



**HAL**  
open science

## Sexualité des homosexuels

Odette Michée Wandji Njinkoué

► **To cite this version:**

| Odette Michée Wandji Njinkoué. Sexualité des homosexuels. 2021. hal-03410870

**HAL Id: hal-03410870**

**<https://hal.science/hal-03410870>**

Preprint submitted on 1 Nov 2021

**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.

## **Thème : SEXUALITÉ DES HOMOSEXUELS**

### **RÉSUMÉ**

L'homosexualité fait partie de la sexualité humaine au même titre que l'hétérosexualité. Elle n'était pas tolérable pour les Français et les Anglais jusqu'à la fin du XVIIIe siècle. Cet acte était passible de la peine de mort. Blâmée au XXe siècle, pour certaines personnes, l'homosexualité n'était pas perçue comme étant naturelle. De nos jours, avec l'évolution des mentalités, le regard sur des personnes homosexuelles a changé dans plusieurs pays. En droit français, la sexualité des homosexuels est autorisée, mais elle a des limites. L'autorisation permet de préserver d'une part les valeurs constitutionnelles du droit et protéger l'intérêt juridique de l'enfant. D'autre part, à respecter les droits des parents et la liberté sexuelle. La limite porte sur le refus de recours aux mères porteuses et le refus de reconnaissance d'un enfant par la mère ou père social du couple.

**MOTS CLÉS** : Homosexualité, Homosexuel, Liberté sexuelle, mère porteuse, père social

---

### **Theme: SEXUALITY OF HOMOSEXUALS**

#### **SUMMARY**

Homosexuality is part of human sexuality just like heterosexuality. It was not tolerable for the French and the English until the end of the 18th century. This act was punishable by death. Blamed in the twentieth century, for some, homosexuality was not considered natural. Today, with the evolution of mentalities, the outlook on homosexuals has changed in several countries. In French law, the sexuality of homosexuals is authorized, but it has limits. The authorization allows on the one hand to preserve the constitutional values of the law and to protect the legal interests of the child. On the other hand, respect parental rights and sexual freedom. The limit concerns the refusal of recourse to surrogate mothers and the refusal of recognition of a child by the social mother or father of the couple.

**KEYWORDS**: Homosexuality, Homosexual, Sexual freedom, Surrogate mother, Social father

# PLAN

## Introduction

### **I. Une sexualité autorisée**

- A. Pour la préservation des valeurs constitutionnelles du droit et protection de l'intérêt juridique de l'enfant.
- B. Pour le respect des droits des parents et la liberté sexuelle

### **II. Une sexualité limitée**

- A. Refus de recours aux mères porteuses
- B. Refus de reconnaissance d'un enfant par la mère ou père social du couple

## Conclusion

## INTRODUCTION

Le mot homosexualité est apparu pour la première fois grâce à Karoly Maria Benkert ou kertbeny, homme de lettres hongroise et germanophone. Il a mentionné le mot d'abord dans son courrier privé du 6 mai 1868 avec Karl Heinrich, ensuite en public à partir de 1869<sup>1</sup>. En 1869, l'homosexualité est apparue dans la littérature allemande d'une façon anonyme. Havelock Ellis, précise que c'est un néologisme barbare jailli d'un amalgame horrible des racines grecques et latines<sup>2</sup>. Grâce à Charles Gilbert Chaddock, pour la première fois vers 1890, ce mot est apparu en anglais. L'emploi de son usage par J.A Symonds était dans une lettre en 1892 pour présenter la sexualité entre deux personnes de même sexe<sup>3</sup>.

Nous empruntons cette présentation des rapports homosexuels à Flora Leroy-Forgeot. D'après elle, le droit romain et le droit canon nomment les rapports homosexuels par le vocable *sturprum* qui signifie un abus sexuel, en spécifiant par le complément de nom s'il s'agit des actes réalisés avec des hommes ou des garçons<sup>4</sup>. Depuis le IIIe siècle, Le *sturprum* désigne en premier lieu un acte sexuel commis avec violence, et en second lieu une homosexualité passive, puis en troisième lieu, élargie à d'autres formes sexuelles illégales<sup>5</sup>. L'interprétation dans un premier temps est un abus<sup>6</sup>. Dans un second temps, l'infraction ou le péché est constitué par une simple commission de l'acte<sup>7</sup>. Les homosexuels sont ensuite nommés par les termes « sodomites » et « bougre », en latin, puis dans leur similaire morphologique des différentes langues européennes<sup>8</sup>. Une première mention du terme « sodomie » se trouve dans la nouvelle 141 de Justinien, comme le précise Voltaire (de la sodomie)<sup>9</sup>. D'après les textes et les époques, une sodomie peut renvoyer à trois explications différentes ou confondues : une relation entre des personnes d'un même sexe ; toute relation sexuelle qui est une déviation d'un coït hétérosexuel, en d'autres termes les relations orales ou anales entre les hommes ou entre les hommes et les femmes, la zoophilie<sup>10</sup>.

Le mot « bougre » est apparu en France au XIIIe siècle et exprime à la fois homosexuel et hérétique, par une référence aux imputations portées contre les groupes hérétiques et spécialement les cathares<sup>11</sup>. Il se répand pareillement de manière large en Europe, le sodomite devient un modèle de l'hérétique. Le mot est remplacé par « pédéraste » ou « infâme » en France au XVIIIe siècle, le second étant plus usuel dans les archives de police<sup>12</sup>. D'après l'auteur, les

---

<sup>1</sup>MENDÈS-LEITE Rommel, DESCHAMPS Catherine, PROTH Bruno-Marcel, *Bisexualité : le dernier tabou*, Paris : Calmann-Lévy, 1996, 279 p.

<sup>2</sup>SPENCER Colin, *Histoire de l'homosexualité. De l'Antiquité à nos jours*, Paris : Le Pré aux Clercs, 1998, 472 p, p.10.

<sup>3</sup> *Id.*

<sup>4</sup> LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris : PUF, 1997, p.4.

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris : PUF, 1997, p.4.

<sup>12</sup> *Id.*

rapports homosexuels étaient comme un abus sexuel par le droit romain. Ce sont des relations sexuelles orales ou anales entre hommes ou entre femmes. De manière brève, ce sont des actes abusifs, violents et illégaux.

Au vu de tous ces détails, quelles définitions et caractéristiques peut-on donner au mot homosexuel ? Homosexualité ?

La bible ne donne aucun nom précis au mot homosexuel. Elle considère l'homosexuel comme deux hommes qui ont ensemble des relations sexuelles. L'homosexualité féminine n'a pas une définition et elle ne figure pas dans les textes judéo-chrétiens<sup>13</sup>.

Le concept homosexuel se définit comme une personne qui éprouve une attirance sexuelle pour les personnes de son sexe<sup>14</sup>. C'est celui ou celle qui a des rapports sexuels avec des personnes du même sexe que lui ou elle<sup>15</sup>.

La sexualité des personnes de même sexe ou homosexuels peut-elle conférer des droits ?

De nos jours, avec l'évolution des mentalités, le regard sur des personnes homosexuelles a changé.

En 1975, la vision de la Commission européenne<sup>16</sup> des droits de l'Homme concernant, l'homosexualité a commencé, a changé à partir de L'Affaire X c/République fédérale d'Allemagne du 30 septembre 1975. Son point de vue concernant l'homosexualité se basait sur le respect de la vie privée et familiale des homosexuels. La commission est revenue sur l'article 8 qu'elle écartait avant. Dans cette affaire, les juges allemands se fondent sur l'article 175 du Code pénal pour prononcer la condamnation du requérant à deux ans et demi de prison pour « avoir commis des actes impudiques avec des personnes du même sexe dont quelques-uns étaient des enfants »<sup>17</sup>. L'argument du requérant devant la commission était une violation du droit au respect de sa vie privée.

Depuis le revirement jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'Homme en 1975 sur l'homosexualité, la Commission européenne des droits de l'Homme reçoit des requêtes homosexuelles qui se fondent sur le droit au respect d'une vie privée.<sup>18</sup>

La suppression de toute pénalisation de l'homosexualité impliquant des personnes de plus de 15 ans, âge de la majorité sexuelle était par la loi le 4 août 1982.

---

<sup>13</sup> LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris : PUF, 1997, p.3

<sup>14</sup> LAROUSSE, *Le petit Larousse illustré : en couleur*, Paris : Larousse, 2009. 1812 p. p.507.

<sup>15</sup> SPIRY E., *Homosexualité et droit international des droits de l'Homme, vers une nouvelle donne en Europe ?* RTDH, 1996, p.321 et s.

<sup>16</sup> Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 30 septembre 1975, req. n° 5935/72, Affaire X. c/République fédérale d'Allemagne, Décisions et rapports n° 3, p.46 et s.

<sup>17</sup> *Id.*

<sup>18</sup> HILT Patrice, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (Préface), *Le couple et la convention européenne des Droits de l'Homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence : PUM, 2004, 455 p, p.347.

Avant, le concubinage homosexuel était un refus aux personnes homosexuelles. En ce sens, la Cour de cassation<sup>19</sup> dans ses conclusions soulignait qu'une vie commune de deux personnes qui décident de vivre comme des époux sans autant s'unir ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme.

Les règles conventionnelles applicables au couple non marié sont respectées intégralement par le droit français<sup>20</sup>. Il est même allé plus loin des exigences de l'Europe en alignant à certains égards la sauvegarde du couple hétérosexuel non marié sur celle du couple marié ou encore en consacrant la vie de famille homosexuelle<sup>21</sup>. De ce fait, il se situe dans la nouvelle tendance du droit interne de la plupart des pays européens<sup>22</sup>.

