



**HAL**  
open science

**Audition de Daniel Borrillo devant l'Assemblée  
Nationale sur la loi ouvrant le mariage aux couples de  
même sexe**  
Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Audition de Daniel Borrillo devant l'Assemblée Nationale sur la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe. 2012, <http://www.assemblee-nationale.fr/presse/communiqués/20121116-07.asp>. hal-01243227

**HAL Id: hal-01243227**

**<https://hal.science/hal-01243227>**

Submitted on 17 Dec 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.



Commission des Lois constitutionnelles,  
de la législation et de l'administration générale  
de la République

Paris, le 15 novembre 2012

Professeur,

Je vous confirme que M. Erwann Binet, rapporteur au nom de la commission des Lois sur le projet, déposé le 7 novembre 2012, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (n° 344), vous recevra à l'Assemblée nationale, au cours d'une table ronde consacrée à l'approche juridique,

*le jeudi 22 novembre 2012  
à 9 heures 30  
Salle 6242 – 2<sup>ème</sup> sous-sol du Palais Bourbon  
126, rue de l'Université – 75007 PARIS*

Cette table ronde, d'une durée de trois heures, réunira également Maîtres Caroline Mecary, avocate au Barreau de Paris et co-présidente de la Fondation Copernic et Clélia Richard, avocate au Barreau de Paris, Mme Laurence Brunet, chercheur à l'Université Paris I, M. Serge Portelli, vice-président du TGI de Paris et M. Robert Wintemute, *professor of Human Rights Law* au King's College de Londres.

Cette table ronde, ouverte à l'ensemble des membres de la commission des Lois, ainsi qu'à la presse, pourrait commencer par des exposés d'une durée de dix à quinze minutes et se poursuivre par un échange de questions et réponses avec le rapporteur et les députés qui assisteraient également à cette audition.

Je vous précise enfin qu'il vous faudra vous munir d'une **pièce d'identité** pour vous présenter à la réception de l'Assemblée nationale.

Je vous remercie d'avoir accepté d'éclairer les travaux de la Commission et vous prie d'agréer, Professeur, l'expression de ma considération distinguée.

Sophie Debail  
Administratrice

**M. Daniel Borrillo**  
Maitre de conférence en droit privé  
à l'Université Paris Ouest  
Membre du centre de recherches et d'études  
sur les droits fondamentaux  
borrillo@u-paris10.fr

Accueil > Presse > Les communiqués de la division de la presse > Communiqué

## **Commission des lois : auditions du rapporteur du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe - jeudi 22 novembre 2012**

**M. Erwann Binet** (SRC, Isère), rapporteur du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, poursuivra, le 22 novembre prochain, ses auditions :

**Jeudi 22 novembre 2012 à 9 heures 30** (Salle 6242) : **L'approche juridique** :

- **M. Daniel BORRILLO**, maître de conférence en droit privé à l'Université Paris Ouest ;
- **Mme Laurence BRUNET**, chercheur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne ;
- **M. Robert WINTEMUTE**, professeur au King's College de Londres ;
- **M. Serge PORTELLI**, vice-président du tribunal de grande instance de Paris ;
- **Mme Caroline MECARY**, avocate au Barreau de Paris ;
- **Mme Clélia RICHARD**, avocate au Barreau de Paris.

**Jeudi 22 novembre 2012 à 9 heures 30**

**Salle 6242** – 2<sup>ème</sup> étage du Palais-Bourbon

(entrée des journalistes **munis de leur carte de presse** :  
**33 quai d'Orsay, 75007 Paris**)

**Jeudi 22 novembre 2012 à 14 heures** (Salle Lamartine) : **L'approche des associations de protection de la famille et de l'enfance** :

– à 14 heures : **Mme Christiane RUEL**, présidente d'Enfance et partage ; **Mme Martine BROUSSE**, déléguée générale de *La voix de l'enfant*, et **M. Bernard CORDIER**, vice-président ;

– à 15 heures : **M. François FONDARD**, président de l'Union nationale des associations familiales (UNAF), **Mme Guillemette LENEVEU**, directrice générale de l'UNAF et **Mme Claire MÉNARD**, chargée des relations parlementaires ;

– à 16 heures : **M. Jean-Marie BONNEMAYRE**, président du Conseil national des associations familiales laïques (CNAFAL) et **Mme Marie-Odile PRINTANIER**, vice-présidente du CNAFAL ; **M. Michel CANET**, président de l'Union des familles laïques et **M. Charles ARAMBOUROU**, administrateur ; **Mme Aminata KONE**, secrétaire générale de la Confédération syndicale des Familles (CSF), **Mme Evelyne BERNARD**, responsable politique du secteur famille à la CSF et **Mme Patricia AUGUSTIN**, secrétaire générale adjointe de la CSF chargée du secteur famille ;

– à 17 heures : **Mme Nathalie PARENT**, présidente d'Enfance et familles d'adoption ; **M. Marc LASSERRE**, président du Mouvement pour l'adoption sans frontières et **M. Jacques CHOMILIER**, vice-président ; **Mme Hélène CHARBONNIER**, présidente de *Racines coréennes* ; **Mme Cécile FÉVRIER**, présidente de *La Voix des adoptés*.

