



HAL
open science

La famille par contrat

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

| Daniel Borrillo. La famille par contrat. Presses universitaires de France, 2018, 9782130808312. <hal-05007369>

HAL Id: hal-05007369

<https://hal.science/hal-05007369v1>

Submitted on 26 Mar 2025

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.



HAL Authorization

La famille par contrat

Daniel Borrillo

La famille par contrat

*La construction politique
de l'alliance et de la parenté*



La collection GenerationLibre

La collection Puf/GenerationLibre lancée en 2017 rassemble les livres d'auteurs issus de la nouvelle génération de penseurs libéraux. Sous la direction de Gaspard Koenig, président du think-tank GenerationLibre, cette collection a vocation à diffuser une pensée libérale renouvelée, à la hauteur des meilleures recherches académiques, et adaptée aux grands enjeux de son temps. Fidèle à l'aspiration universelle du libéralisme classique, elle couvre toutes les disciplines, de la philosophie au droit en passant par les sciences cognitives. Tout en s'inscrivant dans la continuité des travaux menés par le think-tank GenerationLibre, les auteurs y développent des écrits plus personnels, voués à susciter le débat. Pour que la liberté brille de ses mille facettes !

ISBN 978-2-13-080831-2

Dépôt légal – 1^{re} édition : xxx

© Presses Universitaires de France / Humensis
170 bis, boulevard du Montparnasse, 75014 Paris

*La loi ne considère le mariage que
comme contrat civil.*

(Art. 7 de la Constitution de 1791)

*Ce serait théoriquement l'un des plus
grands triomphes de l'humanité, l'une
des libérations les plus tangibles à
l'égard de la contrainte naturelle
à laquelle est soumise notre espèce, si
l'on pouvait élever l'acte de la procréa-
tion au rang d'une action volontaire et
intentionnelle.*

Sigmund Freud

*L'histoire de notre droit civil du
mariage depuis cinquante ans est l'his-
toire d'une libération continue.*

Jean Carbonnier

Introduction

Si autrefois, les valeurs chrétiennes encadraient la vie des couples et des familles, au cours de ces cinquante dernières années, le modèle dominant de la famille nucléaire unie pour la vie a volé en éclats. Pour certains, le mariage est une simple association de convenance à la fois psychologique et économique. Pour d'autres, le lien conjugal demeure indissoluble et l'individu doit être au service de la famille. Certains ont une conception romantique de la vie familiale, d'autres préfèrent la dimension « révolution sexuelle » des années 1970. Les croyants sont nombreux à considérer le mariage comme un sacrement et la famille comme une nécessité sociale. Pour d'autres, la vie maritale est le tombeau de l'amour.

Les impératifs économiques, la circulation accrue des personnes, l'égalité hommes-femmes et la reconnaissance des sexualités minoritaires ont changé en profondeur les agencements familiaux. Coexistent ainsi en Europe des ménages solitaires, des familles monoparentales, pluriparentales, recomposées ou homoparentales, des couples binationaux, des groupes domestiques élargis et des familles issues de l'immigration. Dans une même société cohabitent plusieurs manières de concevoir les relations dans le couple ainsi qu'entre les parents et les enfants.

Face à cette réalité multiple, l'État ne devrait-il pas reconnaître la légitimité d'un tel pluralisme et ne privilégier aucune forme familiale sur une autre, sous peine d'agir de manière discriminatoire, compromettant ainsi les principes de liberté et d'égalité ?

Dans nos sociétés démocratiques, la cohésion sociale ne peut plus se fonder sur une morale commune. Dans un monde désacralisé et désenchanté – pour reprendre l'expression de Max Weber –, le sens commun¹ ne devrait-il pas

1. « Ou le sens juridique qui le prolonge », pour reprendre une expression de P. Bourdieu : « Des familles sans nom », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 113, Paris, Liber, juin 1996, p. 3.

reposer désormais que sur le droit ? La pluralité religieuse, la variété d'origines, les différentes opinions politiques et la diversité culturelle rendent impossible une communauté de valeurs morales. Dans un monde globalisé, à l'ère du numérique et de la robotique, ce ne sont pas tant les prescriptions éthiques qui organisent le monde commun que les principes juridiques. La vertu, la compassion, l'amour, la charité, la perfection, la foi ou le sentiment d'appartenance ne sont plus capables d'agencer un socle consensuel sur lequel puisse prendre appui la vie en société. À leur place, des principes juridiques tels que l'égalité, l'autonomie de la volonté, le consentement, la laïcité ou le respect de l'intégrité d'autrui (*noli me tangere*)... constituent les piliers permettant d'organiser l'ordre social. La famille, dans sa dimension traditionnelle, serait morte¹ car ses fondements ne prendraient plus racine dans une morale commune (autorité indiscutable du père, indissolubilité du lien matrimonial, subordination des femmes, sentiment de fraternité, finalité reproductive du mariage, transmission de valeurs...) mais dans les différents intérêts individuels qui la composent. Désormais, ce seraient les affinités choisies qui font famille et non pas les cadres institutionnels imposés. C'est dans ce contexte qu'il nous est possible de penser le fait familial. C'est-à-dire, à partir de la pluralité de formes qu'il adopte et non pas en fonction d'une vision modélisée de celui-ci, selon laquelle la famille apparaît comme une organisation naturelle antérieure au politique. Ce fut, cependant, cette conception qui a été cristallisée dans les principales constitutions nationales lorsque celles-ci désignent le phénomène familial comme une « société naturelle² », le fondement de la Nation³ et de

1. D. Cooper, *La Mort de la famille*, Paris, Seuil, 1975.

2. Constitution italienne du 27 décembre 1947 (art. 29).

3. Selon l'article l'art. 119 de la Constitution allemande de 1919 : « Le mariage en tant que fondement de la vie de famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection particulière de la Constitution. Il repose sur l'égalité des droits des deux sexes. Il incombe à l'État et aux communes de veiller à la pureté, à la santé et à l'amélioration sociale de la famille. Les familles nombreuses ont droit à des mesures qui com-

la République¹, le « groupement primaire, naturel et fondamental de la société » ou encore une « institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute loi positive »². En revanche, les conventions européennes ont mis l'accent sur le droit de l'individu à la vie familiale³. Si bien que les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) adoptent une approche souple tenant compte de la diversité des formes familiales, ainsi que des implications du divorce et des progrès scientifiques en matière de procréation. Dans les démocraties modernes, la base juridique de la société est l'individu. Celui-ci apparaît comme le créancier d'un droit subjectif à la vie familiale protégée par les instruments européens des droits fondamentaux. Le choix de fonder une famille relève d'une décision personnelle et intime. Aussi, les juges de Strasbourg ont-ils reconnu l'existence d'un « lien de parenté *de facto* » entre un transsexuel et l'enfant de sa compagne⁴, la validité du mariage d'un individu transgenre et de son futur conjoint de même sexe biologique⁵ ou encore le droit pour les homosexuels d'adopter un enfant⁶. La CEDH promeut donc une forme de libéralisme familial entendu comme faculté de l'individu d'organiser sa vie privée et domestique et non pas comme un statut du groupe. Le pluralisme est exclu uniquement lorsqu'il aboutit à l'atteinte des droits individuels : violence domestique, inégalité des

pensent leurs charges. La maternité a droit à la protection et à la sollicitude de l'État. »

1. Constitution française du 4 novembre 1848, Préambule, art. IV : « [La République] a pour principe la Liberté, l'Égalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public. »

2. Constitution d'Irlande de 1937 (art. 41).

3. Art. 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. » L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend exactement les mêmes termes.

4. CEDH, *X.Y.Z. c/ Royaume-Uni*, 22 avril 1997.

5. CEDH, *Goodwin c/Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

6. CEDH, *E.B. c/France*, 22 janvier 2008.

filiations, discriminations des femmes, non-reconnaissance des couples de même sexe, séparations des enfants...

*
* *

Lorsque j'utilise ici le terme « contractualisation », je ne fais pas référence à ce que, traditionnellement, les juristes comprennent par contrat, c'est-à-dire une relation exclusivement patrimoniale. Je me sers de ce terme dans le sens plus large de convention ou pacte, car je prétends également y faire rentrer des relations extrapatrimoniales. C'est surtout l'idée de convention qui constitue l'arrière-fond de mon analyse en particulier lorsqu'elle fait référence à deux questions capitales. D'abord, la convention est ce qui résulte d'un accord, d'une volonté humaine, contrairement à l'idée de nature qui renvoie à ce qui est spontané et indépendant de cette volonté. Contractualiser signifie donc faire sortir la famille de l'évidence de ce qui est naturel, nécessaire et universel pour la porter sur le terrain de ce qui est relatif, historique et culturel. Puis, placer la vie domestique sur le champ de la convention facilite la création d'une sphère intime dans laquelle les individus sont capables de s'autoréguler. Il s'agit donc de potentialiser l'autodétermination individuelle des membres de la famille en promouvant la liberté, l'égalité¹ et la diversité. La dépénalisation de l'adultère, l'égalité des enfants naturels, le divorce par commun accord, l'égalité patrimoniale de la femme mariée, le contrôle de natalité et l'autorité parentale partagée constituent tant d'exemples de la contractualisation du droit de la famille. Toutefois, ce processus de subjectivation n'a pas été mené à terme et demeurent encore plusieurs situations qui résistent au caractère progressif de contingence et au polymorphisme du phénomène familial. La famille apparaît progressivement

1. Voir en ce sens la loi du 13 juillet 1965, laquelle, en modifiant le droit des régimes patrimoniaux, vint consacrer l'égalité entre époux.

comme un instrument d'autoréalisation des membres qui la composent plutôt que comme une fin en soi. Contrairement au foyer traditionnel, les familles contemporaines ne rempliraient plus les fonctions sociales élémentaires comme la transmission des normes, la protection économique, la solidarité intergénérationnelle... tâches dévolues à l'État-providence qui, depuis l'après-guerre, assure la solidarité patrimoniale élémentaire. Et même la fonction biologique de reproduction n'est plus le monopole des familles depuis l'accès à l'adoption plénière et aux techniques de reproduction médicalement assistée aux individus seuls ou en couple stérile (PMA, GPA).

La contractualisation et la déjudiciarisation du contentieux familial constituent les outils permettant d'accompagner ce processus de subjectivation qui place la famille au sein de la vie privée et non plus comme une institution publique. Après le communisme familialiste des sociétés traditionnelles, la modernité fait émerger l'individuation domestique de type relationnel et non plus institutionnel¹. Le seul moyen de garantir la pluralité et la démocratie familiale serait que l'État se borne à protéger des contrats privés, ce qu'Ogien a appelé de manière éclatante « le mariage minimal² ». Après tout, vivre en couple ou fonder une famille est un choix de vie personnel, qui n'a pas à être ni promu ni limité par les pouvoirs publics.