L'Organisation mondiale de la santé a retiré l'homosexualité de la liste des maladies mentales en 1990.

Depuis le 10 juin 2003 dans la province de l'Ontario,<sup>23</sup> les homosexuels peuvent se marier civilement. Il en est de même en ce qui concerne la province de Colombie britannique<sup>24</sup> depuis le 8 juillet 2003 et la province du Québec<sup>25</sup> depuis le 19 mars 2004.

L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007 dispose que : le droit de s'épouser et le droit de bâtir une famille sont protégés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice<sup>26</sup>.

En mai 2004, Noël Mamère, maire de Bègles a fait une publication des bans pour unir deux hommes en arguant qu'il n'existe nulle part dans le Code civil la différence de sexe.

Pourtant, il se pose clairement, les conditions de validité d'une absence de parenté, d'un manque de mariage précédent non dissous et d'un consentement. Ainsi, le mariage homosexuel devrait être autorisé sans avertir qui que ce soit, déclarent Martin Zeller et Wandrille<sup>27</sup>. Nonobstant le désaccord de certains Français et procureurs de la République, la célébration du mariage a eu lieu le 5 juin 2004. Mais en juillet 2004, le Tribunal de grande instance de Bordeaux a refusé de reconnaître l'acte de mariage. La Cour d'appel était du même avis en confirmant le jugement des premiers juges le 19 avril 2005. Déçus, les deux hommes se sont pourvus en cassation. Mais, ils n'ont pas gagné le procès.

Dans cette affaire du mariage de Bègles, la Cour de cassation<sup>28</sup> avait bel et bien précisé que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'avait pas en France une force

---

<sup>19</sup> Cass.1<sup>ère</sup> Civ., 11 juillet 1989, D.1990, jurisp, p. 582 et s. note Ph. Malaurie.

<sup>20</sup> HILT Patrice, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (Préface), *Le couple et la convention européenne des Droits de l'Homme. Op. Cit.*, p.393.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Ibid*

<sup>23</sup> Cour d'Appel de l'Ontario, 10 juin 2003, Halpern c/Canada.

<sup>24</sup> Cour d'Appel de la Colombie britannique, 1<sup>er</sup> mai 2003 Egale Canada c/Canada.

<sup>25</sup> Cour d'Appel du Québec, 19 mars 2004, Ligue Catholique c/ Hendricks.

<sup>26</sup> OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme : Textes français et internationaux*, Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2011, 957 p, p.161.

<sup>27</sup> ZELLER Martin, WANDRILLE, *Le débat pour tous : mariage contre manif*, Paris : Steinkis, 2013, 303 p, p.19.

<sup>28</sup> Civ. 1, 13 mars 2007, D., 2007, p. 1375, chr. Par H. FULCHIRON, p. 1389, rapp. G. Pluyette ; note E. AGOSTINI, RTDC, 2007, p. 287, obs. J. P. MARGUENAUD, p. 315, obs. J. HAUSSER.

obligatoire<sup>29</sup>. Si ce dernier élément est une modification dans la charte des droits fondamentaux, entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, il n'est pas facile que la Cour de cassation change sa jurisprudence à l'avenir. Parce qu'elle a jugé, dans cette affaire que cette charte ne réfute pas le principe suivant lequel, en législation française, le mariage est une union entre l'homme et la femme<sup>30</sup>. Il est vrai que tout en étant novateur, la charte renvoie aux législations des États membres<sup>31</sup>. Par exemple, le droit de s'épouser est garanti par la Charte conformément avec les lois nationales qui dirigent l'exercice de ces droits<sup>32</sup>. Ce qui les exhorte à prendre en considération qu'elle n'est pas une difficulté au maintien d'une interdiction du mariage homosexuel<sup>33</sup>.

Dans le même sens, il est à noter que les droits de l'Homme n'obligent pas les États d'accepter le mariage homosexuel dans leur territoire. Il revient à chaque pays membre de décider s'il peut l'instaurer dans son ordre juridique. En ce sens, nous avons l'arrêt *Schalk et Kopf /c Autriche du 24 juin 2010*.<sup>34</sup> La Cour européenne note que l'article 12<sup>35</sup> de la Convention consacre, certes, le droit de se marier, mais chaque État membre est libre de décider de l'acceptation du mariage homosexuel dans son ordre juridique.

La Cour européenne des droits de l'Homme souligne qu'un mariage a des origines sociales profondes et une compréhension des cultures qui le représentent est différente d'un groupe à un autre<sup>36</sup>. Elle conclut qu'elle ne devait pas ainsi accélérer pour suppléer son propre jugement à la place des autorités nationales, mieux situées pour une évaluation et une réponse aux besoins d'une société<sup>37</sup>.

Dans le continent africain, l'Afrique du Sud fait exception. Pierre de Vos<sup>38</sup> (1998) souligne que : Lorsque l'Afrique du Sud s'est transformée en une démocratie en 1994, sa Constitution de transition nouvellement écrite devint la première au monde à intégrer une disposition de non-discrimination selon des préférences sexuelles<sup>39</sup>. Une disposition comparable a aussi été incluse

---

<sup>29</sup>DANIS-FATÔME Anne, « Le « non » Français au mariage homosexuel-Une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne. » Conseil constitutionnel (fr), Q.P.C, Mme Corine c. e. a, 28 janvier 2011, in RTDH, n° 89, 1<sup>er</sup> janvier 2012, pp. 172-173.

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup>CEDH, 24 juin 2010, SCHALK et KOPF c. Autriche, req. 30141/04, Rec. 2010, JCP G 2010, 1013, obs. H. Fulchiron.

<sup>35</sup> Article 12 de la Conv EDH : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

<sup>36</sup>CEDH, 24 juin 2010, SCHALK et KOPF c. Autriche, req. 30141/04, 1<sup>ère</sup> section, Rec. 2010, § 58 précité.

<sup>37</sup>DANIS-FATÔME Anne, « Le « non » Français au mariage homosexuel-Une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne. » Conseil constitutionnel (fr), Q.P.C, Mme Corine c. e. a, 28 janvier 2011, in RTDH, n° 89, 1<sup>er</sup> janvier 2012, p.151.

<sup>38</sup>DE VOS Pierre, « Une nation aux couleurs de l'arc-en-ciel ? Égalité et préférences : la Constitution de l'Afrique du Sud », in BORRILLO Daniel, homosexualités et droit, Paris : PUF, 1998, 335 p, p.274.

<sup>39</sup>*Id.*

dans la constitution définitive, parlementé en 1995 et 1996 par une Assemblée constituante démocratiquement élue et applicable le 1<sup>er</sup> février 1997<sup>40</sup>.

Une loi de 2006 a légalisé le mariage homosexuel. La Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a consacré le mariage des couples de même sexe en s'appuyant sur l'article 9 de la constitution qui consacre le principe de l'égalité.

Aux États-Unis, la constitution de l'État fédéré est différente de celle de l'État fédéral. Les interventions des juges et du législateur concernant le mariage de même sexe se croisent. C'est la Cour suprême de l'État d'Hawaï qui est la toute première à accepter en 1993<sup>41</sup> l'union des personnes de même sexe.

Errante Edward<sup>42</sup> souligne que la cour considère qu'en repoussant le mariage des personnes de même sexe, expressément puisqu'elles sont de sexes identiques, la loi crée une classification en raison du sexe. Un classement basé sur le sexe est purement une différence entre personnes établies sur des critères sexuels. Par conséquent, interdire à un homme le droit de s'unir avec un autre homme, puisqu'il est de sexe masculin, ou inversement, à une femme le droit de se marier avec une partenaire femme, parce qu'elle est de sexe féminin, l'État d'Hawaï établit une classification en raison du sexe<sup>43</sup>.

Ensuite, la Cour suprême de l'Alaska, du Vermont et du Connecticut a également admis le mariage des personnes de même sexe. L'État fédéré s'appuie sur la voie jurisprudentielle pour reconnaître le mariage de même sexe. Cependant, l'État fédéral opte pour la voie législative.

En novembre 2003<sup>44</sup>, la Cour suprême de L'État du Massachusetts a admis le mariage homosexuel.

En 2007, la Cour de cassation a précisé dans sa décision que : « *Le mariage est l'Union d'un homme et d'une femme.* »<sup>45</sup> Mais, dans d'autres pays, les mariages des personnes de même sexe se célèbrent. Ils estiment qu'il relève de l'égalité des droits entre les citoyens.

En 2008<sup>46</sup> aux États-Unis, la Cour suprême de l'État de Californie a autorisé le mariage entre personnes de même sexe. Depuis le 26 juin 2015, la Cour suprême des États-Unis a légalisé le mariage homosexuel dans tous les États. Anthony Kennedy, juge de la Cour suprême, s'est

---

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Cour suprême de l'Etat de Hawaï, 5 mai 1993, Baehr v. Lewin.

<sup>42</sup> ERRANTE edward, « *Le mariage homosexuel aux États-Unis : les arrêts des tribunaux de l'Etat de Hawaï et leurs implications au niveau national*, in BORRILLO Daniel, homosexualités et droit, Paris : PUF, 1998, 335 p, p.300.