**Jeudi 22 novembre 2012 à 14 heures**

**Salle Lamartine** – Immeuble Jacques Chaban-Delmas

(entrée des journalistes **munis de leur carte de presse** :  
**101 rue de l'Université, 75007 Paris**)

## Audition de Daniel Borrillo

### devant la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »

#### I. Introduction

François Hollande, alors candidat à la présidence de la République, annonçait dans son programme politique :

*« 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 ».*

Suite à cet engagement, le 7 novembre 2012, le Premier ministre soumet au Conseil de ministres le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »<sup>1</sup>. Conformément aux promesses présidentielles, la future loi s'inscrit dans une logique de lutte contre les discriminations et d'affirmation du principe d'égalité<sup>2</sup> même si paradoxalement dans l'exposé de motifs aucune mention n'est faite à l'égalité et à la non-discrimination.

Une situation d'infériorité s'est perpétuée pour les couples homosexuels, malgré l'adoption du PaCS<sup>3</sup>. Celui-ci demeure insuffisant en matière de droits conjugaux, ne garantissant pas, de

---

<sup>1</sup> Enregistré à l'Assemblée nationale sous le n° 344 le 7 novembre 2012.

<sup>2</sup> Pour une analyse approfondie de la question voir : Borrillo, D. et Formond, Th., *Homosexualité et discrimination en droit privé*, Paris, La documentation française, coll. «Études et Recherches», 2007.

<sup>3</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité et au concubinage, intégrée dans les articles 515-1 à 515-8 du code civil.

surcroit, la reconnaissance de liens juridiques de filiation pour les familles homoparentales<sup>4</sup>.

En fonction du projet de loi présenté devant le Conseil des ministres le 7 novembre dernier, je vais exposer, dans un premier temps et d'une manière analytique, la portée dudit projet de loi ; dans un deuxième temps, de manière critique, je vais souligner les absences et les carences dudit projet. Mais avant d'entrer dans l'analyse juridique proprement dit, je propose une mise en perspective historique qui permettra de mieux comprendre les enjeux de la future loi.

## **II. Pallier à une carence jurisprudentielle**

Contrairement à d'autres pays<sup>5</sup>, force est de constater qu'en France, les hautes instances judiciaires se sont montrées réticentes à élargir les droits familiaux existants aux couples de même sexe. Aussi bien la Cour de cassation, le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel, ont statué de manière restrictive en matière de droits familiaux pour les couples homosexuels. Ainsi, dans une décision du 11 juin 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé la qualité de concubin aux couples de même sexe. Allant ponctuellement à l'encontre de cette jurisprudence, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, portant diverses mesures d'ordre social, a modifié l'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale pour accorder au concubin homosexuel

---

<sup>4</sup> Borrillo, "The Pacte Civil de Solidarité in France : Midway Between Marriage and Cohabitation", in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A study of National, European and International Law*, R. Wintemute et M. Andenaes, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pp. 475-493.

<sup>5</sup> Comme l'Afrique du Sud, le Brésil, le Canada, plusieurs états des USA à commencer par le Massachusetts...

de l'assuré la qualité d'ayant droit pour l'assurance maladie en tant que personne à charge. Plus tard, 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 bail. De même, le Conseil d'Etat s'est opposé à l'agrément à l'adoption pour les personnes homosexuelles<sup>6</sup> et il a fallu que la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France, en 2008, pour que cette situation discriminatoire cesse<sup>7</sup>.

Suite au mariage de deux hommes célébré à Bègles<sup>8</sup> 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»<sup>9</sup>. 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.

Les juges se sont également systématiquement opposés au droit de filiation pour les familles homoparentales : pas d'adoption simple de

---

<sup>6</sup> CE n° 168342, 09/10/1996. Cette décision fut confirmée par la CEDH : *Fretté c. France* 26/02/02

<sup>7</sup> Arrêt de Grande Chambre *E.B. c. France* 22/01/08

<sup>8</sup> le 5 juin 2004.

