever l'anonymat des donneurs, à mettre fin à l'accouchement sous X, à abroger l'adoption plénière et à la remplacer par l'adoption simple (*open adoption*), à personnaliser les donneurs des gamètes (et par conséquent les gestations pour autrui), tout comme le soupçon de la monoparentalité, représentent les habits nouveaux de l'ordre naturel promu par la gauche conservatrice.

- 123 La certitude de l'engendrement apparaît ainsi comme le rempart contre « l'individualisme et l'hédonisme narcissiste qui désintègre la société »¹⁰⁶... Et, lorsque cette famille nucléaire n'existe pas dans la réalité sociologique, il faut la réintroduire symboliquement à travers le statut des géniteurs. Cette entreprise constitue le degré le plus avancé dans le processus de biologisation du genre. En effet, l'hétérosexualité est ici réduite à sa dimension la plus élémentaire : le spermatozoïde et l'ovule. À partir de ce soubassement « glandulaire » et en personnalisant le donneur jusqu'alors anonyme, la différence des sexes se trouve finalement sauvegardée.

- 124 L'homoparentalité est admise à condition qu'elle se soumette à ce nouvel ordre symbolique, c'est-à-dire « que l'établissement de la filiation dans un couple homoparental n'institue pas un enfant comme « né » de ce couple, que la réalité biologique de l'engendrement ne soit pas occultée », tel que le recommande la CNCDH et

le groupe de travail qui élaborait la réforme du droit de la famille au sein du gouvernement.

- 125 Pour cette entreprise idéologique, la famille homoparentale deviendrait ainsi une forme de famille recomposée dont l'origine se trouve dans l'engendrement biologique....
- 126 Au-delà de la question familiale, cette entreprise de naturalisation de l'ordre des filiations n'a nullement comme objet la protection de l'intérêt de l'enfant *in concreto* mais le maintien *in abstracto* de l'ordre symbolique de la différence de sexes, autrement dit, la suprématie de l'hétérosexualité.

Bibliographie

- BORRILLO (D.) et FASSIN (E.), *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1999.
- BORRILLO (D.), «The Pacte Civil de Solidarité in France: Midway Between Marriage and Cohabitation», in R. WINTEMUTE et M. ANDENAES, *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A study of National, European and International Law*, Portland Oregon, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- BORRILLO (D.), « Fantômes des juristes vs Ratio Juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe » in D. BORRILLO et E. FASSIN, *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris : PUF, 2^e édition corrigée, 2001.
- Borrillo (D.) et Pitois-Étienne (Th.), « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », *McGill Law Journal*, vol. 49, n° 4, octobre 2004, p. 1035-1056.
- Borrillo (D.) et Lascoumes (P.), *Amours Égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.
- BORRILLO (D.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, Paris, La Documentation française, 2007.
- BORRILLO (D.) et FORMOND (Th.), *Homosexualité et discrimination en droit privé*, Paris, La Documentation Française, coll. « Etudes et Recherches », 2007.
- BORRILLO (D.), « La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut du beau-parent ou le 'Pacs de la filiation' », *Droit et Société* 72/2009, p. 361 et s.
- BORRILLO (D.), « Le droit en matière de reproduction : une approche critique » in E. DORLIN et E. FASSIN (dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Éditions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010, p. 25-34.
- BORRILLO (D.), « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation » in : E. DORLIN et E. FASSIN (dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Éditions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010, p. 121-136.
- BORRILLO (D.), *Bioéthique*, Dalloz, coll. « À savoir », Paris, 2011.
- DANET (J.), 1999, « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence françaises » in D. BORRILLO, *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », p. 97-109.
- ERIBON (D.), *Sur cet instant fragile*, Paris, Fayard, 2004.
- FASSIN (E.), « L'illusion anthropologique : homosexualité et filiation », *Témoin*, n°12, dossier « Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale », mai 1998, p. 43-56.
- FASSIN (E.), « Les 'forêts tropicales' du mariage hétérosexuel. Loi naturelle et lois de la nature dans la théologie actuelle du Vatican », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/HS (n°261).
- FASSIN (E.), « Entre famille et nation : la filiation naturalisée », *Droit et société* 2/2009 (n°72), p. 373-382.
- MÉCARY (C.), *L'amour et la loi. Homos, hétéros, même droits, mêmes devoirs*, Paris, Alma Éditions, 2013.
- PATERNOTTE (D.), *Revendiquer le mariage gay. Belgique, France, Espagne*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2011.
- PERREAU (B.), *Penser l'adoption*, Paris, PUF, 2012.
- LEGENDRE (P.), *Le dossier occidental de la parenté : textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Paris, Fayard, 1988.
- LEGENDRE (P.), Leçon IV, *L'inestimable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1985.
- PROKHORIS (S.), *Le sexe prescrit*, Paris, Aubier, 2000.
- SIMON (S.), *Homophobie, France 2004*, Lormont, Le Bord de l'eau éditions, 2004.
- TORT (M.), *La fin du dogme paternel*, Paris, Flammarion, 2007.

