



**HAL**  
open science

## La loi Taubira et au-delà...

Marie Mesnil

► **To cite this version:**

Marie Mesnil. La loi Taubira et au-delà... . Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2013, Familles, santé : évolutions et perspectives, 2, pp.9-19. hal-04044302

**HAL Id: hal-04044302**

**<https://hal.science/hal-04044302>**

Submitted on 24 Mar 2023

**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.

### La loi Taubira, et au-delà...

**Marie Mesnil**

Doctorante contractuelle – Réseau doctoral de l'EHESP  
– Institut Droit et Santé – Université Paris Descartes,  
Sorbonne Paris Cité, France  
Institut Droit de la Santé, Université de Neuchâtel,  
Suisse

Les débats relatifs à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe sont anciens. En amont de l'adoption de la loi créant le Pacte Civil de Solidarité (PACS) en 1999, la question de la forme de l'union reconnaissant le couple homosexuel s'est posée. Finalement, le PACS est adopté et offre un statut conjugal alternatif, plus protecteur en comparaison avec le seul concubinage qui était alors possible pour les couples homosexuels<sup>1</sup>. Aujourd'hui, le PACS est rentré dans le paysage juridique et la proportion réduite de PACS contractés par des couples de même sexe en est une illustration<sup>2</sup>.

Par ailleurs, la question de la reconnaissance juridique du couple homosexuel s'inscrit dans le cadre plus large d'évolutions progressives qui permettent de faire passer le droit français « de la répression de l'homosexualité à la répression de l'homophobie »<sup>3</sup>.

Avec le changement de gouvernement en mai 2012, la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe trouve une inscription à l'agenda politique<sup>4</sup>.

À la suite de débats parlementaires longs et de mobilisations collectives animées, le projet de loi a été adopté le 23 avril 2013, puis a été immédiatement déféré par plus de 60 députés et sénateurs au Conseil constitutionnel. Ce dernier a rendu sa décision le 17 mai 2013<sup>5</sup>, déclarant l'ensemble des articles du texte de loi qui lui étaient déférés conforme à la Constitution. Une réserve d'interprétation a par

ailleurs été émise quant à la finalité de l'agrément nécessaire en cas d'adoption plénière, répondant au grief tiré de la conformité des dispositions à l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946. Le texte a été immédiatement promulgué, inscrivant définitivement le 17 mai 2013 comme la date du texte de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>6</sup>. Le 17 mai 2013 est une date symbolique puisqu'elle correspond à la journée mondiale de lutte contre l'homophobie, qui a été choisie pour rendre hommage à la décision de l'Organisation mondiale de la santé qui avait retiré l'homosexualité de la liste des troubles du comportement le 17 mai 1990.

La question de l'ouverture du mariage a été associée par les partisans comme les opposants au texte aux questions de filiation, déplaçant les débats du mariage vers les nouvelles techniques de la reproduction, que sont respectivement la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA). Il semble alors important, comme le Conseil constitutionnel le fait dans sa décision du 17 mai 2013, de répondre explicitement à ces interrogations. En effet, le texte de loi sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe définit le mariage afin de permettre aux couples de même sexe de se marier (I). Cette définition, indifférente au sexe des époux, induit nécessairement l'ouverture des mécanismes juridiques réservés aux couples mariés et notamment ceux de l'adoption plénière par un couple marié et de l'adoption simple de l'enfant du conjoint. C'est alors l'occasion pour le Conseil constitutionnel de replacer l'intérêt de l'enfant au centre des préoccupations liées à l'agrément requis pour une adoption plénière (II). Toutefois, les conditions d'accès à la PMA et l'interdiction de la GPA ne sont pas actuellement remises en cause, même si l'encadrement juridique de ces techniques fait l'objet de discussions importantes (III).

#### I. Ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe

L'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe procède d'une définition par le législateur du mariage dans la mesure où cette définition faisait défaut (A). Par ailleurs, des dispositions spécifiques sont prévues pour les mariages de couples de personnes de même sexe, qui présenterait un élément d'extranéité. Ces mesures répondent à la nécessaire prise en compte des différences d'avancement des droits des personnes LGBT<sup>7</sup> à

1 - Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

2 - Emma Davie, Un million de pacésés début 2010, Insee Première, n° 1336, février 2011, disponible sur [http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg\\_id=0&ref\\_id=ip1336](http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=0&ref_id=ip1336) : Au 1er janvier 2010, le nombre de personnes pacées a dépassé le nombre symbolique du million et seuls 6% des PACS sont conclus par des personnes de même sexe, selon les données de l'INSEE.

3 - Pour une perspective historique sur ce sujet, voir not. Yvrel Jean-Jacques, « De la répression de l'homosexualité à la répression de l'homophobie », Les Cahiers Dynamiques, 2011/2 n° 51, p. 101-107.

4 - L'engagement 31 du programme du candidat-président prévoit explicitement : « J'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels ».

5 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

6 - Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

7 - L'acronyme LGBT correspond à une catégorie hétérogène de personnes qui rassemble les lesbiennes, les gays, les

travers le monde et en particulier de la pénalisation des pratiques homosexuelles qui concernent 76 pays<sup>8</sup> (B).

### A. Une définition du mariage indifférente au critère d'altérité sexuelle des époux

Il est intéressant de noter, à titre liminaire, comme le fait le professeur Rémy Libchaber, que « la revendication des personnes de même sexe travaille sous nos yeux la catégorie juridique du mariage civil, dont on croyait pourtant tout connaître »<sup>9</sup>. Ainsi, l'ouverture du mariage induit une définition générale du mariage (1), remettant en cause les certitudes de certains juristes (2).

#### 1. La définition légale du mariage

D'un point de vue historique, le « mariage civil, ce mariage laïcisé, n'a pas été défini : sortant de la tradition pour être appréhendé par la législation révolutionnaire, il n'a fait l'objet d'aucune élaboration qui en eût établi la singularité »<sup>10</sup>. Les décisions qui ont été rendues jusqu'à l'adoption du texte de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe témoignent d'ailleurs de cette absence de définition légale du mariage. Ainsi, dans l'affaire du mariage de Bègles célébré par le maire de commune entre deux hommes en 2004, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la définition du mariage. Approuvant les décisions rendues par les juridictions du fond<sup>11</sup>, la première chambre civile de la haute juridiction judiciaire a dans ce contexte jugé « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »<sup>12</sup>. Il est intéressant de noter qu'à ce stade la décision de la Cour de cassation est rendue sans visa et que le raisonnement juridique n'est fondé sur aucune disposition législative particulière.