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>er</sup> Civ, 13 mars 2007 .

l'enfant du conjoint de même sexe<sup>10</sup>, pas d'inscription dans les registres de l'état civil pour les enfants issu d'une gestation pour autrui (GPA)<sup>11</sup>, pas de congé parental pour la compagne pacsée d'une mère lesbienne<sup>12</sup>....). Les rares décisions favorables ont eu uniquement lieu 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<sup>13</sup>.

Face à une justice récalcitrante, c'est donc par l'initiative du gouvernement et au niveau du législateur qu'une telle entreprise égalitaire prend forme, comme cela avait été suggéré par le Conseil constitutionnel dans une QPC du 28 janvier 2011<sup>14</sup>.

### **III. Ce que l'égalité commande et ce que propose le gouvernement**

Contrairement au PaCS, issu d'une proposition de loi (d'origine parlementaire)<sup>15</sup>, le mariage sans égard au sexe du conjoint est le

---

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>er</sup> Civ. Arrêt n° 221 du 20 février 2007.

<sup>11</sup> Cass. 06/04/2011 (affaire des jumelles nées aux USA).

<sup>12</sup> Cass. 11/03/2010, n° 09-65.853

<sup>13</sup> Par un arrêt du 24 février 2006, la Cour de Cassation rend possible la délégation de l'autorité parentale dans un couple lesbien. De même, dans une décision du 8 juillet 2010, la 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 marié

<sup>14</sup> « 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 ».

<sup>15</sup> Pour une histoire politique du PaCS voir : D. Borrillo et P. Lascoumes, *Amours Egales : Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.

résultat d'un projet de loi (d'origine gouvernementale), ce qui montre l'intérêt que le président de la République porte à la question.

Le projet de loi visant à ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe commence par un exposé de motifs traçant succinctement l'évolution historique du mariage et en rappelant qu'une majorité de français est aujourd'hui favorable (65% selon une enquête Ifop menée du 9 au 13 août 2012 sur un échantillon représentatif de 2000 personnes)<sup>16</sup>. Le projet de 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'Etat, 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.... Il s'agit surtout d'harmoniser la loi en rendant neutre les termes autrefois sexués comme mari, femme, père ou mère en les remplaçant par ceux de conjoint et parent.

---

<sup>16</sup> Selon un sondage exclusif BVA pour «le Parisien» du 3 novembre, 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.



S'il semble juridiquement impossible de donner une définition pacifiée de la famille, nous pouvons, toutefois, distinguer dans cette institution deux dimensions. Une dimension horizontale relative à la vie du couple et une dimension verticale relative à la filiation et à l'autorité parentale. Le projet du gouvernement modifie à la fois la dimension horizontale et, en partie seulement, la dimension verticale, ouvrant « le droit au mariage aux personnes de même sexe et par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption ». Les règles qui gouvernent l'assistance médicale à la procréation ne sont pas modifiées par le projet de loi, celle-ci demeure impossible pour les femmes seules ou les couples de même sexe.

#### **a) La vie du couple**

Sur le plan horizontal, le principe d'égalité et de non discrimination exige à la fois l'ouverture de la liberté fondamentale de se marier (de nature constitutionnelle<sup>17</sup>) et le droit au mariage civil. Pour ce faire, le projet de loi introduit un article au code civil ainsi rédigé : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » et modifie la formule de l'article 144 : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » par « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus ». Contrairement à une idée répandue, il ne s'agit pas de créer un

---

<sup>17</sup> Il n'existe pas un droit au mariage dans la constitution française mais le Conseil constitutionnel a produit une jurisprudence relative à la liberté matrimoniale comme composante de la liberté individuelle sur la base des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Cette doctrine du Conseil constitutionnel devrait désormais s'appliquer aux couples de même sexe mariés.

mariage gay mais de cesser de faire de la différence de sexes une condition sine qua non du droit au mariage<sup>18</sup>. Une conception universelle et laïque du mariage fondée sur la volonté des contractants devrait être aveugle au genre. Comme le présentait déjà la formule de l'article 146 du code civil selon lequel *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement*. Il y a plus d'un siècle, les conclusions du procureur général Baudouin, dans un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903, fit du mariage « l'union des âmes et des volontés ». Cette conception asexuée du mariage ne sera pas vraiment inventée mais entérinée par le projet de loi « visant à ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe ». Le changement systématique d'expressions sexuées, telles que « marie et femme » ou « pères et mères », par les termes neutre « époux » ou « parents » en témoignent.