<sup>43</sup> « 852 P.2d at 53, n. 14. La Cour suprême a refusé de considérer que cette affaire soulevait un problème de mariage homosexuel, la considérant plutôt comme une question de mariage entre individus de même sexe. En fait, la loi hawaïenne sur le mariage n'interdit pas le mariage des homosexuels, et l'hétérosexualité des candidats au mariage n'est pas une des conditions pour l'obtention du permis de mariage. Hawaï Revised Statutes, § 572-1 (1985). » (BORRILLO Daniel, homosexualités et droit, Paris : PUF, 1998, 335 p, p.300.)

<sup>44</sup> Cour suprême du Massachusetts, 18 novembre 2003. Goodridge c/Département of public health.

<sup>45</sup> Cour de Cassation, Civ, 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007.

<sup>46</sup> Cour Suprême de Californie, 16 mai 2008.



prononcé au nom de la majorité pour l'admission dans l'ensemble du territoire américain. Il écrit que : « *Au nom de l'égalité de tous devant la loi, le 14<sup>e</sup> Amendement requiert d'un état qu'il célèbre un mariage entre deux personnes de même sexe.* »<sup>47</sup>

Dans les systèmes de Common Law, ce sont les juges qui décident pour l'admission d'un texte de loi. Cependant, dans les pays européens, qui ont autorisé le mariage de même sexe, c'est par intervention de la loi et non des interprétations jurisprudentielles. C'est le cas par exemple de l'Espagne, des Pays-Bas et de la Belgique.

Le projet de loi<sup>48</sup> « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de mêmes sexes* » est confirmé et adoptée par le gouvernement français compte tenu de l'engagement de François Hollande<sup>49</sup> en faveur des personnes homosexuelles. Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013<sup>50</sup> accepte l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013<sup>51</sup> admet le mariage des personnes de même sexe. La différence de sexe n'est plus une exigence au mariage<sup>52</sup>.

Si la différence de sexe n'est plus une exigence au mariage, l'égalité de sexe pour un couple de même sexe confère-t-elle des droits spécifiques au mariage ?

La société ancienne a toujours considéré que le mariage ne peut avoir lieu qu'entre un homme et une femme, parce que selon elle, le grand intérêt du mariage est la procréation afin de fonder une famille. Un ancien arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903 insiste sur la reconnaissance et la distinction du sexe de chacun des époux.

Flora Leroy-Forgeot souligne que la multiplicité historique des buts et formes du mariage a concouru à en faire une notion polysémique<sup>53</sup>. Il peut exprimer une union définitive de deux personnes dans une relation sexuelle, une liturgie, une exploration sociale, une sauvegarde du patrimoine, une consolidation de la structure familiale après la naissance des enfants<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> [En ligne et consulté le 2 juillet 2015]

Le mariage homosexuel légalisé partout aux États-Unis, in le figaro.fr, publié le 26 juin 2015.

<sup>48</sup> Projet de loi n° 344, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 7 novembre 2012, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

<sup>49</sup>HOLLANDE François, « *Election présidentielle 22 avril 2012, le changement, le projet, les 60 engagements, pour la France* » ; engagement 31 : « *J'ouvrirai le mariage et l'adoption aux couples homosexuels* », [www.parti-socialiste.fr](http://www.parti-socialiste.fr) ; LECLAIR Agnès, « *le Gouvernement annonce le mariage gay pour 2013* », 29 juin 2012, [www.leparisien.fr](http://www.leparisien.fr)

<sup>50</sup> LEBORGNE Anne, « *Marions-les, marions-les* » in Revue juridique personnes et famille (RJPF), juin 2013, n° 6, p.6.

<sup>51</sup>JORF n° 00114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3 ; Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

<sup>52</sup> Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 (RTD civ. 2011. 326, obs. J. Hauser ; Dr.fam. 2011, comm. n° 32, R. Ouedraogo ; AJ fam. 2011. 157, obs. F. Chénéidé ; Lexbase N4960BR7, obs. A.Gouttenoire).

<sup>53</sup> LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris : PUF, 1997, p103.

<sup>54</sup> *Id.*

La plupart des textes de doctrine civiliste se servent de l'argumentation avancée par Daniel Borrillo pour refuser les unions de même sexe<sup>55</sup>. Ces arguments concernent une finalité de reproduction dans le mariage, une nature, le danger pour un enfant et pour une culture, une récompense, un ordre canonique et une tradition. Ils touchent également la sensibilité d'une France profonde, une supériorité économique des couples homosexuels, une finalité purement matérielle des unions d'un même sexe. Ils se rapportent aussi à une fraude à la sécurité sociale, et enfin un nombre moins important des demandeurs dans les pays qui reconnaissent des unions d'un même sexe<sup>56</sup>.

Sur le plan historique, la seule constitution française ayant fait mention du mariage est celle du 3 septembre 1791 dont l'article 7 disposait que *la loi ne prend en compte le mariage qu'à l'instar d'un contrat civil*<sup>57</sup>.

Il paraît que de nos jours, le mariage est une institution et sa qualification juridique se détermine en fonction des conditions imposées du système juridique de chaque pays. Les conditions du mariage peuvent progresser de manière législative ou jurisprudentielle. Considérer le mariage comme un sacrement hétérosexuel monogame contrarie l'acceptation du mariage des homosexuels dans l'opinion publique. L'acceptation du mariage pour les couples de même sexe consiste à supprimer les discriminations dont souffrent ces couples concernant leur orientation sexuelle.

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que « *la conjugalité homosexuelle constituait une vie familiale protégée par la convention au titre de l'article 8*<sup>58</sup> . »<sup>59</sup>

Gérard Cornu souligne que : si les alliances autres qu'hétérosexuelles ont droit au respect d'une vie privée, elles n'ont aucune consécration à espérer d'une société<sup>60</sup>. Parce que cette dernière a pour principe par exemple de vie, de subsistance, une hétérosexualité qui la fait naître, grandir et se multiplier de génération en génération, de sorte que toute alliance autre qu'hétérosexuelle est une liberté et non une institution, se mettant elle-même sur ce point, abstraction faite du pacte social et d'une égalité civile<sup>61</sup>.

Selon l'auteur, l'acte hétérosexuel est supérieur à l'acte homosexuel ; et les unions homosexuelles sont hors d'une égalité civile ; d'où, une justification de l'acte sexuel par des discriminations.

---

<sup>55</sup> BORRILLO Daniel (dir), *Au-delà du PACS : l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris : PUF, 2001, pp. 164-172

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> LEBORGNE Anne, « *Marions-les, marions-les* » in *Revue juridique personnes et famille (RJPF)*, juin 2013, n° 6, p.7.

<sup>58</sup> CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, §§94-95 ; P.B. et J.S.

<sup>59</sup> *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 93 du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

<sup>60</sup> CORNU Gérard, *Droit civil. La famille, Montchrestien*, 5<sup>e</sup> ed, p. 74, note de bas de page n° 8.

<sup>61</sup> *Id.*

Selon Daniel Borrillo, les juristes ont des avis partagés concernant le mariage des personnes de même sexe. Certains soutiennent le modèle de la famille patriarcale ; d'autres disent que la famille doit se fonder sur le modèle hétérosexuel. Puis, il existe une autre catégorie qui a une conception de la famille avec pour base l'égalité entre les sexes, les filiations et la non-discrimination entre les orientations sexuelles<sup>62</sup>. Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne les couples de même sexe, en droit français, la sexualité des homosexuels est autorisée **(I)**, mais elle a des limites **(II)**

### **I. Une sexualité autorisée.**

La sexualité est un moyen de communication, de partage et d'échange. Les homosexuels sont en droit de pratiquer les mêmes jeux amoureux comme les hétérosexuels. Ces jeux concernent le partage de tendresse, les câlins, le toucher, les caresses.

Il semble que les actes sexuels vécus pendant l'enfance ou l'adolescence « initient » fréquemment les hommes en matière d'homosexualité.<sup>63</sup> Contrairement, les femmes essayent de s'exercer à travers des relations plus émotives et tendres. Dans ce deuxième point de vue qui peut certainement aussi exister chez les hommes, la personne connaît avant tout un plaisir et des sentiments. Puis, elle passe aux actes<sup>64</sup>.

D'après Patrick Palège faire l'amour est un échange, une disponibilité, une attention à l'autre et l'envie de lui procurer du plaisir<sup>65</sup>.

L'autorisation d'une sexualité sans discrimination peut-elle conférer des droits aux concernés ?

La sexualité des homosexuels est admise d'une part pour préserver les valeurs constitutionnelles du droit et protéger l'intérêt juridique de l'enfant **(A)** ; pour le respect des droits des parents et la liberté sexuelle **(B)** d'autre part.

### **A. Pour la préservation des valeurs constitutionnelles du droit et protection de l'intérêt juridique de l'enfant.**

---

<sup>62</sup> BORRILLO Daniel (dir), *au-delà du PACS : l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris : PUF, 2001, p.181.

<sup>63</sup> PALEGE Patrick, PICOD Chantal, *Éduquer à la sexualité. Un enjeu de société*, Paris : Dunod, 2006, 262 p, p.78.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, p.196.

D'après les explications d'Emmanuel Bouvier<sup>66</sup>, l'homoparentalité ne correspond à aucune institution ; ce n'est pas un concept juridique. C'est un néologisme inventé en 1997 par l'Association des Parents gay et lesbiens (APGL) pour désigner toutes les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte qui s'auto-désigne homosexuel est le parent d'au moins un enfant.

La vigilance, la délicatesse, la prudence, les soins, constituent l'objet majeur, pédocentrisme, porté sur un enfant. Quoi qu'il en soit, il est toujours comme victime et mérite protection.