Annexe

Chronologie politique et juridique de la reconnaissance des couples de même sexe en France

1989 : Refus de la Cour de cassation de la qualité de concubin aux couples de même sexe.

1990 : Proposition de loi sur le *Partenariat civil*, déposée au Sénat par Jean-Luc Mélenchon (socialiste).

– Proposition de Contrat d'Union Civil (CUC) déposée à l'Assemblée nationale (Mouvement des citoyens).

1994 : Résolution du Parlement européen invitant à reconnaître les couples homosexuels.

1995 : L'association AIDES de lutte contre le sida propose le CVS (contrat de vie sociale).

1997 : Rapport d'AIDES « Vers la reconnaissance des couples de même sexe » demandant l'ouverture du mariage.

– La Cour de cassation confirme le refus exprimé en 1989.

– Proposition de CUS (contrat d'union sociale) déposée à l'Assemblée nationale par Laurent Fabius (PS), actuel ministre des Affaires étrangères.

1998 : 1^{ère} Proposition de Pacs (pacte civil de solidarité). Exception d'irrecevabilité adoptée par l'Assemblée nationale.

1999 : 2^e Proposition de Pacs adoptée définitivement le 13 octobre. Le 9 novembre, le Conseil constitutionnel déclare le Pacs conforme à la Constitution. Le 15 novembre entre en vigueur la loi.

2004 : 3 février parution dans *Le Monde* d'un article sur l'agression de Sébastien Nouchet « Brulé vif parce qu'homosexuel ».

– 17 mars : Publication du « Manifeste pour l'égalité des droits » dans le journal *Le Monde*, suite à l'agression de Sébastien Nouchet.

– 5 juin, célébration du 1^{er} mariage par Noël Mamère, député-maire de Bègles.

2007 : 13 mars, la Cour de cassation définit le mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme ».

2010 : 28 janvier, le Conseil constitutionnel dans une QPC considère que le refus du mariage pour les couples de même sexe n'était pas discriminatoire et demeurerait donc conforme à la Constitution.

2012 : François Hollande, annonce dans son programme politique le droit au mariage et à l'adoption pour les couples homosexuels.

– 7 novembre, dépôt et enregistrement du projet de loi à l'Assemblée nationale.

– Lors des auditions publiques à l'Assemblée Nationale, le président du Conseil français du culte musulman Mohammed Moussaoui, le Grand rabbin de France Gilles Bernheim et le président des évêques de France André Vingt-Trois se prononcent publiquement contre le projet de loi. La Fédération protestante, les orthodoxes et les évangélistes sont contre. Seule le bouddhisme ne se prononce pas mais appelle au référendum.

2013 : le 13 janvier, Manifestation contre le projet de loi, 300 000 personnes défilent dans les rue de Paris mobilisées par l'église catholique, le Front National (extrême droite), *Civitas* (intégristes catholiques préconciliaires) et l'UMP (principal parti d'opposition). Au sein de ce mouvement naît la « Manif des juristes » contre le projet de loi.