*
* *

Dans nos sociétés ouvertes, le fait familial prend des formes multiples et variées. Paradoxalement, alors que tous les sondages d'opinion mettent en évidence l'attachement des Français à la famille, celle-ci apparaît de nos jours plus

1. F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993.

2. R. Ogien, « Le mariage prisonnier de l'État », *Contemporary French Civilisation*, 39-3, 2014.

que jamais éclatée. Le nombre de mariages ne cesse de diminuer et les enfants nés hors mariage représentent 60 % des naissances (Insee, 2018). Les formes plus souples d'union (concubinage et Pacs) continuent à être plébiscitées. Presque deux millions d'enfants vivent en familles recomposées, souvent avec des enfants d'anciennes unions. Le nombre de familles monoparentales ne cesse de croître depuis quarante ans, elles sont aujourd'hui trois fois plus nombreuses qu'en 1968. Plus notre société se dit attachée aux valeurs familiales, plus on divorce. Et pour cause : la moitié des couples se séparent en moyenne après cinq ans de vie commune. Le sentiment semble le seul socle du lien conjugal qui est entretenu uniquement dans la mesure où les partenaires trouvent une satisfaction suffisante pour souhaiter y demeurer¹. Comme l'a bien montré Giddens, conjugalité, maternité, paternité, amour, sexe et famille se conjuguent dans la diversité. Déjà dans les années 1950, Carbonnier affirmait que « l'histoire de notre droit civil du mariage depuis cinquante ans est l'histoire d'une libération continue² ». Ce processus s'accélère à la fin des années 1960 grâce à une révolution sociétale qui remet en cause les fondements même de la famille traditionnelle. La libéralisation de la contraception en 1967 et la dépénalisation de l'avortement en 1975 préfigurent la révolution de la vie privée aussi bien sur le plan du couple que sur celui de la filiation. Le cadre normatif permettant d'organiser une telle situation ne peut plus reposer sur l'autorité du chef de famille (*pater familias*) mais sur la négociation.

Paradoxalement, les théories prônant le retour à l'institutionnalisation du fait familial depuis la fin des années 1970 sont accompagnées d'une désaffectation progressive de

1. A. Giddens, *Modernity and Self-Identity : Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford, Stanford University Press, 1991.

2. J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Paris, LGDJ, 1950.

l'État en matière sociale¹. De telle sorte que les foyers qui disposent d'une plus grande capacité financière peuvent compléter les carences de l'État providence, d'autant plus qu'elles demeurent pratiquement les dernières bénéficiaires de celui-ci. Les travaux de Jacques Commaille et Claude Martin ont démontré le caractère profondément inégalitaire de nos sociétés dans lesquelles tous les individus – suivant leur appartenance sociale, leur sexe et surtout leurs familles – ne disposent pas des mêmes ressources pour s'y inscrire positivement. La naturalisation des liens familiaux s'accommode parfaitement d'un certain déterminisme social et politique. Rawls a raison d'affirmer que le principe d'égalité de chances ne peut se réaliser que partiellement et d'une manière imparfaite tant qu'il existe la famille. Et ceci est d'autant plus pertinent dans les pays de droit continental où le système successoral non seulement porte atteinte à la liberté patrimoniale mais participe aussi à la diminution de l'égalité globale de la société.

Considérer la vie conjugale comme un chapitre de la vie privée est devenu une évidence depuis l'adoption de la loi de 1975 introduisant le divorce par consentement mutuel. La contractualisation des liens conjugaux apparaît non seulement comme le fruit de l'évolution des mœurs mais aussi comme l'espace d'affirmation des valeurs d'autonomie et d'égalité des individus. Ainsi, la loi du 4 juin 1970 met fin à la notion de chef de famille et institue l'autorité parentale partagée en lieu et place de la puissance paternelle. La réforme du nom patronymique en 2002 octroie une place plus importante à l'expression des volontés individuelles : les parents ont désormais la possibilité de choisir de transmettre à leur descendance le nom du père, celui de la mère,

1. Mais le paternalisme d'État n'a jamais cessé d'exister en matière familiale, comme le démontre Remi Lenoir notamment avec la multiplication d'allocations aux parents isolés, aux orphelins, à la femme salariée en cas de maternité ou les déductions fiscales : « La Famille, une affaire d'État », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 113, juin 1996, Paris, Liber, p. 16.

ou leurs deux noms accolés. Et le divorce par consentement mutuel sans juge, mis en place par la loi du 18 novembre 2016, constitue un pas de plus dans le long processus de privatisation de la vie conjugale. Toutefois, un certain nombre de situations imposées par l'État, signe du passé institutionnel du mariage, empêchent d'aller jusqu'au bout de la théorie contractuelle, comme les empêchements au mariage, la publication des bans à la porte des mairies, le devoir conjugal (cohabitation charnelle), l'obligation de fidélité, le domicile commun obligatoire, la création d'un lien juridique avec la belle-famille (alliance), l'imposition d'un régime économique, les devoirs d'entraide entre adultes, la réserve héréditaire, la présomption de paternité... Les conjoints sont ainsi prisonniers de l'ordre public imposé par l'article 1388 du code civil : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle. »

Ce sont les liens de parenté qui résistent le plus à ce processus de contractualisation au nom de principes transcendants mais aussi en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Tout se passe comme si, dans un univers en pleine mutation, l'institutionnalisation de la filiation permettait de garantir la stabilité des liens familiaux. Au moment même d'introduire au sein du fait familial la double aspiration à la liberté et à l'égalité, une réaction conservatrice vient contrebalancer cet espoir en restaurant une logique biologisante : la filiation sera désormais davantage calquée sur le modèle de la reproduction. Au « désordre démocratique » il faut dorénavant opposer l'ordre rassurant de la filiation instituée. La vulgate psychanalytique et une certaine expertise officielle se sont alliées pour « sauver » l'institution familiale face à « l'individualisme désintégrateur » et, pour ce faire, leurs discours se sont articulés autour de la filiation. Pour les conservateurs, la famille ne peut pas se concevoir comme une réalité produite par la volonté des individus mais elle doit être instituée en référence à des finalités supérieures.

Ce mouvement de renforcement de la dimension institutionnelle de la parenté se fonde sur la confusion entretenue entre procréation et filiation. Cependant, si l'engendrement relève du biologique, la filiation constitue un événement éminemment conventionnel. Elle peut certes tenir compte du fait naturel mais, en tant que dispositif d'agencement parental, la filiation répond à des règles propres, affranchies de la nature. En Occident, la morale des barbares (ordalies) et le droit canonique (*copula carnalis*) eurent en commun la vérité du corps comme fondement du lien juridique, contrairement à la civilisation romaine dans laquelle la volonté (l'esprit) constituait la clé de voûte de l'organisation juridique¹. Si le droit public s'est tourné vers Athènes pour penser le fondement politique dans la délibération démocratique du peuple, le droit privé devrait parachever le retour à Rome, commencé par la Révolution française, et poser également comme assise de la vie privée la délibération et la négociation des individus dans la sphère domestique. Ainsi, le droit moderne opérerait un retour aux règles du droit civil romain, octroyant à l'autonomie de la volonté une place centrale dans l'établissement des liens de filiation et donnant à la *fictio legis*, en tant que dispositif de promotion de la justice, une place éminente. Car désormais, ce qui compterait, ce ne sont pas tant les racines naturelles des institutions juridiques que les instruments techniques capables de garantir certains effets sociaux (par exemple la paix des familles ou la solidarité volontaire entre les générations). Le problème semble provenir de l'imperméabilité du fait familial à cette logique conventionnelle. Pourtant, de nos jours, le processus de démocratisation de la sphère intime préfigure le type d'instrument susceptible de mieux réguler les relations intra-familiales : le contrat². Il s'agirait d'une sorte de citoyenneté

1. J.-P. Baud, *L'Affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

2. X. Labbé, *Les Rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Villeuneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1996.

familiale fondée sur le principe d'autonomie, sur les relations libres et égales et sur la capacité individuelle à délibérer, à choisir, à négocier les divers cours possibles de l'organisation domestique. La régulation de type conventionnel serait d'autant plus pertinente que le contrat du XXI^e siècle comprend aussi une dimension protectrice. Il suffit, pour ce faire, de considérer l'évolution du droit de la consommation ou l'introduction de la notion d'ordre public économique¹ qui permet de maintenir l'autonomie de la volonté tout en protégeant la partie la plus faible de la relation contractuelle. En tout état de cause, il est permis de se demander pourquoi, dans une société d'individus telle que la nôtre, tout se passe comme si la vie de couple devenait synonyme d'abdication de la liberté, si bien que des obligations et parfois des privilèges s'imposent sans que le consentement individuel ne soit nullement sollicité.

Cette méfiance de l'individu apparaît non seulement sur le plan horizontal du couple mais aussi et surtout sur le plan vertical de la filiation où l'avènement des techniques de procréation artificielle, permettant la dissociation entre sexualité et reproduction, a provoqué une panique morale² conduisant non pas à réaffirmer les grandes principes du droit civil de la famille tels l'égalité, l'autonomie ou l'intérêt de l'enfant mais à mettre en avant une vulgate psychanalytique qui a empêché de penser de manière sereine les nouvelles formes familiales³. Aussi, A. Burguière a raison d'affirmer que « la désacralisation de la relation conjugale [...] tend, par ricochet, à resacraliser les relations de filiation

1. La notion d'ordre public économique (ou ordre public de protection) fut introduite par Georges Ripert en 1934 pour la distinguer de l'ordre public classique (de direction).

2. R. Ogien, *La Panique morale*, Paris, Grasset, 2004.

3. E. Fassin, « La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique », in D. Borrillo et E. Fassin, *Au-delà du Pacs*, Paris, Puf, 1999.

comme si elles étaient le seul support d'une solidarité familiale authentique¹ ». Ce retour du sacré passe par l'importance croissante du sang dans la construction des liens filiaux. Si bien que la Cour de cassation, dans un célèbre arrêt du 28 mars 2000, va théoriser la prééminence de la vérité biologique. La distinction traditionnelle entre reproduction (fait biologique) et filiation (fait culturel), fondement du droit civil moderne, se trouve ainsi questionnée. Non pas à partir d'arguments classiques provenant du droit canonique, mais par un double dispositif qui fera de la différence des sexes une condition *sine qua non* de la filiation et placera l'expertise sanguine et la preuve d'ADN au cœur du dispositif juridique de la parenté.

Les lois de bioéthique de 1994, anticipant la revendication des futurs parents gays et lesbiens, avaient pris soin de réserver l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels. La peur d'une filiation unisexuée, fruit de la reconnaissance d'un droit à la filiation pour les couples de même sexe, a eu comme résultat de modifier radicalement la notion juridique de filiation, conçue désormais comme un événement naturel ou naturalisable². La crainte de l'institutionnalisation de l'homoparenté et la foi dans la preuve biologique (sanguine ou génétique) affaiblirent d'autres figures de la filiation qui reposent sur la volonté et sur le vécu. Les grands principes démocratiques autour desquels s'articule le droit civil, tels l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, l'égalité ou la libre disposition de soi se trouvent ainsi déplacés au profit des nouvelles prescriptions fondées sur l'ordre symbolique de la différence de sexes, la vérité biologique, l'accès aux origines, la structuration psychique des enfants ou la dignité humaine.

1. A. Burguière, « La famille sous l'éclairage de l'histoire », *Figures de la psychanalyse*, 2/30, 2015.

2. E. Fassin, « La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction », *Journal des anthropologues*, 88-89, 2002 (*Médecine et biologie. Chimères et production du social*), p. 103-122.