Il est vrai que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est primordiale, spécifique. Peut-on parler d'un intérêt spécifique de l'enfant dans la mesure où seules des personnes mûres peuvent faire des complots pour la détermination des pères et mères de l'enfant ? Que ressentiront ces enfants lorsqu'ils se rendront compte qu'ils étaient dans un ventre en état de grossesse pour de l'argent et qu'ils étaient dans l'abandon par la suite ? Ces enfants pourront-ils demander la réparation du préjudice subi ?

Un enfant issu d'une gestation pour autrui a pour intérêt de voir la reconnaissance de sa filiation.

La chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 septembre 2010, ou encore du 4 février 1998 juge que l'enfant issu d'un viol peut demander réparation de son préjudice moral. Il doit invoquer le traumatisme psychologique lié aux circonstances de la conception.

Le viol tout comme la gestation pour autrui sont illicites.

Il semble que l'homosexualité n'est pas une difficulté, un problème pour les enfants. C'est l'interprétation des adultes qui les bouleverse. Elle est incongrue. Il paraît également que l'homosexualité ne touche pas seulement la sexualité. C'est une manière de vivre, de se comporter, d'être. Les homosexuels sont victimes de discrimination pour leur orientation sexuelle. Pourtant leur union concerne aussi le droit à une vie familiale du couple, le droit à une égalité sexuelle comme les hétérosexuelles et le droit d'adopter des enfants. Il n'existe aucune différence entre l'éducation, le comportement, des enfants élevées dans les familles hétérosexuelles et les familles homoparentales.

Leur différence, ce n'est pas simplement une autre sexualité ou ce que l'on qualifie de nos jours, une autre « orientation sexuelle »<sup>67</sup>. C'est également et particulièrement, une autre manière de désirer faire couple : un couple de deux hommes ou un couple de deux femmes<sup>68</sup>. C'est

---

<sup>66</sup>BOUVIER Emmanuel, *Couples de même sexe et homoparentalité*, Thèse soutenue le 22 janvier 2010, Université Paris 8 et premier prix de thèse ex aequo du centre français de droit comparé en 2010 ; voir MONEGER Françoise, *L'Homoparentalité (Table ronde du Centre français de droit comparé, Paris, 17 novembre 2011)*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 1 ; janvier-mars 2012, 64<sup>e</sup> année, 368 p, p.1 ; voir GROSS Martine, *l'homoparentalité*, Paris : PUF, 2007, 127 p, p.7.

<sup>67</sup>RENCHON Jean-louis, « *Une filiation monosexuée* », in FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.241.

<sup>68</sup>*Id.*

pareillement, et encore, une autre façon de souhaiter constituer une famille, pour accueillir et élever, au sein d'un couple de même sexe, un ou beaucoup d'enfants.<sup>69</sup>

Dans l'arrêt Fretté contre la France du 26 février 2002, la France a exclu le célibataire du droit d'adoption. La Cour EDH souligne que dans les États membres du Conseil de l'Europe, force est d'observer qu'il n'existe pas un dénominateur commun dans ce domaine<sup>70</sup>. Même si une majorité des États contractants ne prévoient pas expressément, exclusion des homosexuels d'une adoption, quand celle-ci est une ouverture aux personnes célibataires<sup>71</sup>. On chercherait inutilement dans un ordre juridique et social des États contractants des principes qui sont uniformes sur ces problèmes de société sur lesquelles de profonds désaccords d'opinions peuvent bien dominer dans un état démocratique<sup>72</sup>. Les questions difficiles soulevées dans l'espèce concernent des domaines où il n'y a presque pas une communauté des vues entre le cas les États membres du conseil de l'Europe. Il faut donc accorder une grande marge d'appréciation aux autorités de chaque État<sup>73</sup>.

La loi<sup>74</sup> française du 15 novembre 1999 prend en compte la vie familiale du couple homosexuel non marié, alors que la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours exclu les relations homosexuelles du domaine de la vie de famille<sup>75</sup>.

La loi du 17 mai 2013 protège les familles issues des couples de même sexe. Elle a innové en matière de filiation adoptive et admet l'avantage que constituent dans la vie d'un enfant un établissement et le maintien des relations avec autrui : la parentalité a fait officiellement son entrée dans le droit de l'autorité parentale<sup>76</sup>.

Pour une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant, il est nécessaire de respecter les droits des parents et leur liberté sexuelle.

## **B. Pour le respect des droits des parents et la liberté sexuelle.**

Les parents homosexuels doivent jouir des mêmes droits que les parents hétérosexuels. Au nom de la liberté sexuelle, la sexualité des homosexuels mérite du respect, car la vie sexuelle est un élément d'une vie privée.

---

<sup>69</sup>*Ibid.*

<sup>70</sup> CEDH, 26 février 2002, FRETTE c. France, req. 36515/97, Rec. 2002-III, § 41.

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

<sup>75</sup> HILT Patrice, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (Préface), *Le couple et la convention européenne des Droits de l'Homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence : PUM, 2004, 455 p, p.356.

<sup>76</sup>FROSSARD L., « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », Petites affiches, 4 juillet 2013 n° 133, p.37.

Dans l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal*, la cour de Strasbourg considère que l'homosexualité ne peut constituer un motif compatible avec les articles 8 et 14 de la convention pour empêcher à un père la garde de son enfant<sup>77</sup>.

Selon Daniel Borrillo, dans la société démocratique, la liberté sexuelle consiste en la faculté d'un individu à agir érotiquement sans exigence<sup>78</sup>.

Une jurisprudence<sup>79</sup> du 20 décembre 1990 du tribunal administratif de Paris considère que la liberté sexuelle est en liaison avec le fondement d'une famille. Les rapports sexuels entre époux sont une preuve de respect d'une vie familiale. Pourtant en matière de relation sexuelle, il n'existe aucune limite.

La liberté sexuelle est en rapport avec l'orientation sexuelle et le respect d'une vie privée. Chaque individu est libre d'avoir les relations sexuelles de son choix.

La Cour européenne des Droits de l'Homme précise que :

Le droit d'entretenir des relations sexuelles résulte du droit de disposer de son corps, partie intégrante, d'une notion d'autonomie personnelle<sup>80</sup>. Et « que l'expression vie privée » est vaste et ne peut se prêter à une définition exhaustive. Des éléments comme un sexe, une orientation sexuelle et une vie sexuelle sont des composantes considérables du domaine personnel que l'article 8 protège.<sup>81</sup>

Une conduite sexuelle peut être une sanction s'il existe une réglementation pénale. C'est le cas de l'homosexualité masculine qui auparavant constituait un crime même entre adultes consentants notamment au Royaume-Uni et en Irlande du Nord.<sup>82</sup>

La Cour européenne des droits de l'Homme souligne dans l'arrêt *Dudgeon*<sup>83</sup> c. Royaume-Uni qu'un acte d'homosexualité ne doit pas avoir une qualification de crime parce qu'il entre dans un aspect très intime d'une vie privée.

---

<sup>77</sup> CEDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c. Portugal*, req. 3329096, Rec. 1999-IX : 385, 388.

<sup>78</sup> BORRILLO Daniel, *Le droit des sexualités*, Paris : PUF, 2009, 233 p, p. 80.

<sup>79</sup> TA Paris, 20 décembre 1990, M. et Mme B, RFDA 1992, p.545, conclusions MONTCHAMBERT Sabine : « Il résulte des principes généraux du droit, et notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la constitution du 8 octobre 1958, que les nationaux ont le droit de mener une vie familiale normale ; que les relations sexuelles entre époux sont une manifestation de ce droit. »

<sup>80</sup> CEDH, 17 février 2005, K. A. et A.D. c/Belgique, JCP 2005, I, 158, obs. F. Sudre ; RTD civ. 2005, p.341, obs. J.-P. MARGUENAUD, §3.

<sup>81</sup> CEDH, 17 février 2005, K.A et A.D c. Belgique, req. 42 758/98 et 45 558/99, §79.

<sup>82</sup> GONZALEZ Gérard, « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », in DOUMBE-BILLE Stéphane, *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2012, 277 p, pp.103-113.

<sup>83</sup> CEDH, 22 octobre 1981, DUDGEON c. Royaume-Uni, req. 7525/76, A.45, §52.

La cour avait rappelé en 1997 dans l'arrêt *Laskey Jaggard et Broxn c/Royaume-Uni* qu' « *il ne fait aucun doute que les tendances et les comportements sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée* »<sup>84</sup>.

Adeline Gouttenoire souligne que si la question d'une orientation sexuelle touche principalement les homosexuels dans la jurisprudence de Strasbourg, elle comprend néanmoins aussi les pratiques sadomasochistes. Elles ont en outre fait l'objet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>85</sup>. La jurisprudence de cette dernière concernant les personnes homosexuelles est riche et évolutive<sup>86</sup>. Elle a, effectivement, donné lieu à une évolution dans le temps entre les premiers arrêts qui sanctionnaient la pénalisation d'une homosexualité<sup>87</sup>. Puis l'arrêt *Fretté c/France* du 26 février 2002<sup>88</sup> permet le refus d'un agrément pour adopter. Le motif est qu'un candidat à une adoption était homosexuel. Incidemment par une censure des restrictions des droits parentaux d'un père homosexuel dans l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta* de 1999<sup>89</sup>, soit par celle d'une élimination des homosexuels d'une armée britannique dans les arrêts *Smith et Grady*<sup>90</sup> une même année. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme touche en même temps un homosexuel comme un individu<sup>91</sup>, aussi bien qu'un membre du couple<sup>92</sup> et en tant que parent<sup>93</sup>. Les pratiques

---

<sup>84</sup>CEDH, 19 février 1997, *LASKEY et autres c. Royaume-Uni*, req. 21974/93, Rec 1997-I, §36, note de J.-M Larralde, D. 1998, jurisp, p.97 et s.