– Le 17 janvier, la Commission des lois de l'Assemblée nationale adopte le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

– Le 29 janvier débute la séance publique sur la base du texte adopté par la Commission des lois.

– Le 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe dont il avait été saisi par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs. Il a jugé la loi conforme à la Constitution.

– La Loi n° 2013-404, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est promulguée le 18 mai 2013.

– Le 26 mai est organisée une nouvelle manifestation contre le mariage pour tous regroupant 150 000 personnes à Paris. 96 interpellations ont lieu en marge des défilés, principalement des membres de *l'Œuvre française* et du *Bloc identitaire*, ces derniers ayant investi le toit du siège du PS pour y déployer une banderole « Hollande démission ».

– Le 29 mai, le premier mariage gay entre Vincent Autin et Bruno Boileau est célébré dans l'Hôtel de Ville de Montpellier.

– Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 septembre 2013 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Franck et six autres maires, relative à la conformité aux droits et libertés de conscience que la Constitution garantit.

– Dans sa décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013 relative à l'absence d'objection de conscience pour les maires, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de la loi du mariage pour tous conformes à la Constitution.

– Le lundi 21 octobre 2013, la ministre déléguée à la Famille, Dominique Bertinotti, dévoile à la presse les groupes de réflexion installés pour la préparation du projet de loi famille.

Alors qu'à l'origine, la Procréation médicalement assistée (PMA) devait être incluse dans la loi Famille, Dominique Bertinotti a annoncé vendredi 3 janvier 2014 sur BFMTV que la mesure ne figurera pas dans le projet de loi.

– Par deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation refuse la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissances d'enfants issus d'une convention de gestation pour autrui conclue par un Français en Inde. Dans l'un des arrêts, elle a par ailleurs admis que la fraude à la loi commise par le père entraînait la nullité de sa reconnaissance.

2014 : Lundi 3 février, au lendemain des manifestations contre le mariage pour tous, la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA), qui ont rassemblé au moins 100 000 personnes en France, le gouvernement a fini par renoncer au projet de loi Famille.

– Le 30 avril 2014, le TGI de Versailles a refusé d'accéder à la demande d'adoption plénière de l'épouse de la mère biologique d'un enfant conçu à l'étranger par procréation médicalement assistée.

– Laurence Rossignol, nouvelle secrétaire d'État à la Famille se prononce contre l'ouverture de la PMA aux couples de femmes.

– La France a été condamnée à deux reprises, jeudi 26 juin, par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), faute d'avoir transcrit à l'état-civil français les actes de naissance d'enfants nés légalement à l'étranger par mère porteuse.

– Quelques jours avant une nouvelle mobilisation de la Manif pour tous, Manuel Valls se prononce dans les pages du journal *La Croix* du 2 octobre contre la GPA ; Le député UMP Jean Leonetti propose de poursuivre en justice les parents recourant à la GPA.

Notes

1 Comme par exemple la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud (2005), les différentes cours suprêmes régionales du Canada depuis 2005, la Cour suprême du Mexique (2010), la Cour suprême des États-Unis (2013), la Cour suprême du Brésil (2013) qui ont précédé le débat parlementaire.

2 Dans une décision du 27 février 1970, la Cour de cassation prend en compte le préjudice moral et matériel subi par une concubine pour le décès accidentel de son concubin. Plus tard, dans l'arrêt *Toros*, du 19 juin 1975, cette même cour répare le préjudice subi par la concubine en cas de décès accidentel permettant ainsi l'indemnisation de l'épouse et de la concubine. De même, les libéralités entre concubins, longtemps annulées par les tribunaux qui considéraient qu'elles étaient motivées par une cause immorale, ont été acceptées si elles n'avaient pas pour objet de favoriser ou prolonger cette cause, puis autorisées en toutes circonstances par un arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1999.