La tension entre vérité objective et vérité affective ne risque-t-elle pas de remettre en question d'autres formes d'accès à la filiation comme l'adoption plénière, la PMA avec donneur ou tout simplement les familles monoparentales ? La naturalisation de l'ordre juridique ne constitue-t-elle pas un nouveau dogme susceptible de paralyser le débat démocratique ? Et l'exigence de la différence des sexes pour la PMA n'occulte-t-elle pas une forme inavouée d'homophobie ? La prééminence du biologique ne favorisera-t-elle pas une nouvelle hiérarchie des filiations ?

Face à l'angoisse des nouvelles formes de parenté, ne risquons-nous pas de nous réfugier derrière des certitudes biologiques ? Peut-on considérer que tout individu construit son identité principalement sur la base du patrimoine génétique transmis ? La différence de sexes ou la vérité biologique peuvent-elles constituer un statut symbolique supérieur à celui de la volonté et des affects ?

La famille n'existe pas

La famille, en tant que telle, est dépourvue d'existence juridique. Seule la personne physique (l'individu) ou la personne morale (société, État, fondation...) constituent des sujets de droit. Le code civil français ne contient aucun titre ni aucun chapitre relatif à la famille. Celle-ci se trouve de manière implicite dans les relations interindividuelles d'alliance (mariage, Pacs, concubinage) ou de filiation (charnelle, adoptive, assistance médicale à la procréation...). Depuis la Révolution, seul l'individu apparaît comme titulaire de droits familiaux. La famille n'est pas une personne juridique et seules les relations familiales sont susceptibles de régulation.

Si le code Napoléon a beaucoup nuancé la dimension contractuelle du mariage, il ne faut pas oublier que la Constitution de 1791 donnait à celui-ci une dimension purement conventionnelle. Ainsi, son article 7 établissait que

« La loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». Conformément à l'esprit de ladite constitution, l'Assemblée votait le 20 septembre 1792 une loi sur l'état civil dans laquelle était établi que le mariage est dissoluble par le divorce sans juge (Titre IV section V, art. 1^{er}).

Sacrement sous l'Ancien Régime¹, contrat pour la Constitution de la Première République, institution pour le code Napoléon, le mariage n'est en réalité qu'un formidable révélateur de l'état des mentalités. La famille est une construction sociale². Les diverses formes qu'elle a adoptées tout au long de l'histoire nous obligent, par souci de précision, à utiliser le terme au pluriel : *familles* plutôt que *famille* ou même *agencements affectifs*, pour nous référer aussi, avec plus de justesse, à ces nouvelles formes de cohabitation informelle. La famille, au singulier, en tant que modèle d'organisation de la vie privée, s'impose souvent comme une évidence malgré les contours disparates que cette institution prend dans la vie réelle³. La naturalisation du phénomène familial n'est pas le propre de la pensée théologique, elle apparaît également chez les théoriciens contractualistes, alors même que ce sont eux qui ont inventé la conception culturaliste des liens sociaux. Ainsi, Rousseau affirme que « la plus ancienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille⁴ ». Locke voit dans celle-ci la communauté, la plus proche de l'état de nature. Plus tard, Portalis, lors de l'élaboration du Code Napoléon, affirmera : « Le mariage a précédé toute loi positive ; dérivé de la constitution même de

1. Le mariage apparaît comme un sacrement à côté du baptême, l'eucharistie et la pénitence au XII^e siècle lorsque le Pape Lucius III décide de l'introduire dans un décret de 1184 contre les hérétiques. Plus tard, Grégoire IX introduit le mariage dans la liste de sept sacrements (1234).

2. R. Lenoir, « Politique familiale et construction sociale de la famille », *Revue française de science politique*, 6/41, 1991, p. 781-807.

3. M. Borgetto, « Métaphore de la famille et idéologies », in *Le Droit non civil de la famille*, Paris/Poitiers, Puf/Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1983, p. 1-21.

4. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, chap. 1.2, 1762.

notre être, il n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs¹. » Et, si pour Rousseau, le pouvoir ne doit pas être fondé sur le modèle familial, l'ordre patriarcal demeure incontestable à l'intérieur de la domesticité : « La famille est donc, si l'on veut, le premier modèle des sociétés politiques : le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants ; et tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité². » La rupture avec le naturalisme en matière politique n'a pas trouvé chez les libéraux un équivalent sur le terrain familial. Certes, il s'agit de critiquer la théorie conservatrice³ qui prétend fonder l'État sur l'ordre naturel des familles tel que le paternalisme de Bossuet ou de Filmer l'avait fait au XVII^e siècle mais en considérant le fait familial comme antérieur au contrat social, les contractualistes perpétuent la naturalisation de celui-ci. Ni Hobbes, ni Rousseau ni Locke ni Constant n'ont pris comme objet d'analyse la famille en tant que telle : la société familiale est substantiellement différente de la société politique⁴. La différence entre les libéraux et les conservateurs réside sur le fait que ces derniers considèrent que la société politique est fondée sur le pouvoir paternel alors que les premiers estiment qu'elle doit être fondée sur la volonté mais tous deux sont d'accord sur la qualité naturelle de la société domestique. Cette conception va jusqu'à se cristalliser dans *L'Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert :

FAMILLE (*Droit nat.*) en latin, *familia*. Société domestique qui constitue le premier des états accessoires & naturels de l'homme.

1. J. E. M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil. Écrits et discours juridiques et politiques*, (1801), Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Publications du Centre de philosophie du droit », 1988, p. 37.

2. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, *op. cit.*

3. A. Verjus, « Du patriarcalisme au paternalisme. Les modèles familiaux de l'autorité politique dans les Républiques de France et d'Amérique », in P. Serna (dir.), *Républiques sœurs. Le Directoire et la Révolution atlantique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 35-52, 2009.

4. J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, § 84.

En effet, une *famille* est une société civile, établie par la nature : cette société est la plus naturelle & la plus ancienne de toutes : elle sert de fondement à la société nationale ; car un peuple ou une nation, n'est qu'un composé de plusieurs *familles*.

Le fait familial est ainsi présenté comme la part naturelle du monde social et, en ce sens, il est nécessairement prépolitique. Si le pouvoir politique est désormais fondé sur la raison et le contrat, le pouvoir domestique demeure exempt de cette refondation, autrement dit, la rupture opérée au niveau de la société civile par rapport à la tradition n'aura pas lieu en matière familiale car elle sera toujours conçue dans cette continuité apolitique.

En comprenant ainsi la famille, les théoriciens libéraux ont prolongé une idéologie naturaliste de l'organisation familiale en les empêchant de voir ce que bien plus tard les théories féministes ont mis en lumière : c'est au sein du modèle familial que s'articulent les formes les plus archaïques du pouvoir¹. En renvoyant le fait familial à l'espace « naturel », les grands théoriciens du politique se sont privés d'un terrain particulièrement fécond d'observation et d'analyse. La situation est si étonnante qu'il est légitime de se demander si cette naturalisation de la famille ne constitue pas la limite effective de leur pensée.

Cette *Weltanschauung* n'a pas tardé à produire ses effets : la famille deviendra l'espace le plus tardif à être politisé et le plus difficile à démocratiser. Michel Borgetto a bien montré comment la métaphore familiale a gardé sa force après la Révolution en déplaçant la question de l'autorité naturelle du père (le roi) vers celle de la Nation comme une grande patrie fraternelle. Cette idéologie « suggère qu'il existe entre toutes les composantes de la société une parenté naturelle ou élective et une solidarité d'intérêts et de sentiments qui transcendent toutes les divisions. Elle culpabilise et accuse implicitement ceux qui inclinent à rompre les liens familiaux

1. W. Brown, *Politiques du stigmaté. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, Paris, Puf, 2016.

et l'unanimité qu'ils impliquent¹... » Cela étant dit, il est certain aussi que les théoriciens du contrat, en réfléchissant de manière critique à l'origine de l'autorité parentale, ont permis d'ouvrir une brèche épistémique dans l'ordre familial leur permettant de penser autrement le fondement de la *patria potestas*². Ainsi, Locke considère qu'une fois que les enfants sont élevés, il n'existe aucune raison permettant de justifier l'indissolubilité du *ius nubendi*. Tocqueville, quant à lui, avait aperçu le problème lorsqu'il observe les dynamiques familiales en Amérique, en particulier l'affaiblissement de l'autorité patriarcale dans le passage d'une société aristocratique vers une société démocratique³. En concevant les hommes et les femmes égaux dans la société naturelle de la famille, les théoriciens du contrat, contrairement à ce que prétend une vulgate postmoderne, n'ont nullement justifié le patriarcat mais au contraire permis, à partir de la critique de l'autorité du père, sinon de mettre fin au pouvoir

1. M. Borgetto, *Le Droit non civil de la famille*, *op. cit.* p. 17.

2. « Le pouvoir donc que les pères et les mères ont sur leurs enfants, dérive de cette obligation où sont les pères et les mères de prendre soin de leurs enfants durant l'état imparfait de leur enfance. Ils sont obligés de les instruire, de cultiver leur esprit, de régler leurs actions, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de raison, et qu'ils puissent se conduire eux-mêmes. [...]. Mais lorsqu'il est parvenu à cet état qui a rendu son père un homme libre, le fils devient homme libre aussi » (J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, § 58).

3. « Dans les pays aristocratiquement et hiérarchiquement organisés, le pouvoir ne s'adresse jamais directement à l'ensemble des gouvernés. Les hommes tenant les uns aux autres, on se borne à conduire les premiers. Le reste suit. Ceci s'applique à la famille comme à toutes les associations qui ont un chef. Chez les peuples aristocratiques, la société ne connaît, à vrai dire, que le père. Elle ne tient les fils que par les mains du père ; elle le gouverne et il les gouverne. Le père n'y a donc pas seulement un droit naturel. On lui donne un droit politique à commander. Il est l'auteur et le soutien de la famille ; il en est aussi le magistrat. Dans les démocraties, où le bras du gouvernement va chercher chaque homme en particulier au milieu de la foule pour le plier isolément aux lois communes, il n'est pas besoin de semblable intermédiaire ; le père n'est aux yeux de la loi, qu'un citoyen plus âgé et plus riche que ses fils... » (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Laffont, 1986, p. 559).

masculin, tout au moins de l'affaiblir considérablement dans ses fondements. Cependant, il a manqué un pas, celui consistant à désacraliser la famille en la faisant entrer dans la grille de lecture de la société civile (le contrat) pour penser la première à partir de la liberté et de l'égalité des individus (hommes ou femmes) qui la composent et non pas comme un élément naturel. La vision contractualiste des liens sociaux constitue la base d'une construction démocratique de la vie domestique. Pour ce faire, il suffirait de rendre le contrat familial sexuellement neutre plutôt que de dénoncer le caractère patriarcal comme étant de l'essence même de la fiction contractualiste¹. À vouloir jeter le bébé avec l'eau du bain, un certain féminisme matérialiste a privé la pensée critique du véritable outil d'émancipation politique : le contrat. Ce n'est pas parce que les théoriciens classiques ont décidé de laisser le fait familial en dehors du contrat social qu'il est impossible de le faire rentrer dedans. Il suffirait de fonder la famille aussi sur la libre association des individus. Cela ne veut nullement dire que le contrat constitue une réalité sociologique : il s'agit, dans cette conception libérale, d'un outil critique capable d'empêcher la justification d'un ordre familial quelconque en dehors de la volonté individuelle.