<sup>85</sup>GOUTTENOIRE Adeline, « Sexe, sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris : Pédone, Collection Droits européens, 2007, 156 p, pp. 19-30.

<sup>86</sup>*Id.*

<sup>87</sup>CEDH, 26 oct. 1988, *Dudgeon c. Royaume-Uni et Norris c. Irlande*, GACEDH n° 41 (cependant précédés de décisions rendues sur ce point par la commission dès 1955). Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit..

<sup>88</sup> CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, note et comm A. Gouttenoire-CORNU et F. SUDRE, JCP, G, 2002, II, 10074. Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit.

<sup>89</sup>CEDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal*, Dr Fam., 2000, comm. n 145, obs. A. GOUTTENOIRE. Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit.

<sup>90</sup> CEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c/Royaume-Uni*, RTD Civ. 1999, p. 917, obs. J.-P. MARGUENAUD.

<sup>91</sup>CEDH, 22 octobre 2005, *Dugeon c. Royaume-Uni*, préc. CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, préc. Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit.

<sup>92</sup> CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, RDP 2004, p. 841, obs. M. LEVINET, à propos du droit au bail. Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit.

<sup>93</sup>CEDH, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* préc. ; CEDH, *Fretté c. France* préc. Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit.

sadomasochistes découlant à coup sûr d'une orientation sexuelle, au sens le plus étendu du terme, il faut aussi intégrer dans ce sujet une répression pénale des comportements sadomasochistes. Elle s'adresse à la Cour européenne dans les arrêts *Laskey Jaggard et Brown c/Royaume-Uni* du 19 février 1997<sup>94</sup> et *K.A et A.D. c/Belgique* du 17 février 2005<sup>95</sup>»<sup>96</sup>.

D'après l'affaire *Toonen c/Australie*<sup>97</sup> du 4 avril 1994, l'interdiction des relations sexuelles entre personnes de même sexe est une violation du droit à la vie privée ; il y a eu violation de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), ou relatif à la vie privée. L'interdiction d'une discrimination pour des raisons qui se fondent sur le sexe est une interprétation par le comité comme intégrant une orientation sexuelle.

Le paragraphe 96 de la déclaration de Beijing<sup>98</sup> dispose que : « *Les droits fondamentaux des femmes comprennent le droit d'être maîtresse de leur sexualité, y compris leur santé en matière de sexualité et de procréation, sans aucune contrainte, discrimination ou violence, et de prendre librement et de manière responsable des décisions dans ce domaine. L'égalité entre les femmes et les hommes en ce qui concerne la sexualité et la procréation, y compris le respect total de l'intégrité de la personne, exige le respect mutuel, le consentement et le partage de la responsabilité des comportements sexuels et de leurs conséquences* ».

La Cour européenne des droits de l'Homme admet la protection de la vie privée des personnes homosexuelles. L'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 protège tous les homosexuels sans distinction de sexe.

Mais, il existe une limite à leur sexualité.

## **II. Une sexualité limitée.**

La Commission européenne des droits de l'Homme n'acceptait pas l'acte d'homosexualité dans les années 1970. Elle méprisait la cause homosexuelle<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> D. 1998, p. 97, note J.-M. LARRALDE ; RTDH 1997 p.738, note M. LEVINET. Cité par GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit..

<sup>95</sup> Préc.

<sup>96</sup>GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Op. Cit., pp. 19-30.

<sup>97</sup> Communication n° 488/1992 : Australie, CCPR/c/50/D/488/1992, Nicholas Toonen c. Australie, 4 avril 1994.

<sup>98</sup> ONU, « rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes », Déclaration et programme d'action de Beijing, Beijing, 4-15 septembre 1995, département de l'information, New York, A/CONF. 177/20/Rev.1, 1995.

<sup>99</sup> HILT Patrice, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (Préface), *Le couple et la convention européenne des Droits de l'Homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence : PUM, 2004, 455 p, p.342.



L'article 31 alinéa 2 de l'ancien Code pénal punissait effectivement un acte contre nature avec un mineur de même sexe d'un emprisonnement allant de six mois à trois ans et d'une amende de 10 000 à 15 000 francs<sup>100</sup>. Ce texte puise son inspiration de l'ordonnance du 6 août 1942 qui, pour une première fois par la suite de la Révolution de 1789, avait condamné l'homosexualité sur le plan pénal.<sup>101</sup>

Patrice Hilt et Granet-Lambrechts<sup>102</sup> soulignent qu'une ordonnance du 6 août 1942 admise par le gouvernement de Vichy avait instauré le « *délit d'homosexualité* ». Un acte homosexuel était l'indication d'une expression intitulée « *acte contre nature* ». Il permettait de punir tout acte à connotation sexuelle entre deux personnes de même sexe. En ce temps-là et sous l'influence d'une idéologie nazie, l'homosexualité était comme un crime contre une race<sup>103</sup>. Elle était un acte condamnable, et elle n'avait aucune couverture par l'article 8. Dans de multiples procès, la Commission soulignait que la convention admet à une Haute Partie contractante d'instituer dans sa loi, l'homosexualité en une infraction punissable<sup>104</sup>.

En Afrique, l'hétérosexualité est la forme unique de sexualité en conformité aux normes culturelles africaines. Il semble que l'homosexualité entraîne la perversion de l'authenticité sexuelle africaine, détruit la moralisation d'une vie sexuelle des Africains. La majorité des États en Afrique criminalise l'homosexualité ; c'est une anomalie morale, une violation morale de l'intégrité sexuelle africaine, un comportement qu'il faut punir.

L'homosexualité dans ces pays est un délit, voire un crime passible de 14 ans de prison (Gambie, Kenya), de travaux forcés (Mozambique) ou de la peine capitale (Nigéria, Soudan)<sup>105</sup>. En ce qui concerne le territoire camerounais, L'homosexualité est punie<sup>106</sup>. Le Code pénal du 12 juin 1967 a été changé en 2016. Cependant, les dispositions concernant l'homosexualité n'ont pas été amendées. Les sanctions de l'article 347-1<sup>107</sup> du Code pénal camerounais sont maintenues.

---

<sup>100</sup>*Id.*, pp. 344-345.

<sup>101</sup>*Ibid.*, pp. 344-345.

<sup>102</sup>*Ibid.*, p.345.

<sup>103</sup>*Ibid.*

<sup>104</sup> Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 17 décembre 1955, req. n° 104/55, Affaire X c/République fédérale d'Allemagne, Annuaire vol. I, p.228 et s ; commission européenne des droits de l'Homme, décision du 28 septembre 1956, req. n° 167/56, Affaire X c/ République Fédérale d'Allemagne, Annuaire vol. I, p.235 et s ; commission européenne des droits de l'Homme, décision du 16 décembre 1957, req. n° 261/57, Affaire X c/République Fédérale d'Allemagne, Annuaire vol. I, p. 255 et s ; commission européenne des droits de l'Homme, décision du 18 juin 1963, req. n° 1138/61, Affaire X. c/Autriche, Recueil n° 11, p.. 9, etc.

<sup>105</sup> BORRILO Daniel, *Homosexuels, quels droits ?* p.109.

<sup>106</sup> Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, Cameroun l'homosexualité, 28 juillet 2021 En ligne :

[https://www.ecoi.net/en/file/local/2056901/COI\\_Focus\\_Cameroun\\_L%27homosexualit%C3%A9\\_20210728.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2056901/COI_Focus_Cameroun_L%27homosexualit%C3%A9_20210728.pdf) [En ligne et consulté le 25 octobre 2021 à 4 h]

<sup>107</sup> Article 347-1 du Code pénal : « *Est puni d'un emprisonnement de six (6) mois à cinq ans et d'une amende de vingt mille (20 000) à deux cent mille (200 000) francs, toute personne qui a des rapports sexuels avec une personne de son sexe* ».

La plupart des Africains considèrent que, accepter l'homosexualité, c'est assimiler la sexualité humaine au même titre que la sexualité animale. Ce n'est pas le même point de vue pour toutes les personnes d'autres continents.

Jean-Louis Renchon<sup>108</sup> déclare que depuis longtemps, les homosexuels n'ont pas connu de paix. L'homosexualité a certainement une création à l'égard d'une conception de la sexualité dans plusieurs cultures et surtout dans une structure sociale et judiciaire d'une union conjugale. C'est une distinction qui est venue transformer et mettre en cause ce qui semble correct<sup>109</sup>. Il n'y aurait dans une espèce humaine des relations sexuelles appropriées aux données d'une physiologie qu'entre l'homme et la femme<sup>110</sup>.

Il semble qu'une structure physiologique et anatomique des deux sexes ne se constitue pas d'un seul référent d'une sexualité légitime<sup>111</sup>. Mais, aussi une nature humaine ou tout clairement un psychisme humain peut se former de manière telle qu'une attraction sexuelle se dirige vers un compagnon de même sexe<sup>112</sup>. Les homosexuels sont venus *battre en brèche* ce que l'on avait jusque-là considéré être naturel<sup>113</sup>. Ils ont clarifié que leur nature est différente. Que cette distinction est dans une réalité des choses et ils ont donc réclamé le droit de pouvoir la vivre et l'extérioriser au grand jour<sup>114</sup>.