3 Notion provenant du droit des affaires, l'*affectio societatis* désigne la volonté commune entre plusieurs personnes physiques ou morales de s'associer.

4 Théorie qui permet de se fonder sur l'apparence d'une situation pour lui faire produire des effets juridiques qui ne lui sont pas normalement attachés.

5 L'enrichissement sans cause est une notion créée par la jurisprudence permettant à une personne qui s'est appauvrie à l'avantage d'une autre sans raison d'être remboursée.

6 Cass., Ch. Soc., 8 mars 1990, *Caisse primaire d'assurance maladie de Saint-Etienne c. Meguellati*.

7 Art. L. 313-3 et L. 161-14 du Code de la sécurité sociale.

8

http://www.legislation.cnav.fr/doc_communs/listes_baremes/BNL-L_B_CONVENTIONPOLYGAMIE.htm.

9 CE, Ass., 11 juill. 1980.

10 P. Pinell (dir.), *Une épidémie politique. La lutte contre le sida en France 1981-1996*, PUF, Paris, 2002.

11 Paternotte, 2011.

12 Cass. Soc., 11 juillet 1989, *Mme L... c. CPAM de Nantes*, Bull. civ. n° 514 ; JCP 1990, II, 21553, note M. Meunier ; Dalloz 1990, Jur. p. 583, note P. Malaurie ; Gaz. Pal. 1990, 1, 217, Concl. M. Dorwling-Carter.

13 Cass. Civ. 3^e, 17 décembre 1997, Bull. civ. III, n° 225, p. 151 ; Dalloz 1998, Jur. p. 111, Concl. J.-F. Weber, note J.-L. Aubert ; JCP 1998, II, 10093, note Djigo ; Defrénois 1998, art. 36765, n° 40 p. 404, obs. A. Bénabent ; Dr. fam. 1998, n° 36, note H. Lécuyer ; RTD Civ. 1998, 347, obs. J. Hauser ; *ibid.* 530, obs. Raynard ; B. Beigner, « A propos du concubinage homosexuel », Dalloz 1998, Chron. p. 215.

14 CE n° 168342, 09/10/1996.

15 Arrêt de Grande Chambre *E.B. c. France* 22/01/08.

16 Bègles est une commune du sud-ouest de la France, dans la banlieue sud de Bordeaux, située dans le département de la Gironde en région Aquitaine.

17 Cass. 1^{er} Civ, 13 mars 2007.

18 Cass. 1^{er} Civ. Arrêt n° 221 du 20 février 2007.

19 Cass. 06/04/2011 : affaire des jumelles nées aux USA. Cass. 13/09/2013.

20 Cass. 11/03/2010, n° 09-65.853.

21 Perreau 2012.

22 T. Pitois, *Le juge judiciaire et le concubinage homosexuel. Évolution et perspectives après la promulgation de la Loi relative au Pacte civil de solidarité*, Rapport, Formation initiale de l'École Nationale de la Magistrature, 1999.

23 Borrillo et Lascoumes 2002.

24 *Le Monde* 3/2/2004.

25 Une première manifestation a lieu dans le Marais le samedi 21 février et une deuxième le samedi suivant à la place Vendôme, la revendication du mariage est occultée au profit de la lutte contre les discriminations (B. Delanoë annonce qu'il ne viendra à la manifestation qu'à condition que l'on ne revendique pas le mariage ou l'homoparentalité).