Dans l'état actuel du droit et jusqu'à l'adoption de la nouvelle loi, le mariage demeure impossible entre personnes de même sexe et si un époux change de sexe au cours de sa vie conjugale, il ne peut pas obtenir le changement de son état civil tout en restant marié car, selon la justice, cela reviendrait à créer un mariage homosexuel (TGI Brest 15 déc. 2011). De même, un mariage célébré à l'étranger entre un français et un citoyen d'un pays qui reconnaît ce droit (par exemple en Belgique ou en Espagne) ne sera reconnu par le droit français, le

---

<sup>18</sup> Comme le prétendait Irène Théry, experte mobilisée à l'époque du PaCS et pour qui « la raison pour laquelle le couple homosexuel n'a pas accès au mariage est que celui-ci est l'institution qui inscrit la différence des sexes dans l'ordre symbolique, en liant couple et filiation » : « Le contrat d'union social en question », *Esprit*, 10, octobre 1997, p. 159.

couple ne pourra pas non plus se pacser en France car le pacs ne se conclut qu'entre deux personnes célibataires. Ils peuvent se déclarer célibataires, au risque de faire une fausse déclaration et d'être dans l'illégalité, ou bien encore de divorcer avant de se pacser !

*1) Une égalité des droits et des devoirs :*

La réforme proposée par le gouvernement se réfère aussi bien aux droits qu'aux obligations propres au mariage.

Concernant les droits, si le projet de loi est adopté, les couples de même sexe pourront, jouir de mêmes bénéfices sociaux que les couples mariés comme par exemple l'accès à la sécurité sociale et à la mutuelle de l'époux, les congés payés (prévus par le pacs) mais aussi le droit à l'allocation veuvage et à la pension de réversion desquelles sont exclus les couples pacés<sup>19</sup>. De même, la réforme permettra aux couples de même sexe de bénéficier du droit à se faire représenter par l'époux lorsque l'autre est hors d'état de manifester sa volonté (art. 219 code civil).

Sur le plan patrimonial, la réforme ouvrira également le droit à la succession *ab intestat*, (un testament est toujours nécessaire pour les couples pacés).

---

<sup>19</sup> La CJUE dans l'arrêt Maruko du 1<sup>er</sup> avril 2008 a jugé que l'Allemagne a commis une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en prévoyant dans sa législation qu'après le décès d'un partenaire lié par un partenariat de vie (équivalent du pacs), le partenaire survivant ne pourra pas percevoir une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant.

Aussi, les dispositions relatives au nom de famille seront applicables aux conjoints de même sexe et aux enfants adoptés par les couples homosexuels.

*i) Pour les nationaux et les étrangers*

Le projet de loi prévoit également la possibilité pour deux personnes de même sexe de nationalité étrangère de se marier en France lorsque, pour l'une d'elle, la loi personnelle ou la loi de l'Etat de sa résidence le permet. Concernant les couples homosexuels binationaux, la réforme permettra le droit au regroupement familial ainsi que le droit à la carte de séjour portant la mention « vie privée et vie familiale » (art. L313-11-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Il faut noter que dans l'état actuel du droit positif, seul le conjoint bénéficie automatiquement du droit au séjour<sup>20</sup>.

Même pour les ressortissants de l'UE, l'article L121-1 al. 5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, réserve le bénéfice du séjour de plein droit en France au conjoint marié. En effet, l'article 2 b) de la directive 2004/38/CE de 29/04/2004 qui est à l'origine de cet article, statue : « Aux fins de la présente directive, on entend par membre de la famille le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de

---

<sup>20</sup> Uniquement dans le cas d'un étranger victime de violences de la part de son conjoint, de son partenaire de PACS ou de son concubin, la loi enjoint aux préfets de délivrer de plein droit « dans les plus brefs délais », une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » et de lui renouveler son titre de séjour arrivé à expiration dès lors qu'il bénéficie d'une ordonnance de protection judiciaire en vertu de l'article 515-9 du Code civil.

l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil ». Comme le PaCS n'équivaut pas au mariage, cette directive ne s'applique pas aux couples homosexuels<sup>21</sup>.

Le projet de loi établit également que « Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu en France, sous réserve de l'observation des articles 144, 146, 146-1, 147, 161,162, 163, 180, 191 du code civil », c'est-à-dire, en tenant compte du respect de l'âge des contractants et des empêchements à mariage du droit français.

Un nouveau chapitre du code civil, composé de deux articles, intitulé : « Des règles de conflit de lois » est créé par le projet de loi. L'art. 202-1 selon lequel : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque pour l'une d'entre elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet ». Et l'art. 202-2 : « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu. ». Ainsi, le mariage entre personnes de même sexe célébré dans un pays où ce type de mariage est légal, sera reconnu en France tout

---

<sup>21</sup> Actuellement, la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède et le Danemark autorisent le mariage des couples homosexuels. Cinq États membres autorisent des partenariats enregistrés dont les effets sont équivalents à ceux du mariage : République tchèque, Finlande, Hongrie, Roumanie, Royaume-Uni.

comme le mariage entre personnes de même sexe résidant régulièrement en France.