La cour de Strasbourg a eu l'occasion de signaler que les droits de l'Homme n'obligent pas aux États d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. En ce sens, nous avons l'arrêt Schalk et Kopf /c Autriche du 24 juin 2010<sup>115</sup>. La cour souligne que l'article 12 de la Convention consacre, assurément, le droit de se marier, mais il laisse aussi tacitement à chaque État membre le soin de trancher, si dans son ordre juridique, le mariage homosexuel doit être autorisé<sup>116</sup>.

La limitation concerne beaucoup plus le consentement d'autrui et la protection des mineurs.

Le projet parental des couples homosexuels est de se retourner vers une mère porteuse ou l'adoption s'ils veulent fonder une famille. Mais la législation française limite leur sexualité en leur refusant de recourir aux mères porteuses et le refus de reconnaissance d'enfant pour le père social.

Pourtant, la famille traditionnelle ou famille Père mère-enfant (PME), appelée famille nucléaire, la famille monoparentale, la famille recomposée peuvent avoir recours à la Procréation médicalement assistée (PMA), à l'adoption. Les couples lesbiens peuvent recourir également à

---

<sup>108</sup>RENCHON Jean-Louis, « Une filiation monosexuée », in FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, pp. 237-258.

<sup>109</sup>*Id.*

<sup>110</sup>*Ibid.*

<sup>111</sup>*Ibid.*

<sup>112</sup>RENCHON Jean-Louis, « Une filiation monosexuée, *Op. Cit.*

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup>*Ibid.*

<sup>115</sup> CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk et Kopf/c Autriche, JCP G 2010, 1013, obs. H. Fulchiron.

<sup>116</sup>BOSSE-PLATIÈRE Hubert, « Droit français de la famille et droits de l'Homme : défauts et certificats de conformité », Publié dans informations sociales 2013/1 (n° 175).

la procréation médicalement assistée ; pourquoi refuser le recours aux mères porteuses aux couples homosexuels ? Pour en savoir plus, il serait mieux de voir en détail ce refus de recours aux mères porteuses (A) et le Refus de reconnaissance d'un enfant par la mère ou père social du couple (B).

### **A. Refus de recours aux mères porteuses.**

Anne-Marie Duguet souligne que l'étude de Françoise Shenfield de l'Université collège, hôpital de Londres a examiné les statistiques sur un mois de clinique de 6 pays en Europe : il s'agit de la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la Slovénie, l'Espagne et la Suisse. En généralisant sur une année, le tourisme procréatif représente 20 000 à 25 000 demandes annuelles de traitement<sup>117</sup>. Dans les pays examinés, les femmes venaient surtout d'Italie (32 %), d'Allemagne (14 %), des Pays-Bas (12 %) et la France (9 %). Esquiver aux exigences légales est la motivation de 80 % des Allemands, 71 % des Italiennes et 64 % des Françaises<sup>118</sup>.

Chaque État est libre d'accepter ou de refuser la gestation pour autrui (GPA) sur son territoire. Mais sur le plan international, les États doivent réagir pour des enfants issus des gestations pour autrui (GPA) à l'étranger que les parents d'intentions veulent ramener juridiquement dans leur territoire national.

Malheureusement, la France n'a pas légiféré dans son ordre juridique interne la convention des mères porteuses ou gestation pour autrui.

Depuis 1995, la France interdit les conventions des mères porteuses. L'article 227 alinéas 12 et 227, alinéa 13 du Code pénal prévoit des sanctions pénales. La France éprouve des difficultés pour l'établissement du lien de filiation.

La condamnation de la France par la CEDH était à la suite de l'affaire Dominique et Sylvie Mennesson/c France du 26 juin 2014<sup>119</sup>. Le motif était son refus d'une reconnaissance des enfants nées par gestation pour autrui (GPA) et son rejet d'établissement du lien de filiation juridique entre le couple et leurs jumelles. Les enfants Mennesson, dix ans après leur naissance, n'avaient pas une obtention d'une retranscription de l'acte de naissance américain désignant madame Mennesson comme leur mère.

Les droits de l'homme s'interrogent sur les intérêts des personnes mises en jeu : la mère porteuse, les parents d'intention et l'enfant.

Le droit français s'appuie sur le Code civil. La détermination d'une règle applicable résulte du législateur. Ce dernier écarte la convention de mères porteuses.

---

<sup>117</sup>DUGUET Anne-Marie, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : conséquences pour les couples français et évolution du cadre légal dans certains pays. », in *Revue Médecine & Droit*, Mars-Avril 2014, n° 125, p. 29-60, pp. 46-51. ISSN 1246-7391

<sup>118</sup>*Id*

<sup>119</sup> CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 26 juin 2014, n° 651192/11, MENNESSONc/France : Jurisdata n° 2014-015212.

Mais ce n'est pas une raison en droit d'écarter la vision internationale.

La législation anglaise en revanche, accepte la maternité de substitution. Elle précise qu'un enfant issu d'une mère porteuse est comme l'enfant de cette dernière, même si elle n'a aucune reconnaissance de mère génétique pour cet enfant.<sup>120</sup> Il existe une primauté de mère porteuse sur la mère sociale.

Les conventions d'une gestation pour autrui n'ont pas l'autorisation d'obtenir une exécution forcée. Il se réfère comme tel sur un registre central des naissances<sup>121</sup>. Ce n'est qu'au terme d'une intervention du juge, dans un cadre d'échéancier sûr qui facilite un droit prioritaire à une mère porteuse, qu'une parenté se transmet aux parents d'intention. Elle est en particulier à la mère qui va éduquer l'enfant<sup>122</sup>.

Une procédure pareille (parental order) est en liaison avec une adoption. Les conditions s'apaisent en comparaison au modèle de droit commun. La primauté d'une mère de naissance sur une mère sociale est même une consolidation.<sup>123</sup> À la différence de ce qui se déroule dans la procédure ordinaire d'une adoption, le juge ne peut transgresser le refus de la première de donner son accord au transfert d'une parenté<sup>124</sup> même si l'inacceptation est un acte abusif et contradictoire pour l'intérêt de l'enfant. À la sortie de cette procédure judiciaire, l'enfant est à la charge des parents intentionnels et il se dresse un nouveau certificat de naissance conforme au jugement. Mais l'acte historique de la naissance qui nomme une mère porteuse n'entre pas en annulation<sup>125</sup>. Il existe en ce lieu une sorte de cumulation sédimentaire entre les deux statuts maternels<sup>126</sup>. C'est une logique complétive qui prédomine<sup>127</sup>.

Les Pays-Bas, la Belgique, le Québec appliquent la même logique, mais avec des procédures différentes. En Belgique, dans le silence d'une loi, c'est également par emprunt au modèle d'une adoption que les juges cherchent à confirmer l'affiliation d'un enfant né d'une mère

---

<sup>120</sup> WILLEMS Geoffrey, SOSSON Jehanne, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international. », in Schamps Geneviève et Sosson Jehanne, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Paris : Bruylant, 2013, 458 p, pp.239-248 ; voir Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p. 48 ; voir Dos Reis, Ruffieux Gaël, Terel Julie, Willems Geoffrey, *La maternité de substitution*, pp. 169 à 220, in Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p. 48

<sup>121</sup> BRUNET Laurence, SOSSON Jehanne, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine de distinguer filiation, origines et parentalité », in Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.49

<sup>122</sup> *Id.*

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> D. MORGAN, "Enigma variations: surrogacy, rights and procreative tourism", in R. Cook, S. Day SCLATER, F. KAGANAS (éd), *Surrogate Motherhood, international Perspective*, Hart Publishing, 2003, p.84, Voir (FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, pp. 48-49. )

<sup>126</sup> BRUNET Laurence, SOSSON Jehanne, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine de distinguer filiation, origines et parentalité », in Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.49

<sup>127</sup> *Id.*

porteuse à ses parents d'intention<sup>128</sup>. Ils ont admis de préférer une adoption plénière d'un enfant par sa mère intentionnelle maintenant qu'une mère légale, qui est certainement la femme qui a donné naissance, a manifesté son accord à une telle adoption<sup>129</sup>.

Sur le territoire Belge, il n'existe en principe aucune interdiction et autorisation de la convention de mère porteuse. La Belgique est neutre. Mais elle réagit et met en œuvre le processus quand elle est en confrontation à cette situation.

Les Italiens s'appuient sur la loi de la procréation médicalement assistée pour interdire la gestation pour autrui.

La Suisse interdit aussi cette pratique sur son territoire en s'appuyant sur la loi fédérale de la procréation médicalement assistée et la loi constitutionnelle fédérale.

En ce qui concerne le Canada, la loi du 29 mars 2004 interdit la rémunération des contrats des mères porteuses. Cette loi est neutre également sur la validité du contrat de gestation pour autrui et sur la filiation. Ce sont les provinces et les territoires qui sont compétents pour résoudre toutes ces questions. Il est à noter que l'article 541 du Code civil québécois dispose que : « *Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue* ».

Aux États-Unis, ce sont les juges qui déterminent la règle applicable ; c'est un droit de Common Law. Dans les États américains qui entérinent une gestation pour autrui, les juges passent la plupart du temps d'un extrême à un autre et de Charybde en Scylla d'après les besoins d'une cause<sup>130</sup>. L'objectif étant d'écarter la mère porteuse et de prouver qu'une épouse du couple d'intention est retenue comme étant unique mère légale de l'enfant<sup>131</sup>.