- 26 En 29 jours et avant que la Cour suprême de Californie ne mette fin à cette « grande marche nuptiale », 4037 couples homosexuels furent mariés à la mairie de la ville.
- 27 Borrillo, 2007.
- 28 Eribon, 2004.
- 29 D. Borrillo, « En finir avec l'homophobie », *Libération*, « Rebonds », 01/03/2004, p. 40.
- 30 « Les mariages gays, ce dossier qui embarrasse la mairie de Paris », *Le Figaro*, 25/03/2004, p. 8.
- 31 *Libération*, 26/04/2004, p. 3.
- 32 *Libération*, 04/06/2004, p. 5.
- 33 *La Croix*, 04/06/2004, p. 15.
- 34 « Mariage gay : Marisol Touraine favorable à la PMA pour tous », *Terrafemina*, 15/10/2012.
- 35 *Télérama* 22-28 mai 2004, p. 33-34.
- 36 « Mariage. Le piège de Bègles », *Le Nouvel Observateur*, juin 2004.
- 37 *Le Monde*, 28/04/2004.
- 38 *Le Figaro*, 2/4/2004, p. 10.
- 39 « Société, Homosexualité, Mariage », *La Croix*, 28/04/2004.
- 40 Le lendemain, un des conseillers du ministère de la Justice recevait l'Inter LGBT qui insistera sur la nécessité d'une réforme législative rapide afin d'améliorer le Pacs et demandera la création d'une mission de débat public sur le mariage. De même, le collectif *PACS et Caetera* a rédigé une lettre ouverte à Jean-Pierre Raffarin (qui s'était prononcé pour une évaluation du Pacs) rappelant l'existence du rapport Bloche-Michel commandé par Lionel Jospin.
- 41 *Le Figaro*, 17/05/2004.
- 42 À l'exception de l'Inter-LGBT pour qui, selon son porte-parole de l'époque Alain Piriou, « le mariage n'est pas une urgence... il faut d'abord se battre pour la loi condamnant les violences homophobes » (*La Croix*, 25/03/04, p. 23). Face aux réticences de l'Inter-LGBT, les centres LGBT de France s'organisent en un inter-associatif pour soutenir le manifeste.
- 43 Même si Marie-George Buffet déclarera plus tard « je n'aime pas la politique des coups médiatiques ».
- 44 *Le Monde*, « Le PS favorable au mariage gay, réservé sur l'homoparentalité », 12/05/2004.
- 45 *Libération*, 11 mai 2004.
- 46 Elle déclare au journal *Le Monde* : « La famille et l'autorité parentale sont des valeurs à conforter dans notre société où une bonne partie de l'adolescence est en souffrance par rapport à l'absence d'adultes qui n'exercent plus leur rôle de référent (...) S'il s'agit d'améliorer un contrat civil pour une égalité des droits, oui. S'il s'agit d'une confusion des repères et d'une provocation injustifiée des convictions familiales et religieuses, non », *Le Monde*, 12/05/2004.
- 47 « Mariage homosexuel : un problème d'institutions », *Journal du Dimanche*, 16 mai 2004.
- 48 *Le Parisien*, « Trois semaines de débat politique », 11 mai 2004.
- 49 Dans une tribune publiée par le journal *Libération* le 10 mai 2004, Thierry Pitois-Etienne, juge aux affaires familiales, rappelle la liberté d'interprétation des juges. Cette simple intervention a valu au magistrat un blocage de sa carrière pendant plusieurs années.
- 50 *La Croix*, 09/05/2004.
- 51 Simon, 2004.
- 52 Proposition de loi n° 1650 clarifiant l'accès au mariage des couples de personnes de même sexe enregistrée à l'Assemblée nationale le 8 juin 2004.
- 53 2013 : 54.
- 54 Borrillo et Formond, 2007.
- 55 Borrillo, 2001 : 475-493.
- 56 Borrillo et Lascoumes, 2002.
-
- 57 Selon un sondage exclusif BVA pour *Le Parisien* du 3 novembre de la même année, 58% des Français sont favorables au mariage entre homosexuels. C'est cinq points de moins que cet été. Et ils sont 50% à souhaiter que ces couples adoptent, contre 56% l'été dernier.
- 58 Pour une analyse politique de la Manif pour tous, voir : D. Paternotte, « 'Manif pour tous': Chronique d'un 'succès' annoncé » : <http://yagg.com/2013/01/21/manif-pour-tous-chronique-dun-succes-annonce-par-david-paternotte> (consulté le 07 octobre 2013).
- 59 <http://www.politique-actu.com/debat/mariage-homo-professeurs-droit-rentrent-resistance-face-projet-taubira/692587/> (consulté le 15 juillet 2013).
- 60 Cette professeure sera rejointe par Pierre Delvolvé dans un article du *Monde* et Marie-Anne Frison Roche dans son blog.
- 61 <http://www.slate.fr/story/65301/mariage-pour-tous-projet-loi-constitution#note> (consulté le 30 décembre 2013).
- 62 Borrillo 2001 : 161.
- 63 Philippe Jestaz s'est ardemment opposé à la dépénalisation de l'homosexualité dans les pages de la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* en 1982, (« Le malheur d'être homosexuel ») p. 795 et s. Pour une analyse plus approfondie de la question, voir : J. Danet, « Le statut de l'homosexualité