## *2) Les mêmes obligations*

Evidemment, le projet de loi est égalitaire aussi bien sur le plan des droits que pour les devoirs du mariage. Désormais, les couples homosexuels mariés seront tenu de respecter le devoir de fidélité de l'article 212 du code civil, tout comme le devoir de communauté de vie de l'article 215, ce qu'implique une communauté de toit (avoir un domicile commun) et une communauté de lit (entretenir de rapports sexuels). Le devoir de secours, de nature patrimoniale, et celui d'assistance, de nature morale (art. 212), seront dorénavant exigés aussi pour les couples de même sexe. Les contributions aux charges du mariage et l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203) s'élargiront à tous les couples indépendamment du sexe des partenaires ainsi que la solidarité pour les dettes relatives à l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants (art. 220).

Contrairement au PaCS, qui peut être rompu par la volonté d'une des partis avec une simple obligation de préavis, pour mettre fin au mariage, il faut passer devant le juge par la procédure du divorce.

Comme l'ensemble des droits et d'obligations sont inclus dans le projet de loi, nous pouvons considérer que la réforme respecte, pour ce qui concerne le couple, le principe d'égalité. Voyons maintenant si l'égalité est respectée aussi en matière de filiation.

## **b) La filiation**

Sur le plan vertical, c'est-à-dire au niveau des relations de filiation, l'égalité suppose en principe, l'accès à la filiation et l'autorité parentale pour tous les couples. Un premier pas a été effectué grâce au vote de l'Assemblée en premier lecture d'un amendement présenté par la ministre de la Famille, Dominique Bertinotti, dans le cadre de l'examen du projet de loi de financement de la Sécurité sociale élargissant le bénéfice du congé de paternité (parentalité)<sup>22</sup> de l'art. L1225-35 du code du travail à la personne vivant maritalement avec la mère. Cet amendement ne résout pas la question vis-à-vis des couples hétérosexuels (lorsque c'est l'homme qui adopte) ou du couple d'hommes.

Outre l'autorité parentale, l'égalité suppose l'ouverture du droit à toutes les formes de filiation (biologique, voulue et vécue) situations auxquelles devraient également accéder les familles homoparentales, en vertu du principe d'égalité. Ce qui comporterait :

- L'accès à la procréation médicalement assistée pour permettre aux couples de femmes de bénéficier de cette technique.
- L'accès à filiation adoptive (accès à l'adoption plénière conjointe et à l'adoption simple aux couples de même sexe ou de sexe différent marié).

---

<sup>22</sup> La HALDE avait déjà considéré discriminatoire l'impossibilité pour un couple de femmes d'accéder à ce congé : Délibération relative au " congé paternité " pour les couples de même sexe n° 2007-203 du 03/09/2007.

- L'accès à la possession d'état en matière de filiation pour les parents d'intention<sup>23</sup>.

Si la 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 suiv.).

Ainsi, un couple de lesbiennes, tout en étant marié, se verra refuser l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP). Le gouvernement considère que cette question doit faire l'objet d'une autre réforme.

La limitation des droits de filiation à l'adoption semble le point le plus problématique du projet de loi car si la loi est adoptée dans l'état, une discrimination s'instaurera au sein des couples mariés selon qu'il s'agisse d'une union hétérosexuelle ou d'une union homosexuelle, vis-à-vis de l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

### La question de l'AMP

---

<sup>23</sup> Selon l'article 311-1 du Code civil, "la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle il est dit appartenir".



Si l'engendrement relève du biologique, la filiation constitue un événement éminemment conventionnel. Certes, elle tient compte du fait naturel mais, en tant que dispositif d'agencement parental, la filiation répond à des règles propres, affranchies de la nature. Inspiré du droit romain, le code napoléon donnera une prééminence à la convention sur la nature, permettant ainsi la filiation adoptive. Désormais, ce qui compte ce ne sont pas tant les racines biologiques des institutions juridiques que les instruments capables d'obtenir des résultats sociaux (la paix des familles ou la solidarité entre générations, par exemple).

Le problème c'est que l'AMP n'est pas pensée politiquement et construite juridiquement sur la base d'un droit ou d'une liberté<sup>24</sup> (telle que l'IVG ou la contraception) ou d'un projet parental de l'individu ou du couple (tel l'adoption) mais comme un acte médical qui sert à pallier une stérilité ou à éviter la transmission d'une maladie grave. Alors que le droit de ne pas procréer est formulé en termes de liberté publique : accès aux techniques contraceptives ou à l'IVG en tant qu'un élément de la liberté de chacun sur son corps ou comme un instrument du droit au respect de la vie privée (*Roe vs Wade*, Cour suprême des USA 1973 *right of privacy*), .