Saisi par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de deux articles du code civil qui explicitent une condition d'altérité sexuelle et qui fonderaient alors

bisexuels et les trans, autrement dit des personnes qui pourraient être discriminées à raison de leur orientation sexuelle ou de leur genre.

8 - "State-sponsored homophobia: a world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults", International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA), Brussels, May 2011, p. 9 cité par le Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41, p. 15, § 40. Consultable en ligne sur [www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41\\_French.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_French.pdf)

9 - Rémy Libchaber, La notion de mariage, civil, Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006, p. 326.

10 - Rémy Libchaber, La notion de mariage, civil Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006, p. 327.

11 - TGI de Bordeaux, 27 juillet 2004 puis en appel, CA Bordeaux, 19 avril 2005, D. 2005.J.1687, N. Agostini

12 - Cass., 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.

l'interdiction de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>13</sup>. Les dispositions concernées se trouvent au dernier alinéa de l'article 75 du code civil qui dispose que l'officier d'état civil « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » et de l'article 144 du code civil, aux termes duquel « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Les juges de la rue de Montpensier ont rejeté l'ensemble des griefs, relatifs à la liberté du mariage, au principe d'égalité et au droit à mener une vie familiale normale. Un commentaire réalisé par le Conseil constitutionnel de la décision de la Cour de cassation de 2007 met d'ailleurs en exergue que l'absence de visa à l'arrêt montre que la haute juridiction judiciaire « a énoncé ainsi que la condition d'altérité sexuelle le mariage est un principe général du droit civil qui a un fondement et une portée plus larges que ceux de (l)es deux articles du code civil »<sup>14</sup> qui ont par la suite été déferés devant les sages.

Des juridictions de nature et de degrés différents ont ainsi été amenées à se prononcer sur la définition du mariage, de manière générale ou en appréciant spécifiquement certains articles du code civil. Finalement, les juges du Conseil constitutionnel dans la QPC de 2011 ont renvoyé au parlement le soin d'apprécier et de décider s'il y avait lieu d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>15</sup>.

Il appartient donc au parlement de définir les contours du mariage et de décider de l'ouvrir aux couples de personnes de même sexe. Voilà chose faite avec l'adoption du texte de loi et sa promulgation le 17 mai 2013 par le président de la République.

Ainsi, le projet de loi part du constat d'absence de définition du mariage et l'exposé des motifs précise d'emblée que : « Le mariage n'a toutefois pas été défini par le code civil, qui traite des actes du mariage, puis, dans un titre distinct, des conditions, des effets et de la dissolution du mariage. Nulle part n'a été expressément affirmé que le mariage suppose l'union d'un

13 - Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

14 - Commentaire Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, Cahier n° 32 de l'arrêt Cass., 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.

15 - Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, §9 : « que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'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 ; »

homme et d'une femme. Cette condition découle toutefois d'autres dispositions du code civil. »<sup>16</sup>

L'article 1<sup>er</sup> du texte de loi apporte alors des modifications aux dispositions du code civil relatives au mariage : d'abord, en insérant à l'article 143 du code civil, qui dispose que « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* » et ensuite en modifiant l'article 144 qui était auparavant discuté comme un fondement à l'altérité sexuelle du mariage<sup>17</sup>, aux termes duquel, « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ». Les dispositions relatives aux cas d'inceste sont modifiées<sup>18</sup> afin de prendre en compte les unions entre personnes de même sexe qui pourraient intervenir « *entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus* »<sup>19</sup>.

La question de la possibilité d'existence juridique d'un mariage ouvert aux couples de personne de même sexe s'est posée en amont de l'adoption du texte et certains juristes ont alors apporté une réponse empreinte de jusnaturalisme.

## 2. L'absence de valeur juridique reconnue à l'altérité sexuelle

L'absence de définition du mariage a très tôt été interprétée par les commentateurs et spécialistes les plus éminents du droit de la famille comme le reflet d'une évidence. Ainsi, le doyen Carbonnier écrivait que « *le code civil n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes* »<sup>20</sup>. Dans le même sens, d'aucuns parlent d'une loi qui « *a suivi la nature* »<sup>21</sup> ou encore d'une « *évidence classique* »<sup>22</sup> faisant l'objet d'« *une remise en cause contemporaine* »<sup>23</sup>.

Cette position doctrinale a par la suite été étayée juridiquement ces derniers mois en préparation de l'examen du texte par le Conseil constitutionnel. Ainsi, l'opposition au texte de loi s'est en partie portée sur l'inconstitutionnalité de l'ouverture du

.....

16 - <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344.asp>

17 - En ce sens, Jean Carbonnier écrit que « L'article 144 donne élégamment à entendre que le mariage est une conjonction des sexes », Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2 – La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> édition refondue, PUF, 2002, p. 392.

18 - L'article 162 du code civil dispose désormais que « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs » et l'article 163 du code civil « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce ».

19 - Pour reprendre la formulation indifférente au genre utilisée concernant le PACS à l'article 515-2 1<sup>o</sup> du code civil.

20 - Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2 – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21<sup>e</sup> édition refondue, 2002, pp. 391-392.

21 - Gérard Cornu, *Droit civil - La famille*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, 2006, p. 274.

22 - Alain Bénabent, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 2012, n<sup>o</sup> 145, p. 31.

23 - Alain Bénabent, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 2012, n<sup>o</sup> 146, p. 32.

mariage aux couples de personne de même sexe au nom d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). Écrivant sous pseudonyme, une partie de la doctrine a pu défendre l'idée que la définition du mariage relèverait du « *législateur constitutionnel* » et non du législateur ordinaire<sup>24</sup>. Dans le même sens, le professeur Pierre Delvolvé écrit que l'hétérosexualité du mariage « *est un principe fondamental que les lois de la République ont toujours mis en œuvre* »<sup>25</sup>. En réponse, le professeur Dominique Rousseau démontre, quant à lui, que le mariage hétérosexuel relève de la compétence du législateur ordinaire, notamment dans la mesure où le mariage n'est défini par aucune loi<sup>26</sup>.