dans la doctrine et la jurisprudence françaises » in D. Borrillo, *Homosexualités et Droit*, Paris, PUF, 1999, p. 97 et s.

64 <http://www.raison-publique.fr/article601.html>.

65 C'est lors de la manifestation contre la loi Taubira du 13 janvier 2013 qu'ils se sont constitués. Alors que plusieurs dizaines d'avocats, magistrats, professeurs de droit, notaires et autres professions juridiques manifestaient ensemble et en robe sous la bannière « Manif des juristes », une vingtaine d'entre eux, rejoints plus tard par une dizaine d'autres, se sont constitués en collectif. Un collectif baptisé *Portalis*, du nom du « père » du Code civil français. Et qui tient à rester anonyme. « *La raison est toute simple* », explique l'un d'entre eux. « *Nombre d'entre nous sont soit hauts fonctionnaires, soit magistrats, et nous avons un devoir de réserve à respecter* ». Certains d'entre eux travaillent effectivement au Conseil d'État, mais il y a également bon nombre d'universitaires. Voir : « Le mariage pour tous à l'épreuve de la Constitution des Français » : http://www.lavie.fr/actualite/documents/le-mariage-pour-tous-a-l-epreuve-de-la-constitution-des-francais-07-05-2013-39961_496.php.

66 Certains de ces juristes, sous le pseudonyme de Lucie Candide, ont écrit un article particulièrement hostile au mariage gay : « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, n° 278, p. 7.

67 Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013. Danet, 1999.

68 Jean-François Copé, *Le Monde*, 18 mai 2013.

69 http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/jerome-cordelier/mariage-homosexuel-la-loi-doit-tenir-compte-des-cas-de-conscience-des-maires-12-10-2012-1516125_244.php.

70 Circ. n° NOR JUSC1301528C, 25 janv. 2013.

71 Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *D.* 2013. Actu. 2170.

72 RG n° 13/00168.

73 Le 23 avril 2013, l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi par un scrutin public. 566 députés ont participé au vote, 331 ont voté pour l'adoption du projet de loi, 225 ont voté contre, 10 se sont abstenus. À la suite de l'adoption du texte, soixante députés et soixante sénateurs de l'opposition ont saisi le Conseil constitutionnel qui a déclaré le texte conforme à la Constitution dans une décision du 17 mai 2013 (n° 2013-669). La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a été publiée au journal officiel le 18 mai 2013.

74 BFM TV a couvert toutes les manifestations contre le mariage pour tous en utilisant souvent les images fournies par les organisateurs. En revanche, les manifestations en faveur du mariage ouvert aux couples de même sexe ont été très peu suivies par cette chaîne d'information continue. I-Télé est allée même jusqu'à utiliser le logo des opposants au mariage pour tous (un père, une mère et ses enfants) pour annoncer l'événement : <http://www.rue89.com/2013/01/14/critiquee-sur-la-manif-pour-tous-bfm-tv-vous-donne-rendez-vous-le-27-janvier-238579>.

75 Le texte a été débattu à l'Assemblée nationale et au Sénat à partir du 29 janvier 2013. Les débats ont duré plus de 160 heures et 5 000 amendements furent discutés.