La toute première gestation pour autrui a eu lieu en 1970 en Californie. Génétiquement, les parents d'intention avaient un lien avec l'enfant. Avant la naissance de ce dernier, ils ont pu obtenir une décision de justice qui établissait leur filiation<sup>132</sup>.

Dos Reis Edihno souligne qu'il est compliqué d'établir une liste des pays qui ne réglemente ni n'interdit la maternité pour autrui<sup>133</sup>. [...] Plusieurs législations (et on pense spécialement aux pays médiocrement industrialisés) ne s'attachent guère à cette problématique à cause des obstacles matériels que pose l'exécution du processus chez eux<sup>134</sup>. Ce n'est qu'une fois saisi par la question par un prisme insoupçonné (recourir vers les mères porteuses des pays

---

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.48

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris : Fayard, 2013, 124 p, p.18.

<sup>131</sup> *Id.*

<sup>132</sup> DUGUET Anne-Marie, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : conséquences pour les couples français et évolution du cadre légal dans certains pays. », in *Revue Médecine & Droit*, Mars-Avril 2014, n° 125, p. 29-60, pp. 46-51.

<sup>133</sup> DOS REIS Edihno, RUFFIEUX Gaël, TEREL Julie, WILLEMS Geoffrey, « *La maternité de substitution* », pp. 169 à 220, p.185, in Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p. 48

<sup>134</sup> *Id.*

pauvres) sur fond d'exploitation d'une misère humaine, que l'administration de ces pays se prononce à prendre une position sur ce thème<sup>135</sup>.

La gestation pour autrui trouble et bouleverse la définition de la mère. Les avis se partagent pour le choix d'une vraie mère parmi la femme génétique, la mère porteuse et celle d'intention.

La maternité pour autrui ou gestation pour autrui (GPA), est une bricole d'images d'une paternité et d'une maternité euro-américaine<sup>136</sup>.

Jean Carbonnier souligne que Construire le lien de parenté est l'acte de volonté, puisque c'est l'acte de responsabilité<sup>137</sup>.

Pourquoi refuser la reconnaissance d'un enfant par la mère ou père social du couple ?

---

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> PARSEVAL Geneviève Delaisi de, COLLARD Chantal, « *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euroaméricaine* », Publié dans *l'Homme*, 2007/3 n° 183, p. 264, éditions de l'EHESS.

<sup>137</sup> CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1992, p.237.

## **B. Refus de reconnaissance d'un enfant par la mère ou père social du couple.**

Il est vrai qu'en situation d'homoparentalité, deux individus de même sexe éduquent et élèvent les enfants. Mais une seule personne du couple homosexuel, dénommé parent biologique peut voir sa filiation établie envers un enfant, même s'il est issu d'un projet parental commun. Le parent social ne peut pas reconnaître l'enfant du parent biologique. Une seule personne du couple a le statut de parent légal. Et l'autre un statut de parent social.

Ce dernier n'a vraiment rien de social, comme le souligne Irène Théry : Le parent qu'on déclare social n'a rien de social dès lors qu'il est seulement, soit par un ressenti affectif et psychologique, soit la plupart du temps par un projet qu'il fait et un contrat moral qu'il prend, mais sans aucune dénotation à ce que fait un père ou une mère au sein d'un système symbolique de parenté, et qui est uniquement un statut<sup>138</sup>.

Mais il est en droit de revendiquer le statut de titulaire de l'autorité parentale envers l'enfant comme le parent biologique : c'est la délégation-partage d'autorité parentale (DPAP). Étant titulaire de l'autorité parentale, le père social peut prendre des décisions importantes concernant l'enfant. En cas de séparation du couple, le père social est en droit de revendiquer un droit de visite et d'hébergement de l'enfant. Ces droits sollicités peuvent s'accorder amiablement et homologuer par le juge dans le cas d'une bonne séparation. Mais aucune filiation ne peut se créer. C'est une réalité que le critère biologique est le fondement essentiel d'une filiation. Mais le critère sociologique peut primer la réalité biologique.

## **CONCLUSION**

Dix-neuf pays ont donné l'autorisation en 2014 aux couples de même sexe à se marier. Les Belges sont les premiers depuis 2003, à légiférer sur le mariage homosexuel. Ensuite, c'était le Canada, l'Espagne en 2005. L'Afrique du Sud était en 2006. Aux États-Unis et au Mexique, l'autorisation est une admission dans certaines régions. Depuis 2013<sup>139</sup>, la loi française l'admet sur son sol.

La sexualité des homosexuels s'autorise pour la préservation des valeurs constitutionnelles du droit et protection de l'intérêt de l'enfant et pour le respect des droits des parents et la liberté sexuelle. La vie sexuelle fait partie des éléments de la vie privée. Les personnes de même sexe

---

<sup>138</sup>THÉRY Irène, « *Engendrement et filiation au temps du démariage* », Postface, in FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.332.

<sup>139</sup>BRUNEL Mathilde, « *Mariage pour tous, quelques repères* », in RAMPNOUX René, *La famille. La mondialisation*, Paris : Ellipses, 2014, 484 p, pp-105-107.

sont en droit de pratiquer des relations sexuelles et de choisir leur orientation sexuelle qui relève des « *aspects les plus intimes de la vie privée* »<sup>140</sup>.

Le droit du choix de la vie sexuelle concerne aussi bien les rapports hétérosexuels qu'homosexuels<sup>141</sup>.

La France a en outre supprimé les incriminations relatives à l'homosexualité par la loi du 4 août 1982 qui annule une disposition du Code pénal concernant les actes impudiques ou contre nature commis avec un mineur du même sexe<sup>142</sup>. Elle s'est mise en accord avec les progressions européennes de dépénalisation d'une homosexualité par rapport aussi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>143</sup>.

Depuis le 15 juin 2021 le parlement de la Hongrie a adopté une loi contre la promotion de l'homosexualité ou changement de sexe auprès des mineurs. Le texte prévoit que la pornographie et les contenus qui exposent une sexualité promeuvent la déviation d'une identité de genre, le changement de sexe et l'homosexualité ne doivent pas être abordés par les personnes de moins de 18 ans. Lors du premier sommet de l'Union européenne le 24 juin 2021, le premier ministre Viktor Orban a témoigné que la loi ne vise pas les homosexuels, mais elle protège les droits des enfants, préserve les droits des parents et ne s'applique pas à une orientation sexuelle des personnes de plus de 18 ans. Il a également précisé que son gouvernement nie de ce fait tout élément discriminatoire.

En France, la sexualité des homosexuels est limitée pour refus de recours aux mères porteuses et reconnaissances d'un enfant par le père ou la mère sociale du couple.

Note par :

**Odette Michée WANDJI NJINKOUÉ**

Docteure en Sciences juridiques

Université Grenoble Alpes

Chercheuse associée au sein du laboratoire

CRJ (Centre de recherches juridiques de Grenoble)

---

<sup>140</sup> Jugement du 22 octobre 1981, Dudgeon, séries A vol. 45, §52 ; et du 19 février 1997, Lashey, Jaggard et Brown. ; voir BORRILLO Daniel, *homosexualités et droit*, Paris : PUF, 1998, p. 227.

<sup>141</sup> OBERDORFF Henri. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. 3<sup>e</sup> éd Paris : L.G.D.J. 2011, 636 p, p.480.

<sup>142</sup> Loi n° 82-683 du 4 août 1982 portant abrogation de l'article 331 (alinéa2) du Code pénal relatif ; les actes impudiques ou contre nature commis avec un mineur du même sexe (homosexualité) ne seront plus punis de peines correctionnelles, in OBERDORFF Henri. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Op. Cit.

<sup>143</sup> OBERDORFF Henri. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Op. Cit.



## LISTE DES RÉFÉRENCES

BORRILLO Daniel (dir), *Au-delà du PACS : l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris : PUF, 2001, pp. 164-172.

BOUVIER Emmanuel, *Couples de même sexe et homoparentalité*, 607p, Thèse : Droit privé, Université Paris 8, 2010.

BOSSE-PLATIÈRE Hubert, « Droit français de la famille et droits de l'Homme : défauts et certificats de conformité », publié dans *Informations sociales* 2013/1 (n° 175).

BRUNEL Mathilde, « *Mariage pour tous, quelques repères* », in RAMPNOUX René, *La famille. La mondialisation*, Paris : Ellipses, 2014, 484 p, pp-105-107.

BRUNET Laurence, SOSSON Jehanne, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine de distinguer filiation, origines et parentalité », in Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.49

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1992, p.237.

CORNU Gérard, *Droit civil. La famille, Montchrestien*, 5<sup>e</sup> ed, p. 74, note de bas de page n° 8.

DANIS-FATÔME Anne, « Le "non" Français au mariage homosexuel - Une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne. » Conseil constitutionnel (fr), Q.P.C, Mme Corine c. e.a. 28 janvier 2011, in RTDH, n° 89, 1<sup>er</sup> janvier 2012, pp. 172-173.

DE VOS Pierre, « Une nation aux couleurs de l'arc-en-ciel ? Égalité et préférences : la Constitution de l'Afrique du Sud », in BORRILLO Daniel, *homosexualités et droit*, Paris : PUF, 1998, 335 p, p.274

DOS REIS Edihno, RUFFIEUX Gaël, TEREL Julie, WILLEMS Geoffrey, « *La maternité de substitution* », pp. 169 à 220, p.185, in Fulchiron Hugues, Sosson Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p. 48.

DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris : Pedone, Collection Droits Européens, 2007, 156 p.

DUGUET Anne-Marie, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : conséquences pour les couples français et évolution du cadre légal dans certains pays. », in *Revue Médecine & Droit*, Mars-Avril 2014, n° 125, p. 29-60, pp. 46-51. ISSN 1246-7391

D. MORGAN, "Enigma variations: surrogacy, rights and procreative tourism", in R. Cook, S. Day SCLATER, F. KAGANAS (éd), *Surrogate Motherhood, international Perspective*, Hart Publishing, 2003, p.84, Voir (FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, pp. 48-49.)

ERRANTE Edward, « *Le mariage homosexuel aux États-Unis : les arrêts des tribunaux de l'État de Hawaï et leurs implications au niveau national* », in BORRILLO Daniel, *homosexualités et droit*, Paris : PUF, 1998, 335 p, p.300.

FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris: Fayard, 2013, 124 p, p.18.

FROSSARD L., « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *Petites affiches*, 4 juillet 2013 n° 133, p.37.

FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p. p.48

GONZALEZ Gérard, « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », in DOUMBE-BILLE Stéphane, *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2012, 277 p, pp.103-113.

GOUTTENOIRE Adeline, Sexe, « sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'Homme. » in DUBOS Olivier, MARGUENAUD Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris : Pedone, Collection Droits Européens, 2007, 156 p, pp. 19-30.

GROSS Martine, *l'homoparentalité*, Paris : PUF, 2007, 127 p, p.7.

HILT Patrice, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (Préface), *Le couple et la convention européenne des Droits de l'Homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence : PUM, 2004, 455 p.

HOLLANDE François, « *Election présidentielle 22 avril 2012, le changement, le projet, les 60 engagements, pour la France* » ; engagement 31 : « *J'ouvrirai le mariage et l'adoption aux couples homosexuels* », [www.parti-socialiste.fr](http://www.parti-socialiste.fr) ; LECLAIR Agnès, « *le Gouvernement annonce le mariage gay pour 2013* », 29 juin 2012, [www.leparisien.fr](http://www.leparisien.fr)

LAROUSSE, *Le petit Larousse illustré : en couleur*, Paris : Larousse, 2009. 1812p. p.507.

LEBORGNE Anne, « *Marions-les, marions-les* » in *Revue juridique personnes et famille (RJPF)*, juin 2013, n° 6, p.6.

LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris : PUF, 1997, p103.

MENDÈS-LEITE Rommel, DESCHAMPS Catherine, PROTH Bruno-Marcel, *Bisexualité : le dernier tabou*, Paris : Calmann-Lévy, 1996, 279 p.

MONEGER Françoise, *L'Homoparentalité (Table ronde du Centre français de droit comparé, Paris, 17 novembre 2011)*, in *Revue internationale de Droit comparé*, n° 1 ; janvier-mars 2012, 64<sup>e</sup> année, 368 p, p.1

OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme : Textes français et internationaux*, Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2011, 957 p, p.161.

OBERDORFF Henri. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. 3<sup>e</sup> éd Paris : L.G.D.J. 2011, 636 p, p.480.

ONU, « rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes », Déclaration et programme d'action de Beijing, Beijing, 4-15 septembre 1995, département de l'information, New-York, A/CONF. 177/20/Rev.1, 1995.

PALEGE Patrick, PICOD Chantal, *Éduquer à la sexualité. Un enjeu de société*, Paris : Dunod, 2006, 262 p, p.78.

PARSEVAL Geneviève Delaisi de, COLLARD Chantal, « *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaine* », Publié dans *l'Homme*, 2007/3 n° 183, p. 264, éditions de l'EHESS.

RENCHON Jean-Louis, « *Une filiation monosexuée* », in FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.241.

*Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 93 du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

SPENCER Colin, *Histoire de l'homosexualité. De l'Antiquité à nos jours*, Paris : Le Pré aux Clercs, 1998, 472p, p.10.

SPIRY E., *Homosexualité et droit international des droits de l'Homme, vers une nouvelle donne en Europe ?* RTDH, 1996, p.321 et s.

THERY Irène, "Engendrement et filiation au temps du démariage", Postface, in FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris : Bruylant, 2013, 365 p, p.332.

WILLEMS Geoffrey, SOSSON Jehanne, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international. », in Schamps Geneviève et Sosson Jehanne, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Paris : Bruylant, 2013, 458 p, pp.239-248.

ZELLER Martin, WANDRILLE, *Le débat pour tous : mariage contre manif*, Paris : Steinkis, 2013, 303 p, p.19.

CEDH, 17 février 2005, K. A. et A.D. c/Belgique, JCP 2005, I, 158, obs. F. Sudre ; RTD civ. 2005, p.341, obs. J.-P. MARGUENAUD, §3.

CEDH, 17 février 2005, K.A et A.D c. Belgique, req. 42758/98 et 45558/99, §79.

CEDH, 22 octobre 1981, DUDGEON c. Royaume-Uni, req. 7525/76, A.45, §52.

CEDH, 19 février 1997, LASKEY et autres c .Royaume-Uni, req. 21974/93, Rec 1997-I, §36, note de J.-M Larralde, D. 1998, jurisp, p.97 et s.

CEDH, 26 oct. 1988, Dudgeon c. Royaume-Uni et Norris c. Irlande, GACEDH n° 41.

CEDH, 26 février 2002, Fretté c. France, note et comm A. Gouttenoire-CORNU et F. SUDRE, JCP, G, 2002, II, 10074.

CEDH, 21 déc. 1999, Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal, Dr Fam., 2000, comm. n° 145.

CEDH, 27 sept. 1999, Smith et Grady c/Royaume-Uni, RTD Civ. 1999, p. 917, obs. J-P. MARGUENAUD.

CEDH, 22 octobre 2005, Dugeon c.Royaume-Uni, préc. CEDH, 27 septembre 1999, Smith et Grady c. Royaume-Uni, préc.

CEDH, 24 juillet 2003, Karner c. Autriche, RDP 2004, p. 841, obs. M. LEVINET,

CEDH, Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal préc. ; CEDH, Fretté c. France préc.

CEDH, 24 juin 2010, SCHALK et KOPF c. Autriche, req. 30141/04, Rec. 2010, JCP G 2010, 1013, obs. H. Fulchiron.

CEDH, 21 déc. 1999, Salgueiro DA SILVA MOUTA c. Portugal, req. 3329096, Rec. 1999-IX : 385, 388.

CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk et Kopf/c Autriche, JCP G 2010, 1013, obs. H. Fulchiron.

CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 26 juin 2014, n° 651192/11, MENNESSONc/France: Jurisdata n° 2014-015212.

CS du Massachusetts, 18 novembre 2003. Goodridge c/Département of public health.

CS Californie, 16 mai 2008.

CS de l'État d'Hawaï, 5 mai 1993, Baehr v. Lewin.

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

Cass., Civ.1<sup>ère</sup>, 11 juillet 1989, D.1990, jurisp, p. 582 et s. note Ph. Malaurie.

CA Ontario, 10 juin 2003, Halpern c/Canada.

CA Colombie britannique, 1<sup>er</sup> mai 2003, Egale Canada c/Canada.

CA Québec, 19 mars 2004, Ligue Catholique c/ Hendricks.

Jugement du 22 octobre 1981, Dudgeon, séries A vol. 45, §52 ; et du 19 février 1997, Lashey, Jaggard et Brown. ; voir BORRILLO Daniel, *homosexualités et droit*, Paris : PUF, 1998, p. 227.

Civ. 1, 13 mars 2007, D., 2007, p. 1375, chr. Par H. FULCHIRON, p. 1389, rapp. G. Pluyette ; note E. AGOSTINI, RTDC, 2007, p. 287, obs. J.P. MARGUENAUD, p. 315, obs. J. HAUSSER.

Loi n° 82-683 du 4 août 1982 portant abrogation de l'article 331 (alinéa2) du Code pénal

Communication n° 488/1992 : Australie, CCPR/c/50/D/488/1992, Nicholas Toonen c. Australie, 4 avril 1994.

D. 1998, p. 97, note J.-M. LARRALDE ; RTDH 1997 p.738, note M. LEVINET.

Article 12 de la Conv. EDH .

Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 17 décembre 1955, req. n° 104/55, Affaire X c/République fédérale d'Allemagne, Annuaire vol. I, p.228 et s ;

Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 28 septembre 1956, req. n° 167/56, Affaire X c/ République fédérale d'Allemagne, Annuaire vol. I, p.235 et s ;

Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 16 décembre 1957, req. n° 261/57, Affaire X c/République fédérale d'Allemagne, Annuaire vol. I, p. 255 et s ;

Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 18 juin 1963, req. n° 1138/61, Affaire X.c/Autriche, Recueil n° 11, p..9, etc.

Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 30 septembre 1975, req. n° 5935/72, Affaire X. c/République fédérale d'Allemagne, Décisions et rapports n° 3, p.46 et s.

JORF n° 00114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3 ; décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 (RTD civ. 2011. 326, obs. J. Hauser ; Dr.fam. 2011, comm. n° 32, R. Ouedraogo ; AJ fam. 2011. 157, obs. F. Chénéde ; Lexbase N4960BR7, obs. A.Gouttenoire).

TA Paris, 20 décembre 1990, M. et Mme B, RFDA 1992, p.545