Le débat doctrinal prend de l'ampleur<sup>27</sup> et différentes arènes d'expression sont mobilisées. Sur le débat relatif à la constitutionnalité du « mariage pour tous », d'autres auteurs à l'instar du professeur François-Xavier Bréchet continuent de défendre « *l'altérité sexuelle des époux et celle des parents* »<sup>28</sup> comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et appellent le Conseil constitutionnel à reconnaître ces principes. En réaction, Xavier Dupré de Boulois dresse la liste des obstacles à une telle reconnaissance : d'une part, « *tous les PFRLR consacrés jusque-là ont permis la promotion de nouveaux droits et libertés* » et d'autre part, « *il est possible de s'interroger sur l'idée d'une constitutionnalisation de dispositions du code civil au motif qu'elles auraient reçu une application constante entre 1804 et 1946* »<sup>29</sup>. En outre, le débat essaime dans la sphère publique avec l'appel lancé par 170 juristes et historiens du droit contre le projet de loi à l'occasion de l'examen du texte par les Sénateurs<sup>30</sup>. En réponse, quatre professeurs de droit public de

.....

24 - Lucie Candide, *Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français* : Gazette du Palais, 3 octobre 2012, n<sup>o</sup> 278, p. 7.

25 - Pierre Delvolvé, « *Mariage : un homme, une femme* » : Le Figaro, 8 novembre 2012, p. 17.

26 - Dominique Rousseau, *Le « mariage pour tous » relève bien de la compétence du législateur ordinaire*, Gazette du Palais, 13 décembre 2012 n<sup>o</sup> 348, p. 5

27 - voir aussi Alexandre Viala, *Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise*, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013-4, 21 janvier 2013 et en réponse, Anne-Marie Le Pourhiet, *Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala*, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013-5, 4 février 2013 ou encore Bertrand Pauvert, *Sur une disputatio contemporaine et brûlante. - Considérations sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République*, *Droit de la famille* n<sup>o</sup> 1, Janvier 2013, dossier 10.

28 - François-Xavier Bréchet, *La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n<sup>o</sup> 51, 17 décembre 2012, doctr. 1388.

29 - Xavier Dupré de Boulois, « *Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit* », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012-23, 6 novembre 2012.

30 - Lettre ouverte adressée aux sénatrices et sénateurs de la République française, écrite à l'initiative des professeurs Aude Mirkovic et Guillaume Drago, 15 mars 2013. « *La lettre de 170 juristes aux sénateurs + les noms des signataires* », *Nouvelles de France*, 16 mars 2013, disponible en ligne <http://www.ndf.fr/poing-de-vue/16-03-2013/document-la-lettre-de-170-juristes-aux-senateurs-les-noms-des-signataires>.

l'Université Paris Ouest Nanterre – La Défense réplique en dénonçant l'instrumentalisation des titres universitaires et l'utilisation de l'expertise juridique au profit de l'expression de préférences personnelles<sup>31</sup>.

Ce débat doctrinal est intéressant dans la mesure où il interroge la place que peuvent occuper les juristes dans la société et de quelle manière peut être utilisée l'expertise juridique. En outre, il semble mettre en lumière une faiblesse intrinsèque des prises de positions de certains, qui se targuent de vérité scientifique là où elles sont parfois que l'expression que positions personnelles et partisans. Ainsi, concernant l'évidence de l'altérité sexuelle du mariage qui conduirait nécessairement à la reconnaissance d'un PFRLR, François Chénéde dénonce « une double dissimulation : dissimulation de son opinion politique par l'adoption d'une posture jusnaturaliste ; dissimulation de sa démarche jusnaturaliste par l'invocation des principes constitutionnels »<sup>32</sup>.

Le Conseil constitutionnel a finalement tranché ce débat doctrinal par sa décision du 17 mai 2013 qui valide les dispositions du texte de loi relatives au mariage : il rejette l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en ce domaine aux motifs que « cette règle (...) n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics » et écarte « en tout état de cause » « le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme »<sup>33</sup>.

Par ailleurs, l'article 1<sup>er</sup> de la loi prévoit des dispositions spécifiques tenant à la prise en compte de la diversité au niveau mondial de l'avancement des droits des personnes homosexuelles. Ainsi, sont pris en compte les éléments d'extranéité qui pourraient survenir en cas de mariage de personnes de même sexe et ne pas permettre à ces derniers d'avoir accès à cette liberté.

## B. Des adaptations spécifiques nécessaires à la prise en compte des éléments d'extranéité

Témoignant de l'actualité et de l'importance de la question des discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dont sont victimes les personnes LGBT à travers le monde, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté en juin 2011 la résolution 17/19<sup>34</sup>. En application de la résolution, un rapport de la Haut-Commissaire des

31 - Eric Millard, Pierre Brunet, Stéphanie Hennette-Vauchez, Véronique Champeille-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », Raison Publique, mercredi 20 mars 2013.

32 - François Chénéde, Le constitutionalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe, Petites affiches, 20 février 2013 n° 37, p.6.

33 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §21.

34 - ONU, Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme 17/19, Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, A/HRC/RES/17/19.

Nations Unies aux droits de l'homme<sup>35</sup> rend compte « des lois et des pratiques discriminatoires ainsi que des actes de violence commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre ». Le rapport permet ainsi de saisir l'ampleur des menaces qui pèsent sur les personnes à raison de leur orientation sexuelle : soixante-seize pays ont des lois qui incriminent les relations sexuelles entre adultes consentants du même sexe et au moins cinq pays appliquent la peine de mort à de telles infractions. Dans ce contexte, le régime du mariage en droit international privé a du faire l'objet de quelques adaptations afin d'assurer la sécurité des couples de personnes de même sexe et de leur permettre de se marier.

Les règles de droit international privé s'appliquant au mariage sont ainsi précisées et concernent d'une part les mariages contractés en France par des couples de personnes de même sexe quelle que soit la nationalité de ces personnes (1) et d'autre part l'impossibilité de célébrer dans certains pays le mariage de couples de personnes du même sexe alors que l'une des deux personnes est Française (2).

### 1. La possibilité de contracter mariage en France, avec un étranger ou entre étrangers

Le droit international privé a déjà dû prendre en compte les législations étrangères qui reconnaissent le mariage homosexuel et se prononcer sur la manière de les appréhender en droit interne<sup>36</sup>. D'abord, à propos de la célébration en France du mariage d'un couple de personnes du même sexe dont les lois personnelles permettent un tel mariage, l'ordre public s'opposait vraisemblablement<sup>37</sup> à une telle célébration jusqu'à l'adoption de la loi. Concernant ensuite les effets produits en France par un mariage homosexuel célébré à l'étranger, différentes questions ont donné lieu à des réponses ministérielles sur ces questions, notamment concernant les effets sur le plan matrimonial et successoral d'un mariage conclu aux Pays-Bas entre un Français et un Néerlandais<sup>38</sup>.