76 Plus d'une centaine d'articles du Code civil contiennent les termes père et mère malgré l'adoption de la loi sur le mariage et l'adoption pour les couples de même sexe.

77 La *Manif pour tous* est un collectif d'associations proches de l'Église catholique qui se présente comme apolitique malgré son ancrage à droite (voire à l'extrême droite). La *Manif pour tous* est financée par Claude Bébéar (fondateur des assurances Axa), l'association anti avortement *Vita*, ou des associations catholiques de familles. Loin de l'image d'un mouvement spontané qu'elle voulait se donner, derrière la *Manif pour tous* se trouve l'américain Brian Brown, président de la très conservatrice *National Organization for Marriage* proche de l'*Opus Dei*.

78 Voir D. Borrillo, « Le droit en matière de reproduction : une approche critique » in E. Dorlin et E. Fassin (dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Éditions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010, p. 25-34.

79 G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 3^e édition Paris, Montchrestien, 1993, p. 270.

80 L'adoption sera considérée par l'Église comme une institution dangereuse car elle subvertissait l'engendrement naturel. Voir : B. Perreau, *Penser l'adoption*, Paris, PUF, 2012, p. 19.

81 Le juriste romain Iulius Paulus dans son *Libro singulari de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* commence son traité sur la filiation en soulignant que « Tout jurisconsulte doit connaître les degrés où se situent les parents et les alliés. D'abord, parce que les successions et les tutelles sont habituellement déferées par les lois à l'agnat le plus proche. Ensuite parce que le prêteur, dans son édit, concède au parent le plus proche la possession des biens du défunt. En outre, la loi sur les juridictions criminelles publiques interdit de contraindre à témoigner malgré soi contre ses alliés et ses parents. » in P. Legendre, *Le dossier occidental de la parenté : textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Paris, Fayard, 1988, p. 37.

82 D. Borrillo, « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation » in E. Dorlin et E. Fassin (dir.), *op. cit.*, p. 121-136.

83 « La possession d'état est la prise en compte de la réalité vécue du lien de filiation. Elle s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre un enfant et la famille à laquelle il est dit appartenir. Un acte de notoriété peut être demandé pour prouver la possession d'état. Il est délivré par le juge » : <http://vosdroits.service-public.fr/F15395.xhtml>.

84 Rapport Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988.

85 Xavier Dijon « Les miroirs de l'engendrement homosexuel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1/2007 (Volume 58), p. 31-62.

86 Le pédopsychiatre Pierre Levy-Soussan, vice-président du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, le psychanalyste Jean-Pierre Winter et le psychiatre Christian Flavigny se sont vivement opposés au mariage pour tous au nom de la bonne structuration psychique de l'humain.

87 Sylviane Agacinski-Jospin estime que la question du mariage homosexuel est indissociable de la question de l'homoparentalité puisque « l'institution du mariage et de la filiation doit continuer à inscrire chacun dans l'ordre d'une humanité elle-même sexuée... ».

88 Éric Fassin « Les « forêts tropicales » du mariage hétérosexuel », *Revue d'éthique et de théologie morale HS/2010* (n° 261), p. 201-222.

89 Le rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalités » présenté au ministère des Affaires sociales et de la santé et au ministère délégué chargé de la Famille en 2014 constitue l'exemple paradigmatique de cette nouvelle forme de biologisme.

90 Toutefois, l'absence d'accès à l'AMP pour les couples de lesbiennes dans la loi Taubira a rassuré le Conseil d'État au point que dans une décision du 13 juin 2013 (n°362981), il déclare que « la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes, qui est inscrite dans le Code de la santé publique, le Code civil et le Code pénal et qui figure au nombre des principes fondamentaux de la bioéthique proclamés par la loi du 29 juillet 1994 et confirmés par la loi du 7 juillet 2011, n'est pas incompatible avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), et notamment son article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale ».