Alors que l'adoption apparaît comme une parenté élective permettant de donner un ou des parents à une cohorte d'orphelins après la grande guerre. Aucune justification ou condition médicales sont nécessaires pour y accéder

---

<sup>24</sup> Prise en charge par la collectivité par le remboursement par la sécurité sociale depuis 1982, protégée par le « délit d'entrave à l'IVG » depuis 1993.

L'AMP, quant à elle échappe aux justifications politiques et juridiques classiques fondées sur la liberté des adultes ou la nécessité de donner un foyer à des enfants existants. En quelque sorte, l'AMP constitue une démission du politique en faveur de l'expertise clinique ou plus précisément de ce que Dominique Memmi appelle le magistère biomédical où la santé et le but thérapeutique apparaissent comme le grand principe de légitimité. A l'occurrence palier à la stérilité du couple. Pourquoi du couple et non pas de l'individu ?

A la raison médicale s'ajoute la promotion d'un type d'agencement familial (loi bioéthique 1994) le couple mais pas n'importe lequel, le couple parental (hétérosexuel) en âge de procréer....

En France, la législation sur l'AMP est légitimée par la vision 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 avec les personnes remplissant cette tâche sociale. Ces valeurs décrites comme naturelles sont à l'origine de l'inclusion de l'AMP parmi les services fournis par le système de santé publique ; elles sont à la base de la règle selon laquelle seul un couple stable composé d'« un homme et une femme en âge à procréer » ont droit à l'AMP : Contrairement à la loi de 1966 qui permet l'adoption à un individu (consécration de la famille monoparentale).

Voici comment le magistère biomédical et une conception conservatrice de la famille ont produit notre loi en matière

d'assistance médicale à la procréation. L'enjeu aujourd'hui ce n'est pas seulement d'ouvrir la PMA aux couples de lesbiennes au nom du principe d'égalité (même si cela constituerait déjà une avancée en matière politique) mais aussi et surtout de penser cette forme de procréation en dehors d'une justification médicale et de l'impératif biparental et hétéroparentale. La réglementation très rigide de l'AMP en France constitue une exception par rapport à la plupart des pays occidentaux, où elle est moins restrictive. Celles qui n'ont pas le droit de bénéficier des services de l'AMP en France — homosexuelles, femmes seules — peuvent s'adresser à des cliniques privées en Belgique, en Espagne ou en Grande-Bretagne, à condition d'en avoir les moyens. La législation française n'est véritablement rigide que pour les plus démunis

### *L'AMP : Une question de santé publique*

La question est d'autant plus sensible que l'assistance médicale à la procréation n'a pas uniquement pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple mais aussi « d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité » (Article L2141-2 du code de la santé publique). Cette réforme est une occasion manquée de mettre en terme aux procréations artificielles faites de manière artisanale par des personnes qui ne peuvent pas accéder légalement à cette technique : les femmes seules ou les couples homosexuels. Non seulement ces personnes continuent à encourir des risques sanitaires (transmission du VIH, hépatites...), mais elles se

trouvent également exposées à des problèmes légaux, ces pratiques étant interdites pénalement.

#### IV. Au-delà de l'égalité

"Science sans conscience n'est que ruine de l'âme" disait Gargantua à son fils Pantagruel. De même, et en transposant la célèbre maxime aux sciences politiques et juridiques, nous pouvons dire : « égalité sans critique de la norme » n'est que ruine des libertés.

De manière imagée, une veille amie féministe, me racontant son combat pour l'égalité des femmes, m'expliquait qu'il ne s'agissait pas uniquement de revendiquer une part équitable du gâteau mais aussi de changer la recette dudit gâteau... Suivant son conseil, à la logique de l'assimilation, comme réponse à l'exigence d'égalité et de non-discrimination, je propose d'ajouter un regard critique de la norme familiale<sup>25</sup> qui sert comme étalon de l'égalité.

a) Sur le plan horizontal, le projet de loi aurait pu également :

- Mettre fin à la conception actuelle du mariage consistant non seulement en l'union de deux personnes mais aussi l'alliance de deux familles (lien unissant l'un des époux aux parents de l'autre) et ses effets juridiques, notamment les obligations alimentaires entre membres de la belle famille (art. 206 du code civil).
- Mettre fin au devoir de fidélité et à l'obligation de cohabitation :

---

<sup>25</sup> La consécration de la famille monoparentale par l'adoption plénière d'un individu depuis 1966 et le pacte civil de solidarité permettant une contractualisation du lien depuis 1999 constituent deux réformes particulièrement intéressantes qui méritent d'être maintenues.