Or, le danger contre la théorie du mariage-contrat telle qu'elle avait été instituée par la Révolution française ne provint pas seulement de la religion ou de la pensée naturaliste mais aussi de la peur, au début du XX^e siècle, de voir la France se dépeupler de futurs soldats. Boulogne a raison de s'interroger :

Si le mariage n'est qu'un contrat que les individus peuvent conclure et résilier à leur gré, les intérêts supérieurs de la nation sont-ils toujours garantis ? Certains tentent alors de substituer à cette notion de mariage-contrat celle de mariage-institution, de mariage-état qui dépasserait la simple volonté des deux époux,

1. Tel que le fait C. Pateman, *Le Contrat sexuel*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 2010.

et même celle du législateur [...]. Dans cette conception métaphysique au sens comtien du terme, l'institution matrimoniale devient une idée abstraite et inaltérable, héritière de l'intuition divine que l'on s'est contenté de laïciser sommairement ¹.

Pourtant, le caractère historique du fait familial avait été démontré par tous les courants sociologiques depuis le XIX^e siècle. Engels expliquait les dynamiques familiales à partir des rapports sociaux de production. La famille étendue d'origine rurale cesse d'être la norme vers la fin du XIX^e siècle, période qui donnera naissance à la famille moderne de type nucléaire ², puis elle devient incertaine ³. En moins d'un siècle, toutes les conceptions modéliques de la famille ont volé en éclats. En Occident, les familles sont nucléaires, monoparentales, recomposées, homoparentales, composées d'enfants biologiques, adoptifs ou issus d'une assistance médicale à la procréation. Auparavant, les liens familiaux étaient enracinés dans des statuts et des rôles hiérarchiques prédéterminés. Cette famille instituée relevait moins des choix personnels que des injonctions publiques tels le souci démographique, l'éducation des enfants, l'économie domestique. La volonté d'émancipation des individus de toutes ces formes d'assignation l'a mené vers un processus de privatisation des liens familiaux. Comme l'affirme J. Commaille, « de ce point de vue, le contrat apparaît à la fois comme l'instrument revendiqué par des individus autonomes pour gérer le système d'interactions sociales dont ils tentent d'avoir la maîtrise et comme le moyen le plus adéquat pour les autorités publiques de métamorphoser une régulation des liens familiaux privés qui ne saurait plus s'exercer sur le mode de l'imposé ⁴ ».

1. J.-C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Lattès, 1995, p. 327.

2. T. Parsons, *The Structure of Social Action*, New York, Free Press, 1937.

3. L. Roussel, *La Famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989.

4. J. Commaille, « L'économie socio-politique des liens familiaux », *Dialectique*, 174/4, 2006, p. 95-105.

Après une longue et réfléchie histoire du mariage en Occident, Jean-Claude Bologne souligne :

Devenu la conclusion d'une histoire d'amour et non le début d'un nouvel état, le mariage tend à devenir un acte et non plus un statut. Ce n'est plus par son mariage que l'homme trouve sa place dans la société, mais par sa position sociale et son emploi. Il n'y a plus besoin d'être marié pour reconnaître un enfant et en faire son héritier. Quant à la sexualité, depuis la découverte des moyens contraceptifs et de protections efficaces contre les maladies sexuellement transmissibles, elle n'a plus besoin d'être enfermée dans le mariage. Les vieilles justifications du mariage tombent les unes après les autres¹...

Le lecteur ne trouvera pas dans cet ouvrage une histoire de la famille. Il ne s'agit pas non plus d'un essai sur la sociologie des familles, encore moins d'une étude sur les politiques familiales. Nous nous attachons simplement à tenter d'expliquer comment les relations familiales se sont affranchies progressivement de toute forme de naturalisme, provoquant une rupture avec l'ordre traditionnel et produisant un pluralisme de l'organisation de la vie intime. Sortir d'une vision naturalisée de la famille passe d'abord par la démonstration de son caractère historique et puis par la proposition d'une autre grille de lecture qui est celle de la prééminence de l'individu. C'est à partir de cette libre association d'individus qu'il faudrait penser le phénomène familial et non pas en fonction d'un principe extérieur quelconque ou de toute autre entité transcendante telle la Nature, la cohésion sociale, l'ordre symbolique, la vérité biologique, le système de parenté, la fonction anthropologique du droit et autres invariants.

La contractualisation des liens familiaux permet de laisser dans les mains des principaux intéressés la limitation et le contenu de la communauté des affects. Les nouvelles formes

1. J.-C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, op. cit., p. 416.

d'intimités, les nouveaux modes de relation si chers à Foucault peuvent trouver dans le cadre du contrat une concrétisation juridique.

Suivant la manière traditionnelle dont la question est traitée par le droit, l'ouvrage est divisé en deux grandes parties, la première consacrée au couple et la seconde portant sur la filiation. Si le discours conservateur, mettant en avant la primauté de la famille sur l'individu, participe d'une tentative de dépolitisation du fait familial, une théorie contractualiste de la vie familiale apparaît non seulement comme une garantie de pluralisme mais aussi comme un instrument permettant d'introduire les questions domestiques dans la délibération politique. L'individu ne pourrait donc être opposé au bien commun qui serait la famille. L'aspiration démocratique à la liberté et à l'égalité, loin de constituer une menace pour la cohésion sociale, ne serait que la condition *sine qua non* d'une citoyenneté privée mieux à même de s'articuler avec la citoyenneté publique.

Une théorie politique de l'organisation familiale, conçue à partir de la volonté et de l'autonomie individuelle, loin de délaisser l'intérêt de l'enfant et de déresponsabiliser les adultes, ne permettrait-elle pas de mieux préserver, dans un cadre plus démocratique, les droits et les obligations de chaque membre de la famille ? La responsabilisation des individus s'accompagnerait ainsi d'une responsabilisation de l'État en tant que garant de l'égalité des personnes. Par conséquent, le courant institutionnaliste pourrait aussi s'interpréter comme une mouvance de déresponsabilisation de l'État par un retour aux solidarités familiales classiques.

La famille serait ainsi une question non seulement sociologique et politique mais aussi économique. Et les sciences humaines montrent du reste les évolutions et les bouleversements des familles et la manière dont l'État accompagne ou n'accompagne pas les changements sociaux¹. Nous nous

1. A. Burguière, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen, F. Zonabend, *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1994.

promenons ainsi entre l'histoire et la sociologie en passant par l'économie pour penser le droit. Cet ouvrage propose quelques pistes de réflexion permettant de problématiser autrement notre relation au couple, à la procréation, à la filiation et à la parenté en plaçant ces réalités dans leur dimension historique et en rappelant les principales règles civiles qui gouvernent cette forme spécifique de rapport interindividuel qu'est la famille. Il s'agit enfin de chercher la source des relations familiales dans l'autonomie de la volonté de l'individu et non pas dans l'hétéronomie de l'ordre public ou celui de la Nature. Les parents devraient être celles et ceux qui le désirent, dans le cadre d'un projet responsable, et non pas celles ou ceux que la biologie désigne. La théorie générale du contrat permet d'articuler un droit à la vie familiale plus proche des exigences actuelles de liberté et de diversité en augmentant, de surcroît, le degré d'égalité et de justice sociale.

I

Le mariage : du sacrement au contrat

Dans les sociétés traditionnelles, le mariage était conçu comme une alliance de clans au sein de laquelle l'échange de femmes constituait un élément essentiel de cette forme anthropologique de « commerce ». La volonté des partenaires n'était nullement prise en considération ; il s'agissait d'abord d'assurer la conservation du patrimoine et la continuité de la lignée. Comme le note Alfred Schwartz :

L'échange matrimonial est essentiellement centré sur le problème du paiement de la dot. Or, le règlement du prix de la fiancée n'est pas une dette dont on s'acquitte une fois pour toutes, mais un processus qui s'étale dans le temps, et remet constamment en cause les termes de l'échange. Bien plus, le paiement de la dot n'est pas qu'une tractation économique : il approprie et légitime la filiation. Or, acquérir une femme, c'est acquérir une progéniture en puissance, qu'il ne faut à aucun prix laisser échapper¹.

Ces fonctions économique et procréatrice articulaient le modèle du mariage qui, ne présupposant aucunement une affection réciproque, était dès lors régi par une stricte distribution des rôles en vertu de laquelle la femme était soumise à l'autorité incontestable de l'homme. Alors qu'en Occident, l'organisation familiale va se structurer progressivement autour du mariage individuel, d'autres civilisations ont continué à le concevoir comme un pacte clanique. Ainsi, dans la majorité des sociétés traditionnelles de type patrilineaire, l'échange de sœurs d'un groupe d'hommes avec un

1. A. Schwartz, « Formes de mariage et stratégie sociale dans la société Guéré traditionnelle », *Cahiers ORSTOM*, VIII/2, 1971, série « Sciences humaines ».

autre groupe d'hommes organise le commerce marital. Dans les sociétés matriarcales, l'homme a une fonction reproductrice et la paternité, purement symbolique, est assumée souvent par le frère de la mère¹. Les travaux d'Evans-Pritchard montrent que chez les Azandes, en Afrique, des hommes se mariaient avec des garçons et que, même s'ils disposaient de femmes, dans des périodes de guerres, ils partaient au camp avec ceux-ci. Le but du mariage traditionnel est d'accroître la prospérité et la grandeur du clan par une progéniture nombreuse. Dans la tradition Ekang, le choix de la femme, ou des coépouses qui rempliront ce rôle, dépend surtout des autorités du groupe. C'est le chef du clan qui a donc le devoir de procurer des épouses aux jeunes hommes. Il est chargé d'assurer le bien-être et la pérennité de sa communauté. Il les demande dans des familles amies, honorables, qui se sont distinguées par le passé. C'est également cette autorité qui décide ensuite des mariages et auxquels les intéressés ne feront que se soumettre.

À l'origine du droit occidental, sous la puissance du *pater familias*², le mariage romain articulait la société des hommes libres. Bien que régie par le droit privé, l'alliance devient une affaire publique car elle instaurait le modèle d'unité sociale. Diverses formes de conjugalité se développaient à Rome. L'union légitime était appelée mariage *cum manu* ou *confarreatio*, union au sein de laquelle la femme

1. Cai Hua, *Une société sans père ni mari. Les Nas de Chine*, Paris, Puf, coll. « Ethnologies », 1997. Concernant le matriarcat en Occident, voir également : J.-J. Bachofen, *Le Droit maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Lausanne, L'Âge d'homme, 1996 ; Ph. Carrer, *Le Matriarcat psychologique des Bretons. Essais d'ethnopsychiatrie*, Paris, Payot, 1994 et, enfin, Ida Magli, *Matriarcat et pouvoir des femmes*, Paris, Des Femmes, 1983.