91 P. Legendre, *Leçon IV, L'inestimable objet de la transmission*, Paris, Fayard, 1985.

92 Avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (Assemblée plénière du 24 janvier 2013).

93

http://www.ldhfrance.org/IMG/pdf/H_L147_Dossier_7_Pour_la_levée_de_l_anonymat_des_dons_d_engendrement_.pdf

94 D. Borrillo, « La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut du beau-parent ou le 'PACS de la filiation' », *Droit et Société* 72/2009, p. 361 et s.

95 Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Bull.* n° 103 ; *Defrénois*, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. Massip ; *Dalloz*, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; *JCP* 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. Petit et note M. C., Monsallier-Saint-Mieu.

96 A. Fine et G. Delaisi de Parseval considèrent qu'il faut traiter l'homoparentalité comme une forme de pluriparentalité ou de coparentalité par le biais de la levée de l'anonymat des donneurs et la prééminence de l'adoption simple.

97 Le 7 juin 2012 sont rendues deux décisions, également solennelles, sur la question de l'adoption conjointe à l'étranger par les deux membres du couple homosexuel (Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 et 11-30.262, *D.* 2012. 1546, obs. I. Gallmeister, et 1992, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012. 397, obs. B. Haftel, et 400, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2012. 856, avis C. Petit, et 857, note F. Chénéde.

98 Louis d'Avout, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité » *Recueil Dalloz* n° 31, 2012, p. 1973.

99 *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. Rapport au ministère délégué chargé de la Famille, Paris, 2014, p. 313.

100 http://www.liberation.fr/societe/2013/03/31/frigide-barjot-mobilise-les-antis-pour-le-26-mai_892738.

101 Encycliques *Humanae Vitae* de Paul VI du 25 juillet et *Evangelium Vitae* de Jean-Paul II du 25 mars 1995.

102 http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/DP_loi_famille_211013.pdf.

103 « Le recul du gouvernement sur la loi famille suscite l'indignation à gauche », *Le Monde*, 04/02/2014.

104 L'arrêt *Menesson et Labassé c. France* rendu par la CEDH le 26 juin 2014 change la donne : la France est condamnée pour ne pas avoir transcrit de tels actes.

105 Finalement, à sa place, une proposition de loi portant uniquement sur l'autorité parentale fut adoptée le 27 juin 2014.

106 Le Comité consultatif national d'éthique s'est prononcé en 2005 contre la gestation pour autrui pour les couples d'hommes et contre le don de sperme pour les couples de femmes et les Sages de ce comité ont rappelé que la PMA était destinée à résoudre un problème de stérilité d'origine médicale et non à venir en aide à un choix de vie sexuelle, précisant que « l'ouverture d'une telle aide à l'homoparentalité (...) constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif » et que « la médecine serait convoquée pour satisfaire un droit à l'enfant ».

Pour citer cet article

Référence électronique

Daniel Borrillo, « Mariage pour tous et filiation pour certains : les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe », *Droit et cultures* [En ligne], 69 | 2015-1, mis en ligne le 11 mai 2015, consulté le 04 juillet 2015. URL : <http://droitcultures.revues.org/3566>

Auteur

Daniel Borrillo

Daniel Borrillo est maître de conférences en droit privé à l'Université de Paris Ouest (attaché au Centre de droit pénal). Chercheur associé au CNRS, il anime un séminaire sur le droit des sexualités dans le Master des droits de l'Homme et un séminaire sur les discriminations au CERSA/CNRS. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages parmi lesquels, *Homosexualités et Droit*, PUF, 1998 ; *L'homophobie*, « Que sais-je ? », PUF, 2001. *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003. *Droit des sexualités*, PUF, 2009. *Halde: actions, limites et enjeux*, La Documentation Française, 2007. *Bioéthique*, Dalloz, 2011.

Articles du même auteur

Droit et homosexualités: une réconciliation fragile [Texte intégral]

Paru dans *Droit et cultures*, 56 | 2008-2

Droits d'auteur

Tous droits réservés