Avec l'adoption du texte de loi, les questions qui se posaient précédemment à l'égard des pays qui avaient déjà légalisé le mariage des personnes de couples de même sexe sont résolues. Toutefois, de nouvelles questions sont posées concernant cette fois les conflits de lois qui pourraient intervenir avec des pays qui ne reconnaissent pas la légalité de ces

35 - Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41. Consultable en ligne sur : [www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41\\_French.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_French.pdf)

36 - Voir not. pour une présentation des questions nouvelles soulevées par le mariage homosexuel avant l'adoption du texte de loi, François Mélin, Droit international privé, Lextenso, Mémentos LMD, 5e édition, 2012, pp. 168-169.

37 - Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 10e édition, 2011, §551, p. 422.

38 - Réponse ministérielle n° 20257, JO Sénat, 9 mars 2006, p. 722.

unions. C'est pourquoi, l'article 1<sup>er</sup> de la loi tire les conséquences de cette hétérogénéité dans la reconnaissance des droits aux personnes LGBT à travers le monde et insère dans le code civil un chapitre IV bis intitulé « Des règles de conflit de lois ».

Ainsi, l'article 202-1 alinéa 1er du code civil reprend les principes généraux concernant les conditions de fond du mariage : « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». Toutefois, l'alinéa 2 prévoit une exception à ce principe et permet le mariage de deux personnes du même sexe si pour au moins l'une d'entre elles, sa loi personnelle ou la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet. « *La règle introduite par l'article 201-2 alinéa 2 ne peut toutefois pas s'appliquer pour les ressortissants de pays<sup>39</sup> avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle* » ; la circulaire du 29 mai 2013 met en exergue les limites pratiques au « mariage pour tous » liées à la hiérarchie des normes<sup>40</sup>. L'article 202-2 du code civil concerne quant à lui les conditions de forme du mariage et reprend la solution classique selon laquelle « *Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* ».

Cette disposition faisait l'objet du déferrement devant le Conseil constitutionnel aux motifs d'une atteinte au principe d'égalité qui ne permet pas de telles dérogations dans le cas d'un mariage de personnes de sexe différent et d'un éventuel contournement de la loi, favorisant des fraudes aux dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France et à la législation sur la nationalité. Le Conseil constitutionnel répond à ces deux griefs : d'abord, le législateur est libre de régler différemment des situations juridiques différentes<sup>41</sup> et ensuite, « *l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité* »<sup>42</sup>. Ces dispositions sont ainsi déclarées conformes à la Constitution.

De la sorte sont précisés, de manière générale, les principes régissant les conditions de fond et de forme du mariage. Des dispositions dérogatoires sont introduites pour les couples de personnes de même sexe quant aux conditions de fond. Il en est de même à propos des conditions de forme lorsque la célébration du mariage à l'étranger d'un ressortissant Français semble poser difficulté.

.....

39 - Sont ainsi concernés la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie.

40 - Ministère de la justice, Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil), NOR : JUSC1312445C.

41 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §29.

42 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §30.

## 2. L'impossibilité de célébrer le mariage à l'étranger d'au moins un Français

D'autres dispositions spécifiques ont également été adoptées à l'article 6 de la loi afin de prendre en compte la situation de Français établis hors de France et pour lesquels il y aurait une impossibilité de célébrer leur mariage à l'étranger. Cette impossibilité se déduit de deux conditions cumulatives, qui tiennent d'abord à l'absence de reconnaissance du mariage de couple de personnes de même sexe dans le pays de résidence et ensuite à l'impossibilité pour les autorités diplomatiques et consulaires françaises de procéder à la célébration. Ainsi, l'article 171-9 du code civil règle cette question, par dérogation aux articles 74 et 165 du code civil qui déterminent l'officier d'état civil compétent en référence au domicile ou à la résidence de l'un des époux, en permettant de choisir à la place la « *commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74* ».

Cet article ne rentrait pas dans le champ de la saisine du Conseil constitutionnel.

Ainsi sont adoptées et déclarées conforme à la Constitution l'ensemble des dispositions relatives au mariage du texte de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Si l'objet principal du texte, énoncé dans son titre, est bien le mariage, il résulte de cette définition du mariage intégrant les couples de personnes de même sexe une ouverture corrélative des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés. C'est alors l'occasion pour le législateur et le conseil constitutionnel de préciser certaines des dispositions relatives à l'adoption.

## II. Ouverture et précision des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés

Le texte de loi définit le mariage afin de permettre l'ouverture de l'institution aux couples de personne de même sexe. Cette ouverture induit une extension du bénéfice des mécanismes d'adoption plénière par un couple et simple de l'enfant du conjoint aux couples de personnes de même sexe, qui ne pouvaient auparavant en bénéficier (A). L'ouverture de ces mécanismes semble être l'occasion de renforcer certains mouvements de fond qui caractérisent le droit de la famille : d'abord avec une prise en compte accrue de l'intérêt de l'enfant et ensuite avec une plus grande égalité entre les époux qui se traduit par la disparition des vestiges liés à la transmission patrilinéaire du nom de famille (B).

### A. L'ouverture de l'adoption, induite par l'ouverture du mariage

L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe leur ouvre simultanément l'ensemble des dispositions juridiques auparavant réservées aux couples mariés et dont ils ne pou-

vaient bénéficier. Ainsi en est-il à la fois de l'adoption simple de l'enfant du conjoint (1) et de l'adoption plénière par les conjoints (2).

## 1. Adoption simple de l'enfant du conjoint

Des dispositions spécifiques sont prévues en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint par l'article 365 du code civil, qui permet de ne pas opérer un transfert des droits d'autorité parentale du conjoint vers l'adoptant. Un couple de femmes pacées ont demandé à pouvoir bénéficier de ce mécanisme, afin que la mère de fait ait également des droits sur l'enfant qu'elle élève avec sa compagne. La Cour de cassation dans une décision en date du 20 février 2007 casse l'arrêt de la juridiction du fond, pour violation de l'article 365 du code civil, qui accordait le bénéfice d'une telle adoption aux couples de femmes, dans la mesure où « *cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* »<sup>43</sup>. Même complété par la suite d'une délégation partage de l'autorité parentale au bénéfice de la conjointe qui vient de perdre ces droits, la haute juridiction y voit un détournement de l'esprit de ce mécanisme, réservé uniquement aux couples mariés.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à l'occasion d'une QPC sur la constitutionnalité de l'article 365 du code civil. Il a jugé que ce mécanisme d'adoption simple au profit du conjoint ne découle pas pour les partenaires du droit de mener une vie familiale et « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* »<sup>44</sup>.