2. Le pouvoir du *pater familias* fut établi dans la loi des XII Tables et comprenait : le *ius exponendi*, le droit d'abandonner le nouveau-né dans un lieu public, le *ius vendendi*, le droit de vendre un membre de sa famille, le *ius noxaedandi*, droit de donner en garantie d'un dommage l'enfant ou l'esclave responsable d'un préjudice envers un tiers et, enfin le *vitae necisque potestas*, c'est-à-dire le droit de vie et de mort sur ses enfants.

est incapable et ne peut, par conséquent, disposer de son patrimoine. Cette forme de mariage rompt les liens de l'épouse avec sa famille d'origine et en établit d'autres avec celle de son époux. Le divorce est interdit ; seule la répudiation de la femme est possible. En cas de mort du mari, un tuteur est désigné pour diriger la vie de la veuve. À côté de cette union, il existait le mariage *sine manum* (où la femme n'est pas transférée d'une famille à l'autre et où le divorce est possible), le *more uxorio* (concubinage) et le *contubernium* (union des esclaves), autant de formes plus au moins éloignées du mariage légitime et qui permettent l'établissement de liens conjugaux aux personnes dépourvues de la citoyenneté. À la fin du III^e siècle apr. J.-C., certains principes enseignés par le christianisme vont influencer le droit romain de la famille en introduisant la notion de *pietas* au sein de la *potestas* du père. Aussi, on passe de la famille agnatique fondée sur la parenté exclusivement masculine vers le *domus* qui repose sur la parenté cognatique, c'est-à-dire les liens de sang de deux lignes paternelle et maternelle. Toutefois, la nécessité de ces différents degrés de « conjugalité » continua à se justifier pendant tout le haut Moyen Âge par la persistance de l'esclavage. Il a fallu attendre une condamnation papale en 1095 pour mettre fin au *contubernium* qui, entretemps, régissait la conjugalité avec des serfs de la glèbe. Dès la fin du V^e siècle, le droit romain recule au profit des coutumes des peuples barbares qui feront de la famille une véritable communauté à la fois de lignage et patrimoniale. La famille à l'époque franque est organisée sous la forme du clan germanique et le mariage s'effectue par rapt ou par achat. Le chef du clan exerce sur l'ensemble de sa famille le *mundium*, un pouvoir de tutelle et de correction. Après la période féodale, l'Église impose sa conception de la famille fondée sur le mariage légitime et va muer progressivement d'organisation patriarcale en cellule conjugale. Tout au long de l'Ancien Régime, le droit de la familial est régi par les coutumes des différentes provinces. Cependant, le *ius nubendi* en tant que fondement du fait familial échappe aux

coutumes. Jusqu'à la Révolution française, seul le mariage religieux était reconnu. Les registres paroissiaux tenaient alors lieu d'état civil. La loi du 20 septembre 1792 instaure le mariage civil, enregistré en mairie, qui devient dorénavant le seul valable aux yeux de la loi. Il doit ainsi précéder toute cérémonie religieuse. L'idée du mariage comme institution de droit naturel fut forgée par l'Église catholique à la fois comme un contrôle individuel contre la concupiscence et comme un instrument de domination sociale. Voyons d'abord comment l'Église construit une théologie matrimoniale en tant que palliatif à l'idéal sexuel du christianisme pour, par la suite, étudier les résidus théologiques qui subsistent dans le droit laïque.

L'idéal catholique : le *ius connubium*

« *Que s'ils sont trop faibles pour garder la continence, qu'ils se marient, car il vaut mieux se marier que de brûler.* » C'est par cette formule laconique que l'apôtre Paul règle le problème du mariage dans son épître aux Corinthiens¹. Cette prescription résume parfaitement la théologie matrimoniale du christianisme primitif. En effet, malgré l'apologie de la *vita matrimonialis* que l'Église fera plus tard, l'idéal sexuel de la chrétienté demeure l'abstinence à laquelle se sont soumises les deux figures majeures du christianisme : Jésus n'a pas connu de femme et sa mère Marie est perpétuellement vierge (*ante partum, in partu, post partum*). De surcroît, Matthieu n'hésite pas à utiliser la métaphore de la castration pour faire référence aux vertus de la continence : « car il y des eunuques qui sont nés tels dès le ventre de leur

1. Première épître de saint Paul aux Corinthiens, 7, 9. Paul conseille le célibat : « car je voudrais que tous les hommes fussent en l'état où je suis moi-même [...]. Quant aux personnes qui ne sont point mariées, ou qui sont veuves, je leur déclare qu'il leur est bon de demeurer en cet état, comme j'y demeure moi-même ».

mère ; il y en a que les hommes ont faits eunuques, et il y en a qui se sont rendus eunuques eux-mêmes, pour gagner le royaume des cieux. Qui peut comprendre ceci le comprend » (Mt 19, 12), conclut l'évangéliste. Tout au long du Moyen Âge, cet idéal prend la forme d'une société exemplaire : le monachisme. Toutefois, conscient de la faiblesse humaine, un certain pragmatisme théologique reprend la « sagesse » paulienne en considérant le mariage avant tout comme un remède contre la luxure. D'après Jean-Louis Flandrin, cette « économie matrimoniale » résulte d'un compromis de l'Église tendant à éclipser l'influence du gnosticisme, courant radical qui, à partir d'une interprétation intransigeante des évangiles, prônait jusqu'au II^e siècle la généralisation de la virginité. La nouvelle morale sexuelle de la chasteté mettait clairement en évidence la nature pécheresse du mariage. Comme le marchand qui peut à tout moment tomber dans l'usure, la personne mariée peut faire de l'acte sexuel un lieu de luxure. C'est pourquoi, sans jamais renoncer à l'idéal de la virginité, l'Église mettra en place un véritable contrôle de la vie sexuelle des conjoints. Au Moyen Âge, une fois écartés les jours d'impureté de la femme (règles, grossesse, post-partum), les trois carêmes (Noël, Pâques, Pentecôte) et les jours de jeûne, un ménage dévot ne peut s'accoupler que quatre-vingt-onze jours par an¹.

Il a fallu une abondante élaboration théologique pour donner au mariage ses lettres de noblesse. La réponse de saint Thomas d'Aquin à la thèse de saint Jérôme qui considère qu'« aucun acte sexuel ne peut donc être sans péché » est fort significative de la place que l'Église cherchait à octroyer au mariage : « c'est que la nourriture est pour le salut de l'homme, l'acte charnel l'est pour le salut de l'espèce. Ainsi, de même que l'alimentation peut être sans péché, lorsqu'elle a lieu avec la mesure et l'ordre requis, selon ce qui convient à la santé du corps, de même l'acte sexuel peut être sans aucun péché lorsqu'il a lieu avec la

1. J.-L. Flandrin, *Le Sexe et l'Occident*, Paris, Seuil, 1981.

mesure et l'ordre requis, selon ce qui est approprié à la finalité de la génération humaine¹ ». Dès lors, les théologiens commencent à voir dans le mariage bien plus qu'un remède et, à partir d'une nouvelle lecture de la parabole du semeur selon laquelle la graine, en fonction de la qualité de la terre qui la reçoit, rend cent ou soixante ou trente pour cent², l'Église établira une hiérarchie de la chasteté en stipulant que les vierges constituent la meilleure terre pour accueillir la semence de la parole divine (cent pour cent) puis les continents telles que les veuves (soixante pour cent) et enfin les personnes mariées (trente pour cent). Dès le VI^e siècle, saint Ambroise avait déjà théorisé cette hiérarchie : « il y a trois formes de chasteté, le mariage, le veuvage et la virginité », enseignait-il, faisant figure de précurseur.

Cependant, le mariage ne constitue pas, à lui seul, une garantie contre la concupiscence. Même en son sein, la luxure peut toujours s'installer. Par conséquent, la vie conjugale doit être soigneusement contrôlée.

Pour que la sexualité matrimoniale cesse d'être considérée comme un péché, la fabrication d'un véritable arsenal argumentatif fut nécessaire, puis la mise en place d'un dispositif répressif à la mesure de l'enjeu : purger le mariage de la passion. Pour ce faire, une nouvelle lecture du Cantique des Cantiques fut imposée. En effet, le livre de l'Ancien testament, véritable hymne à la flamme conjugale, s'opposait à l'enseignement de la chasteté chrétienne. Dès lors que le courant de l'amour courtois s'inspire de ce texte au XII^e siècle, saint Bernard rappelle que seule une lecture allégorique, celle qui voit dans ce livre l'amour du Christ pour son Église, est conforme à l'enseignement de l'Église.

À la différence de la tradition catholique qui n'a jamais renoncé à la primauté de la virginité, la Réforme du XVI^e siècle dénonce la valorisation du célibat et de l'abstinence. Dans son livre, *De la vie conjugale*, Luther célèbre la

1. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, question 153-22.
2. Marc 4, 8 et 20.

grandeur morale des liens conjugaux et encourage le mariage des pasteurs.

Le triomphe du mariage laïque

Malgré l'absence de conception contractualiste en matière familiale, comme nous l'avons signalé plus haut, ou plutôt nonobstant une certaine forme de naturalisme propre aux philosophes des Lumières qui saisissent la famille comme une réalité prépolitique, c'est au XVIII^e siècle que l'on met en place les outils conceptuels permettant de penser la famille comme un groupe d'individus. Ceux-ci acquièrent un espace dont ils disposent souverainement : leur vie privée. Le XVIII^e siècle est ainsi marqué par une « révolution sentimentale » qui met en valeur le couple et le bonheur familial comme lieu de réalisation de soi. Ce processus d'individuation de la vie en société est en même temps un procès de privatisation de la vie personnelle. À l'*homo hierarchichus* de l'Ancien Régime, les Lumières opposent l'*homo aequalis*, valeur suprême de la société moderne. La valorisation nouvelle de la dynamique individuelle amorce la défense de l'organisation sociale par la volonté et non plus par un quelconque ordre préétabli. Pour ce faire, il faut commencer par émanciper l'individu de la religion dominante, le catholicisme. En France, jusqu'à la Révolution, les noces sont de la compétence exclusive de l'Église et si en 1787 Louis XVI instaura, avec l'édit de Versailles, une forme embryonnaire de mariage civil, ce fut exclusivement pour permettre aux protestants d'accéder à une reconnaissance légale de leurs unions¹. Il a fallu attendre la Constitution de 1791 pour que

1. « Pourront en conséquences, ceux de nos sujets ou étrangers domiciliés dans notre royaume qui ne seraient pas de la religion catholique, y contracter des mariages dans la forme qui sera ci-après prescrite ; voulons que lesdits mariages puissent avoir dans l'ordre civil, à l'égard de ceux qui les auront contractés dans ladite forme, et de leurs enfants, les mêmes effets que ceux qui seront contractés et célébrés dans la forme ordinaire par nos

le mariage soit considéré comme un droit de nature civile. Le Concordat de 1801, tout en laissant la possibilité de s'unir religieusement, ne reviendra pas sur ce principe. À la différence d'autres États dans lesquels le mariage religieux produit des effets juridiques, en France seul le mariage civil est reconnu par l'État et son antériorité à toute cérémonie religieuse doit être respectée sous peine de sanction pénale¹. Comme le souligne J.-C. Bologne, « pour sauver le mariage civil mis en concurrence aussi abrupte avec la cérémonie religieuse, le Consulat imposa l'antériorité de l'union à la mairie sur sa consécration à l'église, par la loi du 18 germinal de l'an X (8 avril 1802)² ».