Dans l'état actuel du droit, perpétué par le projet de loi, la sexualité matrimoniale prend la forme d'un devoir (le "debitum" conjugal) à double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint (devoir conjugal proprement dit). Ce devoir est pour les époux une obligation d'ordre public. Ainsi, une convention, un accord entre l'homme et la femme stipulant l'absence d'intimité sexuelle, serait considéré comme nul. Le refus de partager le lit conjugal peut être considéré comme un fait injurieux justifiant le divorce contre un homme qui ne fait pas face à ses devoirs de mari<sup>26</sup>.

- Favoriser la déjudiciarisation de la procédure de divorce en cas d'absence de conflit, tel que cela avait été proposé par Elisabeth Guigou en 1998 lorsqu'elle était Garde des Sceaux ou tout récemment par Christiane Taubira<sup>27</sup>.

- Mettre fin au divorce pour faute, notion plus proche de la morale que du droit et qui produit encore des situations d'injustice (par exemple perte du droit à la prestation compensatoire art. 270 al. 3 du code civil) liées souvent à l'adultère de l'un des époux...

- Réviser la notion de séparation de corps devant le juge (les époux restent mariés mais cessent d'avoir une vie commune). La séparation

---

<sup>26</sup> Ainsi, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné, en mai 2011, un homme au divorce à ses torts exclusifs (10 000 euros de dédommagement) au motif qu'il ne faisait pas l'amour avec sa femme.

<sup>27</sup> Dans une audition publique le 5 juillet 2012 à l'Assemblée Nationale Mme Taubira avait parlé d'asphyxie des tribunaux et de la nécessité de déjudiciariser certains dossiers comme ceux relatifs aux divorces non conflictuels :

<http://www.assemblee-nationale.fr/presse/communiqués/20120628-03.asp>.

de corps est une situation juridique résultant d'un jugement qui met fin à l'obligation de vie commune, toutefois ils se doivent fidélité et secours.

b) Sur le plan vertical, le projet de loi aurait également pu :

- Donner une assise juridique au lien unissant l'enfant et le tiers qui l'élève par la création d'un statut de co-parent. Une telle mesure permettrait à ce lien de produire des effets juridiques. Par exemple, il pourrait faire naître des droits de succession entre l'enfant et le « beau-parent », ou une obligation alimentaire. Ce lien pourrait surtout être maintenu en cas de séparation du « beau-parent » et du parent, en donnant lieu par exemple à un droit de visite au profit de l'ex- « beau-parent ». Ce lien pourrait encore servir à désigner le « beau-parent » comme tuteur de l'enfant en cas de décès du parent.

- Ouvrir l'adoption aux couples pacsés et en union libre stable.

- Assumer pleinement une conception de la filiation fondée sur la volonté (dans l'état actuel du droit, la mère peut non seulement avoir accès à l'IVG y compris contre la volonté du mari et accoucher sous X<sup>28</sup> alors que pour l'homme un coït fécond fait de lui un père juridique). Valoriser la reconnaissance comme forme principale d'établissement de la filiation non contentieuse.

- Faciliter les démarches administratives en matière d'adoption (revoir la place surdimensionnée de l'administration dans la délivrance

---

<sup>28</sup> La Cour de cassation a atténué la situation : Si la femme peut toujours accoucher sous X, la reconnaissance prénatale du père sera un obstacle à l'abandon de l'enfant à son adoption ultérieure.

d'agrément ; la difficulté à conférer aux enfants le statut de pupilles d'Etat...).

- Mettre fin à la présomption de paternité (directement liée au devoir de fidélité) : selon laquelle à partir d'un fait connu - l'accouchement - la loi déduit la paternité du conjoint. Depuis 1972, elle est rétrécie et affaiblie, pourquoi la ressusciter maintenant et imposer une paternité au conjoint de même sexe ?

- Permettre le transfert d'embryon après le décès de l'homme faisant partie du couple, comme le suggérait le Comité d'éthique<sup>29</sup> et l'Assemblée nationale (dans un premier amendement sur lequel elle est par la suite revenue) lors de la dernière révision des lois bioéthiques. Dans l'état actuel du droit en cas de décès du conjoint, la femme peut soit donner l'embryon à la science, le donner à un autre couple ou autoriser son incinération mais en aucun cas ne pourra se faire transférer son embryon dans son corps.