Des faits similaires ont été portés devant la Cour européenne des droits de l'homme et il a été jugé par un arrêt en date du 15 mars 2012 que le refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne n'est pas discriminatoire<sup>45</sup>. Il était demandé par les requérantes de reconnaître une discrimination à rebours à raison de l'orientation sexuelle qui consistait à admettre que ces dispositions réservées aux couples mariés, ne pouvaient bénéficier aux couples de personnes de même sexe du fait de l'absence de mariage possible entre elles. Les juges de Strasbourg en ont décidé autrement dans la mesure où le mariage confère effectivement un statut particulier et que les partenaires et concubins hétérosexuels sont également exclus du bénéfice des dispositions de l'article 365 du code civil.

Pour ces couples élevant des enfants, la solution juridique qui a été développée devant les tribunaux est la délégation partage de l'autorité parentale, conformément aux dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de

43 - Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n° 06-15.647 ; voir aussi, dans le même sens, l'arrêt de rejet approuvant le refus des juridictions du fond, Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 19 décembre 2007, n° 06-21.369.

44 - Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010.

45 - CEDH, Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, n° 25951/07

l'article 377 du code civil. La Cour de cassation a validé cette possibilité en précisant que « *l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>46</sup>. En l'espèce étaient mis en avant les longs trajets quotidiens auxquels était astreinte professionnellement la mère reconnue en droit. Certaines juridictions du fond se sont peu à peu affranchies du critère des circonstances d'espèce qui justifieraient une telle délégation pour s'en tenir à l'intérêt de l'enfant à avoir une situation juridique en adéquation avec sa situation affective et matérielle<sup>47</sup>.

Dorénavant avec la loi du 17 mai 2013, ces couples de personnes de même sexe n'ont plus besoin de réaliser une délégation partage d'autorité parentale dont l'opportunité est laissée à l'appréciation des juridictions du fond. Au contraire, ils peuvent faire établir un lien de parenté à l'égard des enfants qu'ils élèvent à la suite d'un projet parental commun s'ils se marient. Les couples qui se sont séparés entre la réalisation de leurs projets parentaux et l'entrée en vigueur de la présente loi pourraient quant à eux avoir recours à la délégation partage d'autorité parentale dès lors que l'adoption simple de l'enfant est impossible sans la survenance du mariage des parents, de fait et de droit.

## 2. Adoption plénière par les conjoints

Dans la même logique, les couples de personnes de même sexe mariés bénéficient également des dispositions relatives à l'adoption plénière d'un enfant par les conjoints.

L'adoption plénière est déjà possible pour les personnes homosexuelles, mais en tant que célibataires uniquement selon la loi de 1966. C'est dans ce contexte qu'un refus d'agrément avait été opposé par les autorités françaises à une femme au motif principal de son orientation sexuelle. Le contentieux a été porté devant la CEDH qui a condamné la France à raison du caractère discriminatoire d'un tel refus, reconnaissant la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné à l'article 8 relatif à la vie familiale<sup>48</sup>.

L'ouverture du mariage permet désormais aux couples de personnes de même sexe mariés d'adopter ensemble des enfants, tant qu'une telle adoption est permise au niveau des États participant aux adoptions internationales. En outre, l'article 8 de la loi introduit un dernier alinéa à l'article 360 du code civil afin que les enfants qui ont notamment fait l'objet d'une adoption plénière par une personne seule puissent être par la suite adoptés par le conjoint de cette personne en la forme simple.

46 - Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, n° 04-17.090

47 - voir en ce sens, not. TGI Paris, 21 septembre 2012 et TGI Paris, 22 février 2013

48 - CEDH, E. B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02.

Désormais, l'adoption plénière est ouverte aux couples mariés et aux personnes célibataires, quelle que soit leur orientation sexuelle.

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe induit une ouverture des mécanismes d'adoption simple du conjoint et d'adoption plénière par les conjoints. C'est également l'occasion pour le législateur et le Conseil constitutionnel de renforcer deux mouvements généraux du droit qui tendent à une égalité accrue entre les époux et à une prise en compte constante de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent.

## B. Renforcement de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et de l'égalité entre les époux

L'adoption de ce texte et son déferrement au Conseil constitutionnel sont deux occasions pour renforcer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant (1) et promouvoir l'égalité entre les sexes au sein des couples (2).

### 1. L'intérêt de l'enfant comme finalité affirmée de l'agrément à l'adoption

L'apport essentiel de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 est sans aucun doute la réserve d'interprétation émise à cette occasion. En réponse à l'argument selon lequel la loi mettrait en place un droit à l'enfant ou un droit à l'adoption, les sages ont rappelé que l'ensemble des couples souhaitant adopter est soumis à la procédure d'agrément et l'adoption est prononcée par une juridiction. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de dispositions d'une loi promulguée dans la mesure où la loi défermée les modifie complètement ou affectent leurs domaines<sup>49</sup> : il s'agit alors des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles et de l'article 353 du code civil.

Le Conseil constitutionnel contrôle alors la conformité de ces articles relatifs à l'agrément et au prononcé de l'adoption au regard de l'alinéa 10 du préambule de 1946 qui dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». De la sorte, une réserve d'interprétation est formulée par les sages et concerne l'ensemble des procédures d'adoption : « *les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »<sup>50</sup>.

Cette réserve d'interprétation est particulièrement importante car elle répond directement aux arguments développés par les opposants au texte de

loi qui se mobilisaient au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant. Les réserves d'interprétation peuvent revêtir un caractère politique, comme l'explique le Conseil constitutionnel à propos de la portée des décisions rendues<sup>51</sup>. Il s'agirait ainsi de permettre à chacun de se sentir entendu : la loi du 17 mai 2013 n'est certes pas censurée mais la réserve d'interprétation replace l'intérêt de l'enfant au centre de l'ensemble des procédures d'adoption répondant aux craintes des opposants au texte.