Inspirée des idées illuministes, la mentalité du XVIII^e siècle supportait de moins en moins l'idée d'une union sacrée *ad vitam*. Des juristes comme Voltaire et Montesquieu ne cessaient de défendre l'idée d'un mariage civil purement contractuel où les parties conservaient la liberté de rompre le lien. Le dernier, dans ses *Lettres persanes*, se moquait de l'indissolubilité du mariage chrétien et Voltaire, dans son *Dictionnaire philosophique*, insistait sur le fait que le mariage est un contrat du droit des gens : « le contrat et le sacrement sont deux choses bien différentes, à l'un sont attachés les effets civils, à l'autre la grâce de l'Église. Il proposait de séparer les deux et de rendre donc le mariage dissoluble par le divorce³ ».

La compétence exclusive du pouvoir de l'État en matière matrimoniale n'est cependant pas une innovation doctrinale

sujets catholiques » (édit de Versailles dit aussi édit de tolérance du 7 novembre 1787).

1. Selon l'art. 433-21 du code pénal, « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

2. J.-C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, op. cit., p. 319.

3. R. Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz, 1995, p. 75.

du Constituant ou du législateur révolutionnaire, elle apparaît plutôt comme le fruit d'une longue évolution qu'il est permis de faire remonter aux figures de proue de la scolastique tardive et à celles de la seconde scolastique. La compétence du pouvoir civil en matière matrimoniale résulte ainsi de la convergence, d'une part, de l'affirmation de principe de l'autonomie du pouvoir de législation propre de la société civile face à la société ecclésiastique et, d'autre part, de la spiritualisation du pouvoir de l'Église face aux pouvoirs temporels. La Révolution française parachève le processus en faisant du mariage un contrat *sui generis*, laïc et exclusif.

Durand de Maillane, rapporteur à l'Assemblée nationale le 17 mai 1791, affirma que « le mariage peut subsister, et doit même subsister, comme contrat civil et pour tous les effets civils, indépendamment de la bénédiction ecclésiastique qui en fait un sacrement. Ainsi, le contrat de mariage et le rite ecclésiastique, qui en fait un sacrement, sont deux choses qu'on n'aurait jamais dû confondre pour conserver aux deux puissances les droits qui sont propres à chacune d'elles¹ ». Dans une intervention à l'Assemblée législative de septembre 1792, Sédillez, se référant au divorce, signale : « Le mariage est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se résoudre de la même manière dont ils ont été formés. Le mariage étant formé par la volonté de deux personnes, il est naturel qu'il puisse se dissoudre par une volonté contraire². » Bien que depuis la fin du XVI^e siècle, le roi Henri IV ait autorisé le mariage des protestants par un ministre de leur culte, il s'agissait d'unions clandestines dépourvues d'effets juridiques, comme nous l'avons souligné. La première version sécularisée du mariage fut le fruit de l'édit de Versailles de Louis XVI, octroyant aux protestants la possibilité de bénéficier d'une version sécularisée du *ius connubii*. J.-C. Bologne a raison d'affirmer que « cet édit de tolérance institue en effet une alternative civile au

1. Archives parlementaires, t. XXVI, Paris, 1887, p. 166-167.

2. Archives parlementaires, t. XLIX, Paris, 1896, p. 610.

mariage religieux : si le curé refuse de marier un couple, le juge pourra le faire à sa place. La déclaration du mariage doit toujours se faire devant le curé, témoin privilégié de l'engagement, mais si celui-ci n'en prend pas acte, un officier public peut enregistrer le mariage¹ ».

La Constitution de 1791 définit le mariage comme un simple contrat et la loi du 20 septembre 1792 sur l'état civil instaure le divorce par consentement mutuel ou à la demande de l'un des conjoints pour simple incompatibilité d'humeur (il va falloir attendre une loi de 1975 pour avoir à nouveau en France ce type de divorce !). C'est au nom de l'individu et à partir de lui que la Révolution conçoit la famille à laquelle s'applique désormais la devise républicaine : liberté, égalité, fraternité. C'est au nom de la liberté que l'on met fin à la puissance paternelle et que l'on introduit le divorce, c'est par respect de l'égalité que l'on refonde le régime successoral et, enfin, la fraternité permet de penser la solidarité familiale non pas verticalement et hiérarchiquement mais comme le résultat d'une association volontaire.

Cette « parenthèse révolutionnaire » sera néanmoins rapidement interrompue par une nouvelle vision du mariage, celle de l'empereur. Le code Napoléon est ainsi le fruit d'un compromis entre Bonaparte et le pape : la partie relative aux biens et à la propriété est plutôt révolutionnaire (libérale) tandis que celle relative aux personnes et à la famille est plutôt conservatrice. Toutefois, si depuis le Concordat de 1801, les contractants sont libres de donner à leur union une forme religieuse, l'État français ne reconnaît que l'acte conclu devant l'officier civil. En revanche, l'autorité paternelle est maintenue, tout comme l'infériorité de la femme mariée : « La femme est donnée à l'homme pour qu'elle lui fasse des enfants. Elle est donc sa propriété comme l'arbre fruitier est celle du jardinier », explique Napoléon. Il va falloir attendre l'année 1938 pour que l'épouse ne soit plus sous la puissance du mari et l'année

1. J.-C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, op. cit., p. 322.

1970 pour que le père ne soit plus le chef exclusif de famille. Enfin, si le divorce est maintenu dans le code de 1804, les conditions mises à son accès sont bien plus restrictives.

Le mariage est-il vraiment sécularisé ?

À partir de la laïcisation du mariage et surtout de la quête pour l'égalité des femmes, d'importants changements ont eu lieu au sein du droit de la famille. L'introduction du divorce par consentement mutuel en 1975 laisse les époux libres de leur union comme nous l'avons signalé plus haut. De surcroît, l'institution matrimoniale perd le monopole de la filiation légitime car, depuis la réforme de 1972, les enfants nés hors mariage bénéficient quasiment des mêmes droits que ceux nés au sein du mariage. Ce bouleversement touche également l'ordre de la reproduction, avec la libéralisation de l'accès à la contraception, en 1967, et à l'avortement en 1975. L'autorité patriarcale a été détrônée pour donner place à la négociation et au contrat. La famille est devenue ainsi un espace où la liberté du choix individuel a déplacé les impératifs moraux et sociaux et où les enfants sont traités sur un pied d'égalité.

Nous sommes, cependant, face à un paradoxe car, si le droit moderne de la famille est présenté comme l'achèvement du processus de laïcisation de l'institution matrimoniale, les juges et la doctrine des juristes ne font que prolonger, jusqu'à la fin du XX^e siècle, la tradition catholique. Le mariage continue à être investi d'une fonction de régulation de la sexualité et la famille à être conçue comme la principale institution au moyen de laquelle les sociétés cherchent à organiser et à domestiquer la satisfaction des désirs sexuels. C'est en référence à la norme matrimoniale que les écarts sont évalués. Le mariage est encore pensé, de nos jours, comme un remède contre les débordements sexuels et il devient surtout l'espace symbolique de la sexualité socialement reconnue. En droit civil, la théorie de

l'existence et celle de la nullité¹ de l'acte sont les préalables du *ius nubendi*. Elles déterminent non seulement la dimension spirituelle de l'institution (consentement) mais aussi sa géographie physique (âge nubile, prohibition de l'inceste...). Dans sa facture juridique, le mariage permet encore de circonscrire l'espace le plus légitime de la sexualité. Ainsi, afin d'éviter des excès luxurieux, l'acte sexuel doit s'accomplir au sein de cette union monogamique. Les rapports doivent avoir une certaine qualité et une régularité, ils s'exécuteront principalement (jusqu'à la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe) par la pénétration pénis-vagin et la finalité reproductrice de l'acte doit demeurer son horizon. De surcroît, il faut que l'amour soit à l'origine de la sexualité conjugale² : « pour vivre en mariage et en honorer les devoirs, fidélité, assistance, communauté de vie, il faut, en fait, beaucoup d'amour que le droit présume³ ».

S'il est vrai que l'institution matrimoniale perd de son monopole conjugal et qu'elle n'a plus comme fonction la légitimation de la filiation, elle n'en demeure pas moins le sommet de la hiérarchie juridique des sexualités⁴. Par la figure du devoir conjugal, le droit entend ainsi organiser la vie sexuelle des individus en fonction d'un certain nombre de règles impératives. Certes, l'adultère est sorti de la loi pénale et n'est plus une cause péremptoire de divorce mais la faute au sein de celui-ci garde toute son efficacité au

1. La théorie de la nullité ou de l'annulation du mariage naît au moment où se consolide la conception sacramentelle du mariage. Puisque, par sa nature indissoluble, il ne peut pas être rompu, on fera comme s'il n'avait jamais existé.

2. La rémunération pour un service sexuel de la femme ou de la concubine est considérée comme nulle et contraire à l'ordre public.

3. C. Labrusse-Riou, « Couple et lien affectif », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La Notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, p. 83.

4. D. Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités. La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *McGill Law Journal*, 46, août 2001, p. 877-922.

moment de pénaliser le conjoint coupable¹. Ainsi, *a priori* par les conditions d'accès aux noces établies par la loi et *a posteriori* par les sanctions infligées par les juges, le droit organise une véritable gouvernance sexuelle au sein de laquelle la hantise de la luxure joue un rôle capital². Si bien que certains vestiges canoniques comme le *debitum conjugalis*, la fidélité ou la finalité reproductive demeurent, malgré les avancées aussi bien en matière d'égalité des femmes et des enfants et même après l'élargissement du mariage aux couples de même sexe.

L'orthodoxie matrimoniale demeure : le *debitum conjugale*

En tant que figure d'hérésie, la luxure informe sur les caractéristiques de la bonne sexualité, c'est-à-dire celle qui peut accéder au territoire du mariage. En France, l'érotique consacrée par le *matrimonium* doit être de nature contraignante, régulière et monogamique.

Traditionnellement, la différence de sexes fut présentée comme de l'essence même de l'institution. Depuis les premiers débats relatifs à la reconnaissance des couples de même sexe en tant que concubin ou comme membres d'une union civile, les forces conservatrices n'ont cessé de livrer bataille contre ces lois. En France, ni la doctrine des juristes, ni la jurisprudence n'ont donné une réponse argumentée pour s'opposer au mariage entre personnes de même sexe. Elles ont tout simplement renvoyé la question à la tradition (ordre naturel ou ordre symbolique) et à l'évidence du sens commun. Avant l'entrée en vigueur du Pacs en 1999, la

1. La réforme de 2005 a maintenu la catégorie du divorce pour faute tout en réduisant la liste de motifs.

2. D. Borrillo, « La surveillance juridique de pratiques sexuelles légitimes. L'institution de la norme conjugale », in D. Fassin et D. Memmi (dir.), *Le Gouvernement des corps*, Paris, Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 2004.