- Mettre fin à la condition de stérilité pour accéder aux PMA et fonder cette forme de filiation sur la notion de droit subjectif et non pas sur celle d'un acte médicale. Permettre par conséquent aux femmes seules d'accéder à l'AMP comme c'est le cas en Espagne depuis 1977 ou encore en Belgique, pays auxquels recourent les femmes françaises qui souhaitent se faire inséminer de manière anonyme.

- Autoriser l'accès à la gestation pour autrui (GPA) pour l'ensemble des couples (comme un rapport du sénat de 2008 l'avait proposé pour

---

<sup>29</sup> Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Avis n°113 du 10 février 2011 relatif à «La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple».

les couples hétérosexuels)<sup>30</sup>. Une véritable réflexion sur la liberté de procréer doit être engagée en France pour sortir de l'idéologie qui prétend que toute GPA constitue une marchandisation du corps.

- Résoudre le problème d'inscription des enfants né par gestation pour autrui dans les pays où cette forme de procréation est légale<sup>31</sup>. : Belgique, Pays-Bas, Grèce, Royaume Uni, certains états des USA et du Canada, Inde, Argentine, le Brésil, l'Australie, l'Afrique du Sud, Israël, ....

Il faut noter que le droit espagnol, au nom de l'intérêt de l'enfant, prévoit la reconnaissance de la filiation consécutive à une maternité pour autrui réalisée à l'étranger malgré son interdiction en droit interne espagnol.

- Concernant les couples binationaux, une nouvelle loi devrait mettre fin à « l'inquisition » juridique du mariage et de la réalité de la communauté de vie, avant la célébration des unions, avant la transcription des mariages célébrés à l'étranger, avant la délivrance d'un visa pour la France, avant la première délivrance d'un titre de séjour, et par la suite tous les ans lors du renouvellement du titre de séjour temporaire, avant l'obtention d'une carte de dix ans, avant l'acquisition de la nationalité française<sup>32</sup> ...

---

<sup>30</sup> « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui ». Rapport d'information n° 421 (2007-2008) de Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 25 juin 2008.

<sup>31</sup> Voir la « Proposition de loi autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui », présentée par le sénateur Jean-Pierre Chevènement, le 31 juillet 2012.

<sup>32</sup> "*Mariages gris*" et *matins bruns* : Eric Fassin, Nicolas Ferran et Serge Slama par Les Amoureux au ban public, Le Monde, 2 février 2010.



## V. Conclusion

Le projet de loi répond à une stratégie que je qualifierais comme de la « non-discrimination atténuée ». Cette politique, de type assimilationniste, tend à appliquer (de manière limitée) le principe d'égalité en fonction du dispositif juridique existant.

La situation me semble d'autant plus aisée que le mariage civil entre personnes de même sexe s'inscrit pacifiquement dans la tradition juridique française qui, depuis la fin du XVIIIème siècle, a fait du sacrement matrimonial un contrat : La Constitution de 1791 statuait : «la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil». Depuis le concordat de 1801, les contractants sont libres de donner à leur union une forme religieuse, néanmoins l'État français ne reconnaît que l'acte célébré devant l'officier civil. Danièle Huet a raison d'affirmer que «la décadence relative de l'aspect institutionnel du mariage conduit à faire porter l'essentiel de l'effort du droit sur les éléments individuels du mariage, sur le mariage en tant qu'acte juridique. Parce que le mariage repose plus sur ceux qui le contractent que sur la société qui l'impose, il apparaît, au moins de nos jours, comme plus proche des actes juridiques ordinaires...»

De même, l'adoption pour les couples homosexuels ne semble pas en rupture avec les impératifs juridiques du droit de la famille. En effet, depuis 1966, la loi permet indistinctement à tout individu, célibataire ou engagé dans les liens du mariage et non séparé de corps, d'adopter.

Si l'adoption plénière est possible pour une personne seule, pourquoi serait-elle interdite pour un couple de même sexe ?

La procréation médicalement assistée bien qu'elle soit exclue du projet de loi pourrait également s'ouvrir aux couples de femmes et aux femmes célibataires. C'est pourquoi, plutôt que de faire une réforme partielle, il aurait fallu, à la fois, assumer pleinement le principe d'égalité et profiter de l'occasion pour s'attaquer à une révision globale, permettant la mise en place d'un droit au mariage de nature contractuelle et d'une filiation fondée sur la volonté (individuelle, du couple ou de plusieurs personnes) et non pas sur une quelconque vérité ou impératif biologique<sup>33</sup>...

---

<sup>33</sup> La présomption de parenté, l'accès à la PMA réservée uniquement aux couples de sexe différent et le maintien de la vérité biologique comme *summa probatio* de la filiation ne font que reproduire le schéma classique fondé sur le duo hétérosexuel.