La portée juridique de cette réserve d'interprétation est également importante dans la mesure où elle participe d'un mouvement général de reconnaissance des droits de l'enfant, de son autonomie et de sa parole. La notion de l'intérêt de l'enfant est extrêmement imprécise et permet de retenir des solutions concrètes selon les critères retenus ou la manière de la mettre en œuvre, *in concreto* ou *in abstracto*. L'expression « intérêt supérieur de l'enfant » apparaît à de nombreuses reprises dans le texte de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies en 1989, qui a pour mérite d'énumérer des droits concrets et de donner de la consistance à la notion. En droit interne, l'expression apparaît également dans le code civil dans l'ensemble des dispositions relatives à l'intervention du juge aux affaires familiales et à la prise de décisions concernant l'enfant. Dans le code de l'action sociale et des familles, l'article L. 112-4 inscrit l'intérêt de l'enfant comme un principe général en disposant que « *l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant* ». La notion d'intérêt de l'enfant a des traductions concrètes dans les droits reconnus aux enfants et par la prise en compte de sa parole dans les procédures civiles par les juges<sup>52</sup> ou en matière d'exercice de l'autorité parentale par ses parents<sup>53</sup>.

Il convient désormais d'attendre quelles seront les implications concrètes de cette réserve d'interprétation. Le déferrement au Conseil constitutionnel a eu pour bénéfice certain de pouvoir préciser la finalité de l'agrément et de replacer l'enfant au centre des décisions. De même, la loi permet désormais d'achever la réforme du nom patronymique, promouvant ainsi l'égalité entre les sexes au sein des couples.

.....

51 - Portée des décisions du Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois et des traités, disponible en ligne [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/portee.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf)

52 - Introduit par la loi du 5 mars 2007, l'article 388-1 alinéa 1er du code civil dispose que « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. ».

53 - Article 371-1 du code civil, alinéa 3 : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. ».

49 - conformément à la jurisprudence « Nouvelle Calédonie », Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

50 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §53.

## 2. L'achèvement de la réforme du nom de famille

L'exposé des motifs du texte de loi précise que « le mariage des personnes de même sexe leur ouvrant la voie de l'adoption, que ce soit l'adoption conjointe d'un enfant, par les deux époux, ou l'adoption de l'enfant du conjoint, il est nécessaire de prendre des dispositions nouvelles concernant le nom de famille, le dispositif actuel ne pouvant plus, dans ces situations nouvelles, trouver une pleine application ». Ainsi, l'article 11 du texte de loi prévoit qu' « En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ». Ces dispositions complètent l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 311-21 du code civil, dont la rédaction avait fait l'objet d'une grande réforme au début des années 2000<sup>54</sup>. Ces réformes avaient pour objet de changer la procédure d'attribution du nom de famille, l'expression s'est d'ailleurs substituée à celle de nom patronymique pour souligner l'objectif de promotion de l'égalité entre parents dans l'attribution du nom aux enfants.

Il restait des vestiges des dispositions anciennes, notamment en cas de désaccord entre les parents ou à défaut le nom du père était donné. Le présent texte de loi, en permettant l'établissement de la filiation à l'égard de parents de même sexe, rend possible une solution plus neutre, puisqu'elle substitue à ces vestiges la règle de l'ordre alphabétique.

En résumé, le texte de loi du 17 mai 2013 induit une ouverture des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés et permet au législateur et aux juges constitutionnels d'apporter des précisions quant à la finalité de l'agrément et à la dévolution du nom de famille, inscrivant ce texte de loi dans des mouvements plus généraux du droit de la famille.

Ainsi, comme le rappelle le Conseil constitutionnel, « l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples »<sup>55</sup>. Ce rapport de causalité est également présent pour l'ensemble des dispositions relatives aux divorces. Au contraire, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe est indifférente aux dispositions relatives à l'accès aux techniques de PMA et ne modifie pas l'interdiction de la GPA. Pour autant, ces sujets étaient ceux qui cristallisaient le plus d'opposition et de critiques.

54 - Notamment avec l'adoption de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et de la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille. Voir not. sur le sujet Isabelle Corpart, L'entrée en vigueur du nouveau nom de famille : de la loi au décret, Les petites affiches, 21 juin 2005, n° 122, pp. 5-8.

55 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §33.

## III. Les questions connexes de l'ouverture de l'accès à la PMA et de la légalisation de la GPA

Il semble alors important, comme le Conseil constitutionnel le fait de bien séparer les sujets, notamment les conditions d'accès aux techniques reproductives de leurs effets en termes de filiation. Le considérant 44 de la décision du Conseil constitutionnel répond aux griefs sur ce point qui consisterait en un problème d'accessibilité et d'intelligibilité du droit<sup>56</sup>. Ainsi, ni la procréation médicalement assistée (A), ni la gestation pour autrui (B) ne sont dans le périmètre du texte du 17 mai 2013.

### A. L'absence de modification des conditions d'accès à la PMA

Comme le résume le Conseil constitutionnel, « il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ». Reprenant ainsi les deux alinéas de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique sont ainsi mis en avant les deux obstacles actuels à l'ouverture des techniques de PMA aux femmes, seules ou en couples : d'abord, il n'y a pas de lien entre le mariage et l'accès aux techniques de PMA (1), ensuite les techniques de PMA relèvent aujourd'hui du paradigme thérapeutique (2).

#### 1. Absence de lien juridique entre mariage et PMA

Le premier obstacle juridique à une ouverture automatique des techniques de PMA tient à la manière dont l'encadrement des techniques a été pensé. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 du CSP dispose que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Dans ce contexte, la PMA est aujourd'hui accessible aux couples hétérosexuels indépendamment de la forme de leur union : concubins, pacsés et mariés peuvent tous avoir accès aux techniques, s'ils remplissent les autres critères. La forme juridique du couple n'est donc pas discriminante. En l'état du droit, il apparaît donc que les concubins hétérosexuels peuvent avoir accès à la PMA alors que cela n'est pas possible pour les couples de femmes en concubinage. Le principe d'égalité ne s'oppose pas à une telle différence de traitement dans la mesure où il y a une différence de situation qui permet de le justifier. Il paraît alors difficile de défendre l'idée selon laquelle l'ouverture du mariage entraînerait une modification de ces conditions d'accès de manière automatique, par activisme des juges constitutionnels ou de ceux de Strasbourg.

56 - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §44.