Cour de cassation avait indiqué à deux reprises que le concubinage, calqué du mariage, ne pouvait être qu'une union entre personnes de sexe différent¹ et les juristes n'hésitaient pas à faire appel au droit canonique pour justifier la condition d'hétérosexualité². Or, pour la conception séculaire du mariage moderne, c'est le consentement (accord des volontés) et non pas la consommation (*copula carnalis*) qui fonde la légitimité de l'acte. Le débat sur le mariage gay en France a mis en évidence la fragilité de la vision contractualiste du mariage ainsi que l'ancrage encore solide de celui-ci dans une idéologie résiduelle de type canonique.

Si, dans la tradition française, le sujet de droit est présenté comme une entité abstraite (dépourvu de race, de religion, de classe...), il semble légitime de se demander pourquoi en droit civil la volonté était présentée jusqu'à l'adoption de la loi du « mariage pour tous » comme une catégorie sexuée, au point d'empêcher pendant longtemps à une personne de choisir librement son conjoint.

La réponse ne provient pas de la science juridique mais d'une *doxa* traditionaliste qui continue à voir dans l'homosexualité une forme d'amour moins légitime que l'hétérosexualité³, à tel point que même la juriste chargée en 1999 par le Gouvernement socialiste de l'époque de reformer le droit de la famille s'est dite choquée par l'idée du mariage entre individus de même sexe⁴. Le juge n'était pas moins

1. Cass. 11 juillet 1989 et Cass. 17 décembre 1997.

2. B. Beignier écrit ainsi : « Le canon 1906 du code canonique de 1983 le dit bien mieux que le code civil : le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle. Le mariage est une communauté qui a vocation à engendrer, ce ne peut être le désir d'une union homosexuelle » (« Une nouvelle proposition de la loi relative au Contrat d'union sociale : copie à revoir », *Droit de la famille*, Chroniques Jurisclasseur, avril 1997, p. 4).

3. Pour une analyse approfondie des arguments de la doctrine, voir D. Borrillo, « Fantômes des juristes vs Ratio juris : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in D. Borrillo et E. Fassin, *Au-delà du Pacs*, *op. cit.*

4. Dans un entretien dans *L'Express*, F. Dekeuwer-Défossez, à propos du mariage entre personnes de même sexe, souligne : « cela me choque, cer-

pétri de préjugés, au point que la simple constatation de l'homosexualité de l'un des époux demeurerait jusqu'à récemment une cause récurrente de divorce pour faute. Comme le notait la cour d'appel de Paris, « l'homosexualité d'un conjoint est très difficilement supportable et constitue une violation grave et renouvelée des obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune¹ ». L'adoption du mariage pour tous en 2013 a mis fin à cette situation et bien que la différence de sexes ne soit plus une condition *sine qua non* du *ius nubendi*, un certain nombre de règles impératives demeurent et font du mariage une forme de domestication de la vie sexuelle. Voyons comment...

Alors que le droit romain ne considérait pas l'acte sexuel comme nécessaire à l'union matrimoniale², le droit canonique le qualifie de « devoir conjugal par excellence³ » et met en exergue la notion clé de *copula carnalis*⁴. Celle-ci implique que l'acte sexuel entre époux est tout d'abord une condition de perfection du mariage (« fait le mariage⁵ »), la consommation rendant le mariage indissoluble, ce qu'il n'est pas encore entre la célébration et cet acte sexuel. De plus, elle engendre une forme de « droit sur le corps de l'autre » dont dispose chaque époux réciproquement (« effet du

tains juristes font un problème de morale, pour moi c'est une question de survie de notre société » (12 avril 2014, p. 109).

1. CA Paris, 24^e Ch. section A, 12 mai 1998.

2. Ainsi, l'adage juridique romain souligne l'essence consensualiste du mariage : « *Nuptias non concubitus sed consensus facit.* »

3. Voir en ce sens A. Serieaux, *Droit canonique*, Paris, Puf, coll. « Droit fondamental », 239, 1996, p. 615 : « S'il est une fin absolument première du mariage, la seule qui entre parfaitement dans le concept de *finis operis* (fin de l'acte lui-même), c'est bien la copulation : "l'accouplement", "le couplement". »

4. « Lien charnel » ou « lien corporel » selon Goelzer et H. Legrand, *Dictionnaire de latin*, Évreux, Garnier-Bordas, 1997, p. 111 et 178.

5. J.-M. Bruguière, « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 11.

mariage¹ »). Ce dernier point, développé par Le Picard², s'appuie sur la prescription biblique³ reprise dans le code canonique ainsi que sur une multitude d'autres indices⁴. La force contraignante de ce devoir peut d'ailleurs atteindre des sommets : l'officialité – tribunal ecclésiastique – a ainsi pu prononcer des astreintes pour contraindre les maris à avoir des relations sexuelles avec leurs épouses deux fois par semaine⁵. Cette réglementation canonique engendrait donc une véritable « impudeur, peut être innocente⁶ », qui tranche avec le droit résultant du code civil.

C'est sur la base du devoir conjugal traditionnel que les juges ont progressivement construit la normalité sexuelle à partir d'une interprétation spécifique de la loi. La formule de l'article 215, « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie », implique une double dimension : vivre ensemble – communauté de toit – et entretenir des rapports sexuels – communauté de lit. Cette dernière, en tant que devoir de cohabitation charnelle, n'est pas expressément mentionnée dans le code. Ce n'est que d'une manière indirecte que la loi y fait référence⁷. En revanche, la jurisprudence et la doctrine⁸ ont construit une véritable orthodoxie sexuelle.

1. *Ibid.*, p. 11.

2. R. Le Picard, *La Communauté de vie conjugale. Obligation des époux, étude canonique*, thèse, Paris, 1929, p. 48.

3. Première épître de Paul aux Corinthiens 7, 4 : « La femme n'a pas d'autorité sur son propre corps, mais c'est le mari ; et pareillement, le mari n'a pas autorité sur son propre corps, mais c'est la femme. »

4. La glose du décret de Gratien, les écrits du cardinal Gasparri en 1904, les actions possessoire *retinendae* et *recuperandae*. Voir les précisions J.-M., Bruguière, « Le devoir conjugal », art. cit., p. 11.

5. P. Ourliac, « L'indissolubilité du mariage dans l'ancien droit », *Petites Affiches*, 20 avril 1984, p. 5 (22).

6. R. Le Picard, *La Communauté de vie conjugale, op. cit.*, p. 18.

7. La règle de forme de l'article 312 du code civil (« l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ») suppose le maintien de relations sexuelles. Pour pouvoir désavouer la paternité, l'homme doit démontrer qu'il ne peut pas être le père (absence de relations sexuelles – abstinence ou l'impuissance notamment).

8. Lorsque la Cour de cassation dit en 2016 que « l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permet plus de considérer l'infidélité

Dans le modèle officiel, la sexualité matrimoniale prend donc la forme d'un devoir (le *debitum conjugale*) à double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et, positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint (devoir conjugal proprement dit). L'article 215 se complète par l'article 212 du code civil : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance. » Si l'adultère a perdu de sa gravité (surtout depuis sa dépénalisation en 1975 et la fin de sa qualité de cause péremptoire de divorce¹), le juge peut néanmoins considérer qu'il constitue une faute imputée à l'un des conjoints et susceptible d'entraîner le divorce (lorsque l'acte adultérin n'est pas accompagné de connivence ou de réciprocité).

Le devoir conjugal est pour les époux une obligation d'ordre public : une convention établie par les conjoints dans laquelle est stipulée l'absence d'exclusivité de leur intimité sexuelle serait réputée nulle. Le refus de partager le lit conjugal peut être considéré comme un fait injurieux justifiant le divorce contre « un homme qui ne fait pas face à ses devoirs de mari ». Cette intimité doit également se traduire par des rapports sexuels réguliers et modérés. Ainsi, dans une décision du 28 mai 1956, la cour d'appel de Lyon rappelait que « le devoir conjugal impose l'établissement de relations sexuelles [...]. Ce peut être qualifié d'obligation à exécution successive susceptible d'être contrôlée par les

lité conjugale comme [...] contraire à la représentation commune de la morale dans la société contemporaine », le professeur Hugues Fulchiron a tout de suite réagi dans le journal catholique *La Croix* : « si l'infidélité ne fait plus l'objet du même opprobre social qu'il y a une cinquantaine d'années, elle n'est pas aussi banalisée que la Cour le prétend » (12 janvier 2016).

1. Une partie de la doctrine des juristes regrette cette situation. Sous la plume de C. Labrusse-Riou, on peut lire : « Le divorce pour cause d'adultère reste toujours d'actualité même si la cause a cessé d'être péremptoire, ce que l'on peut, à certains égards, déplorer puisque c'était ainsi que le droit rendait hommage à la fidélité » (« Couple et lien affectif », art. cit., p. 85).

magistrats. La Cour de cassation a ainsi estimé que constitue une injure cause de divorce « la décision de l'épouse d'imposer à son mari une limitation dans leurs rapports intimes¹ ». Si l'absence de rapport est condamnée par le droit², son inflation l'est tout autant. Concernant la fréquence de l'acte sexuel, le tribunal d'instance de Saintes précise que « la moyenne relevée en général dans les couples français est d'un rapport par semaine³ ». Le refus d'entretenir de rapports sexuels avec son conjoint constitue également une faute⁴. D'une part, dans une décision du 25 juin 1970, le TGI de Dieppe a condamné un mari qui soumettait son épouse à plusieurs actes sexuels quotidiens (trois coïts par nuit) « au point de la rendre malade ». D'autre part, la Cour de cassation a validé le prononcé d'un divorce aux torts d'un conjoint qui était dans « l'incapacité à faire face aux devoirs de mari⁵ ». Un divorce aux torts partagés a été prononcé par une cour d'appel dans une affaire où « la femme avait refusé fréquemment d'avoir des rapports intimes et que le mari, exprimant son aspiration à un minimum de vie personnelle au détriment d'une vie conjugale normale, avait délaissé son épouse en s'abstenant fréquemment⁶... ». Et cette jurisprudence s'applique désormais aussi aux couples de même sexe. Les juges deviennent ainsi les garants d'un équilibre sexuel situé au juste milieu entre l'excès et la carence et dans lequel les deux conjoints, en tant que créanciers du devoir conjugal, doivent remplir ces obligations.

1. Cass. 2 Civ. 10 février 1972. D. 1972, p. 28.

2. Dans un arrêt du 26 juin 1928, la cour d'appel de Colmar considère « répréhensible de ne pas avoir fait acte de mari plus fréquemment » (*La Gazette du Palais*, 2-685, 1928).

3. Décision du 6 janvier 1992, citée par J.-P. Branlard, *Le Sexe et l'État des personnes*, Paris LGDJ, 1993, p. 312.

4. La faute permet en droit français de prononcer un divorce aux torts de l'une des parties. Notion profondément imprégnée de connotations théologiques, la faute a été maintenue dans les réformes du droit de la famille effectuées aussi bien à gauche qu'à droite.