L'encadrement des techniques reproductives a été pensé en France dans une conception naturaliste et traditionnelle de la famille, avec une cellule familiale dont le noyau est composé d'un couple hétérosexuel. Le critère d'altérité sexuelle, avec la référence à l'homme et à la femme est présent dans le texte sans aucune référence à la forme juridique du couple. Cette assimilation des formes d'union avait d'ailleurs été saluée comme participant de la reconnaissance d'un droit commun du couple en droit de la famille français. A cet obstacle, s'en ajoute un autre, celui de la légitimation de certains projets parentaux par le caractère pathologique de la stérilité qui empêche leur réalisation en dehors du cadre médical.

## 2. La construction de la PMA comme remède médical à une stérilité pathologique

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique réserve le bénéfice des techniques de PMA aux couples dont les techniques auraient « pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». En outre, « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ». L'objet des techniques de PMA n'est plus la réalisation d'un projet parental comme cela avait initialement été inscrit dans le code de la santé publique en 1994 mais il s'agit bien depuis les révisions des lois dites de bioéthique en 2004 et 2011 de penser les techniques de PMA comme des remèdes à l'infertilité. Ces techniques porteraient en elles-mêmes la réponse à un problème médical sans mention de la finalité des techniques, à savoir la naissance d'un enfant.

Cette seconde condition d'accès qui révèle la manière dont la PMA a été peu à peu mise en place comme une technique thérapeutique intervenant dans le cadre d'un couple pathologique exclut nombre de projets parentaux. Ainsi, cette construction juridique et médicale ne permet pas aux couples qui n'auraient pas un diagnostic médical de leur stérilité d'avoir accès aux techniques sur le territoire national : c'est ainsi le cas des femmes seules, des femmes en couples ensemble, des détenus qui ne peuvent avoir accès à des parloirs conjugaux ou des couples hétérosexuels qui ne souhaitent pas avoir de rapports sexuels. Ces couples souffriraient alors de stérilités de nature sociale et un tel recours relèverait du champ de la convenance. Il peut être intéressant de se demander quelle indication médicale justifie la naissance d'un enfant ou encore dans quelle mesure ces demandes seraient moins légitimes que celles autorisées car n'étant pas dues à des facteurs naturels. Dans quelle mesure d'ailleurs les études révélant l'influence des pesticides et perturbateurs endocriniens utilisés pour les activités agricoles et industrielles, de nature anthropogénique, sur la baisse de stérilité des individus permettent encore de penser l'infertilité comme étant naturelle et non sociale ? Faudrait-il alors que les médecins procèdent à un examen plus poussé pour déterminer la cause exacte de l'infertilité ?

La question de l'accès aux techniques reproductives à des couples de femmes et aux femmes céliba-

taires qui souhaitent accéder à la maternité reste en suspens. Le comité consultatif national d'éthique (CCNE) s'est d'ailleurs autosaisi de ce sujet et les membres de l'organe consultatif souhaitent se prononcer plus généralement sur le rôle de la médecine dans la société<sup>57</sup>. Le Président de la République s'en est alors remis à l'avis qui sera rendu par le CCNE, tant au niveau du calendrier<sup>58</sup> que des modalités de la réforme à venir. En effet, il apparaît que ce sont les modalités de mises en œuvre des techniques de PMA qui font également l'objet de vives critiques. Le principe de l'anonymat qui préside aux dons de gamètes est fortement remis en cause, tant au niveau doctrinal qu'au niveau de la société. Ainsi, Irène Théry se fait le relai institutionnel de revendications portées par des enfants nés de dons qui souhaitent accéder à la connaissance de leurs origines<sup>59</sup>. Il apparaît certain que la question du statut du donneur, notamment du donneur de sperme, sera d'autant plus cruciale que les techniques de PMA pourraient être ouvertes à des femmes seules ou en couple, puisqu'une brèche pourrait vouloir faire de ce donneur, un père symbolique<sup>60</sup>. D'autres problèmes concernent aujourd'hui le don d'ovocyte, dont la pénurie pousse les femmes à franchir les frontières pour pouvoir en bénéficier plus vite.

Les débats relatifs à la PMA sont donc nombreux et touchent autant les conditions d'accès aux techniques que les modalités de mise en œuvre des techniques. Ces questions se nourrissent les unes des autres et peuvent parfois interférer de manière complexe. De manière similaire, la légalisation de la gestation pour autrui est parfois mise en perspective avec l'élargissement de l'accès aux techniques de PMA, alors qu'il apparaît que l'état du droit est très différent et que les techniques ne relèvent pas de la même logique concernant leur mise en œuvre.

57 - Voir, en ce sens, les termes de la consultation définis par le CCNE qui montrent l'ampleur des enjeux actuels et en particulier, le courrier qui a été adressé par le Président du CCNE, Jean-Claude Ameisen aux présidents des commissions des affaires sociales et des lois des deux assemblées et au président de l'OPECST et qui a été lu lors de la séance de 9 heures du mercredi 20 mars 2013 de la Commission des affaires sociales (compte rendu n° 46) – Mme la présidente Catherine Lemorton : « Le Comité consultatif, nous écrit-il, entend organiser des états généraux sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) qu'il s'agisse des nouvelles demandes de la société – femmes célibataires, couples de femmes, couples d'hommes, autoconservation des ovocytes – qui vont au-delà des motifs médicaux aujourd'hui prévus par la loi, de la question de l'anonymat des donneurs de gamètes ou encore de la prise en charge par la solidarité nationale de l'élargissement éventuel des indications de l'assistance médicale à la procréation. ».

58 - L'organisation des états généraux sur la PMA a été repoussée au début 2014 par le CCNE, comme l'a annoncé son Président, Jean-Claude Ameisen, sur RMC/BFM TV, le mardi 2 juillet 2013.

59 - Irène Théry, Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don, EHESS, 2010.

60 - Pour une analyse critique et comparée des discours contre le PACS à la fin des années 1990 et à propos du mariage pour tous en 2012, voir not. Didier Eribon et ses prises de position concernant Irène Théry, voir « Documents pour une histoire de la discrimination (1), (2) et (3) », billets des 8, 11 et 13 janvier 2013 ou encore à propos d'Elisabeth Guigou, voir « Une loi régressive et conservatrice sur la famille », billet du 2 février 2013, <http://didiereribon.blogspot.fr/>.

## B. L'absence de légalisation de la gestation pour autrui

Les opposants au texte de loi ont peur qu'au nom de l'égalité, la gestation pour autrui soit légalisée afin que les couples d'hommes puissent y avoir accès dans la mesure où les couples de femmes auraient, elles, accès à la parenté via les techniques de PMA. Cette conception de l'égalité n'est pas fondée juridiquement, comme le montre actuellement le fait que la gestation pour autrui n'est pas possible pour un couple hétérosexuel dont la femme souffre d'une absence d'utérus alors qu'une autre forme de stérilité lui donnerait accès aux techniques de PMA. En effet, il n'y a pas de lien entre la PMA et la GPA, chacune relevant d'un régime juridique différent et d'une logique différente (1). Pour autant, la reconnaissance de la filiation et de la nationalité des enfants nés à l'étranger d'une GPA tend à relancer le débat (2).

### 1. Absence de lien entre PMA et GPA

La gestation pour autrui est une technique de procréation médicalement assistée au sens large mais elle n'entre pas dans la liste des techniques définies comme étant des techniques de PMA à raison de sa mise en œuvre spécifique, qui implique nécessairement une femme pour la gestation alors qu'elle n'a pas de projet parental propre. A raison de sa nature différente des autres procédés de PMA, qui en dehors du don de gamètes et de l'intervention des médecins ne demandent qu'une faible implication de tiers, la GPA mobilise le corps d'une femme pendant la durée de la grossesse.

La gestation pour autrui fait l'objet d'une condamnation juridique spécifique. D'abord interdite en raison de l'ordre public, elle est aujourd'hui explicitement interdite dans le code civil. Ainsi, la cour de cassation s'est prononcée en assemblée plénière en 1991 sur les conventions de mère porteuse, les interdisant du fait de l'atteinte qu'elles portaient à la fois au principe d'indisponibilité de l'état des personnes et du principe d'indisponibilité du corps humain<sup>61</sup>. La loi bioéthique de 1994 a par la suite introduit l'article 16-7 dans le code civil qui dispose que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Aujourd'hui, le débat tend à se focaliser sur la nature spécifique de la GPA et sur le risque de marchandisation du corps des femmes et des enfants à naître<sup>62</sup>.

La gestation pour autrui fait l'objet d'une interdiction générale en France, pour autant, sa réalisation à l'étranger interroge la pertinence d'une telle prohibition et la forme des sanctions prises à l'encontre des personnes qui contourneraient cette interdiction.

61 - Pour une étude très complète de ces principes, voir Michelle Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, p. 489.

62 - Pour une illustration juridique de l'opposition actuelle à l'encontre de la GPA et la mobilisation d'arguments visant à protéger les femmes, voir not. Muriel Fabre Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

### 2. Des débats relancés par les situations créées à l'étranger

Une circulaire du ministère de la justice intervenue le 25 janvier 2013, dite circulaire Taubira<sup>63</sup>, a relancé la question de la reconnaissance en France de l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger. Cette circulaire d'application immédiate invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité français aux enfants nés à l'étranger d'un parent français même s'il y a vraisemblablement eu recours à une GPA. En effet, le lien de filiation avec le parent français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil et le seul soupçon du recours à une convention de GPA à l'étranger ne doit pouvoir suffire à opposer un tel refus de délivrance qui est préjudiciable à l'enfant.

La légalité de la circulaire a été discutée dans la mesure où elle ne sanctionne pas par le biais de l'état civil le contournement de l'interdiction de la GPA, qui est d'ordre public<sup>64</sup>. Pour autant, il semble que cette solution réponde à une prise en compte concrète de l'intérêt de l'enfant à avoir une situation juridique conforme à sa situation affective et matérielle. L'utilisation de l'état civil comme moyen de sanction des GPA réalisés à l'étranger touche autant, si ce n'est plus durement, les enfants que les parents et peut être qu'il serait possible de mettre en place d'autres types de sanction qui ne viseraient que les personnes responsables. C'est donc dans ce contexte qu'intervient la circulaire Taubira, qui ne légalise en aucun cas la GPA sur le territoire national.

Certaines voix s'élèvent pour défendre une GPA éthique<sup>65</sup>, pratiquée et encadrée sur le territoire français, afin d'éviter des situations juridiques complexe et des dérives quant aux conditions de réalisation (indemnités élevées, conditions de vie des femmes pendant leur grossesse...)<sup>66</sup>.

Ainsi, le texte de loi du 17 mai 2013 ne change aucunement les conditions d'accès aux techniques de PMA, qui font l'objet d'un double verrouillage, ni ne remet en cause l'interdiction de la GPA. Toutefois, le mécanisme d'adoption simple ouvert par le biais du mariage permet au parent de fait d'adopter sous la forme simple l'enfant de son conjoint, parent légal. Les conditions d'accès aux techniques sont des

63 - Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C, BOMJ 31 janv. 2013.

64 - Voir not. en ce sens, Claire Neirinck, *La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi*, Droit de la famille, n° 3, mars 2013, comm. 42.

65 - Sur ces questions, voir le dossier très complet dans Travail, Genre et société, n° 28, novembre 2012 et notamment l'article de Jennifer Merchant, *Une gestation pour autrui « éthique » est possible*, pp. 183-189 qui présente certaines des législations appliquées aux États-Unis qui pourraient servir de modèles ou de bases de discussion.

66 - Au sein du gouvernement, Najat Vallaud-Belkacem, porte-parole du gouvernement et ministre du droit des femmes est comme Aurélie Filipetti, ministre de la culture, en faveur d'une telle solution.

questions bien différentes de leurs effets en termes de filiation comme le montre le contentieux liés à la transcription des actes d'état civil d'enfants nés par gestation pour autrui à l'étranger. Seule une nouvelle loi, la loi sur la famille (les familles ?), permettrait d'ouvrir l'accès des techniques de PMA aux femmes, seules ou en couples. La mise à l'agenda politique de ce nouveau sujet de société semble extrêmement délicate.

La loi du 17 mai 2013 se distingue par sa portée politique, tout comme la décision du Conseil constitutionnel du même jour. Le gouvernement a fait preuve de volontarisme en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, tandis que les sages marquent, avec la réserve d'interprétation, leur indépendance à l'égard de l'ensemble des acteurs politiques du pays et montre la conscience qu'ils ont de leur rôle. Quant à la portée juridique de la loi et de la décision, elle est certes importante, mais son périmètre n'est pas aussi étendu que certains le souhaitaient ou le redoutaient puisque les dispositions relatives à la PMA et à la GPA restent inchangées.