5. Cité *ibid.*, p. 319.

6. CAde Nancy, 11 mars 1996, Juris-Data 044058.

C'est non seulement la fréquence qui est examinée par les juges, mais aussi la manière dont l'obligation s'exécute. En effet, celle-ci n'est pleinement valable que si les rapports sexuels sont complets. C'est pourquoi les juges ont considéré que le mari ne remplissait pas ses devoirs du fait d'avoir entretenu de rapports « si imparfaits qu'ils ne procuraient à sa femme ni espérance de maternité, ni plaisir¹ ». Dans un même ordre d'idées, les pratiques sadomasochistes ou les actes exhibitionnistes entre époux ne peuvent pas être invoqués par eux comme libérateurs de l'obligation conjugale².

L'obligation d'entretien de rapports sexuels doit de surcroît être exécutée pour les couples de sexe différent d'une manière classique, c'est-à-dire par la voie pénis-vagin.

Si la qualification criminelle de viol fut refusée par la justice jusqu'aux années 1980 lorsque celui-ci avait lieu dans le mariage, en revanche la sodomie était condamnée en tant qu'elle constituait pour les juges un attentat aux mœurs³. Cette situation montre bien que ce n'était donc pas l'échange de volontés libres qui déterminait la légitimité du lien mais la réalisation de l'acte sexuel par le « vase idoine », comme le désignait jadis la terminologie théologique. Le même acte sexuel non consenti pouvait produire des conséquences juridiques radicalement opposées : se perpétrant par-devant, il se trouvait dépourvu d'effets pénaux, par-derrière, ce même acte devenait un délit.

S'il est vrai qu'aujourd'hui la sodomie dans le cadre du mariage échappe au regard prétorien, en revanche la monogamie demeure une obligation civile. Ainsi, l'article 212 dispose que « Les époux se doivent mutuellement fidélité [...] et assistance ». La fidélité est comprise par la jurisprudence non seulement comme une exclusivité charnelle, mais aussi émotionnelle. Ainsi, un échange intime de correspondance,

1. CA de Lyon, 28 mai 1956, D. 1956, p. 646.

2. CA de Paris, 06 janvier 1988, Juris-Data 020195. Cass. 2^e Civ., 28 novembre 1973, JCP 1974, 6404.

3. Cass. Crim. 21 novembre 1839.

les sorties fréquentes ou l'entretien de relations équivoques peuvent tomber dans la catégorie de l'infidélité¹. Même une relation spirituelle entre une femme et son évêque, relation dépourvue de toute connotation ambiguë, mais considérée par le juge comme trop intense et trop régulière, fut retenue comme cause d'un divorce pour adultère².

Tous ces « résidus canoniques » du mariage montrent à quel point la laïcisation opérée par le code civil et les lois successives demeure précaire. Même l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe n'a pas permis l'établissement d'une véritable contractualisation des liens conjugaux.

S'il est vrai que la reproduction n'a jamais été ni une condition ni un effet du mariage, elle semble paradoxalement constituer une préoccupation pour le juge (dans le passé) et surtout pour la doctrine familialiste d'aujourd'hui. Ainsi, a été considéré comme injurieux le fait d'avoir effectué une IVG contre la volonté du mari³. De même, a été estimé fautif le refus de paternité et la demande insistante d'interruption de grossesse à sa femme enceinte⁴. Ces exemples sont tombés en désuétude car, jusqu'à la revendication du droit à la reconnaissance des couples homosexuels, la dissociation entre reproduction et mariage semblait acquise. Le paradoxe de ce nouvel attachement à la reproduction comme élément constitutif du mariage trouve son explication dans l'engagement politique d'une grande majorité des professeurs de droit contre les unions de même sexe⁵. Tout au long du débat sur le Pacs à la fin des années 1990 et le mariage pour tous en 2013, la majorité

1. Cass. Civ. 2^e, 31 octobre 1962 ; Cass. Civ. 2^e 7 mars 1962 et Cass. Civ. 2^e, 7 janvier 1970.

2. Paris, 13 février 1986, *La Gazette du Palais*, 216.

3. Cass. Civ. 2^e, 27 mars 1974.

4. Paris, 5 mai 1987, *Juris-Data* 023023.

5. Pour une analyse des discours de la doctrine, voir D. Borrillo, « Fantasmies des juristes *vs* Ratio juris », art. cit.

des juristes n'a cessé de rappeler que la différence « objective » entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel était la vocation procréatrice de ce dernier. D'après cette opinion, l'aboutissement « normal » de la vie du couple serait l'accueil des enfants. Comme le note F. Goudu, « n'y a-t-il pas un abus de minorité (de la part des homosexuels) dans la volonté d'obtenir un statut, non pour un cadre de la reproduction mais pour un comportement sexuel, il peut sembler qu'il y a une véritable indiscrétion¹ ». Dans un entretien, F. Dekeuwer-Défossez, soulignait : « on pourrait imaginer un contrat dans lequel on accorderait les mêmes droits aux homos qu'aux hétéros. On pourrait même l'appeler mariage. Mais ce n'en serait pas un, puisqu'un couple de personnes de même sexe ne peut procréer² ». Interrogé sur l'intérêt de la société à ouvrir le mariage aux homosexuels, J. Hauser répond qu'il n'en existe aucun. D'après lui, « la loi donne des avantages aux couples mariés parce que c'est dans ce cadre que les enfants sont conçus. Mais, s'ils sont conçus ailleurs, le mariage devient un contrat ordinaire qui ne justifie plus aucun avantage³ ».

Ce lien entre mariage et filiation, contraire aux règles du droit positif, est devenu pour la doctrine l'arme rhétorique permettant de justifier le refus du droit au mariage pour les couples homosexuels. De même, dans un arrêt du 19 avril 2005, la cour d'appel de Bordeaux, après avoir cité l'un des discours préliminaires sur le projet de code civil de 1804, arrive à la conclusion qu'en « droit interne français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et de femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère ».

Pendant le débat sur le mariage pour tous en 2013, ces mêmes juristes se sont mobilisés contre la loi en utilisant les

1. « À propos du contrat d'union civil : critique d'un profane », *Recueil Dalloz*, 2^e Cahier chronique, 1998, p. 225.

2. *L'Express*, 12 avril 2004, p. 109.

3. *La Croix*, 21 mai 2004, p. 3.

mêmes arguments. Nous y reviendrons plus tard lorsque nous analyserons l'évolution de la question.

Le rôle moralisateur du divorce pour faute

C'est toujours dans le cadre d'un contentieux que le contrôle judiciaire s'effectue, et c'est justement là que les égarements sexuels pourront être reprochés au conjoint fautif.

Selon qu'il repose sur le constat d'un échec du mariage, qu'il soit l'effet de la volonté commune des conjoints ou qu'il ait comme but de réprimer les fautes conjugales commises par l'un des époux, le divorce est considéré comme une faillite, une convention ou une sanction. C'est sur cette dernière figure que nous porterons notre attention. Malgré les nombreuses tentatives pour la faire disparaître, la faute demeure encore une cause de divorce, dans une proportion certes réduite. Les fautes reprochées doivent constituer une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendre intolérable le maintien de la vie commune. Les avatars de cette notion de faute font partie de l'histoire du droit civil français. Et, si les juristes de la Révolution avaient pu imposer en 1792 leur conception laïque du divorce, celle-ci sera abolie par la restauration de la monarchie en 1816. Il a fallu attendre les débuts de la III^e République pour que la question du divorce se pose à nouveau. Afin d'assurer le vote de la loi, un compromis a dû être engagé avec l'aile conservatrice du Parlement. En 1884, seul le divorce comme sanction judiciaire des fautes d'un époux a pu devenir une règle du droit positif.

Une réforme majeure aura lieu en 1975 avec l'introduction d'autres formes de divorces plus souples à côté du divorce pour faute. Dans ce dernier, le juge décide du caractère excessif de la faute qui rend impossible le maintien de la vie commune : les situations les plus habituellement sanctionnées sont les brutalités à l'égard du conjoint ou des

enfants, les injures, les conduites déshonorantes, la délinquance et l'ivresse. L'adultère demeure néanmoins la cause la plus importante de divorce pour faute. C'est donc dans l'espace de la sexualité que cette vieille notion permet encore de punir d'une manière quasi systématique le conjoint volage. En effet, depuis une décision de la Cour de cassation du 23 avril 1980, l'adultère constitue une violation grave au devoir de fidélité, y compris lorsqu'il est commis par des partenaires séparés de fait ou dès lors qu'il a lieu pendant la procédure de divorce¹. Et si le juge admet l'adultère du conjoint, ce n'est qu'à condition qu'il soit commis par celui ou celle qui a été abandonné et après une longue période de solitude. Une sorte de charité prétorienne viendrait donc tolérer un péché conçu comme presque inévitable².

Avant de conclure notre réflexion et afin de mieux éclairer notre propos (c'est-à-dire la dimension moralisatrice du mariage), nous proposons au lecteur de sortir du domaine du divorce pour nous aventurer dans un terrain fort différent mais tout aussi exemplaire : la sexualité des handicapés mentaux et des sodomites.

Le mariage des marginaux : les fous et les sodomites

La manière dont le droit traite de la vie sexuelle des « fous » constitue un modèle paradigmatique de la fonction du mariage comme légitimateur de la sexualité. En effet, en dehors du mariage, « le sexe des imbéciles³ » n'existe pas. Cette sexualité est assimilée au viol si le rapport sexuel a lieu avec une personne saine d'esprit et à un dommage susceptible de réparation judiciaire lorsque celle-ci a lieu entre handicapés mentaux.

1. Cass. Civ 2^e, 23 avril 1980, *La Gazette du Palais*, 1981.1.89, note J. Massip.

2. Cass. Civ. 2^e, 22 mars 1995, *Audijuris*, 53, 1995, p. 12, obs. P. Courbe.

3. M. Iacub, « Le sexe des imbéciles », in N. Diederich (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Toulouse, Érès, 1998.

Le droit traite ceux-ci comme des incapables. Un régime de protection est mis en place afin de les représenter ou les assister. En ce qui concerne les relations sexuelles, les handicapés mentaux sont présumés ne jamais consentir. Depuis 1961, la jurisprudence est particulièrement stricte en la matière car même sans violence, un rapport sexuel entre une jeune fille de seize ans « arriérée mentale » et un jeune homme « valide » peut être assimilé à un viol. Et, même si le rapport psychiatrique a montré que « sa débilité mentale n'excluait pas toute conscience de ses actes et toute liberté de consentement », la jeune femme est considérée incapable de consentir et l'acte du jeune homme devient donc criminel. De surcroît, le code pénal introduit une circonstance aggravante liée à la vulnérabilité de la victime. La CEDH, dans l'affaire *X et Y c./ Pays-Bas* du 26 mars 1985, confirme cette appréciation dans ces termes :

Étant donné qu'en matière sexuelle, le consentement est un élément généralement décisif pour déterminer si un certain comportement relève ou non du domaine pénal, l'impossibilité pour les personnes des catégories précitées (handicapés mentaux) de former ou d'exprimer leur volonté exige de la part des autorités des mesures de protection qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour les sujets en pleine possession de leurs capacités physiques et mentales.

S'agissant des relations sexuelles consenties entre handicapés mentaux, la jurisprudence, sans aller jusqu'à qualifier cela de viol, observe néanmoins que les circonstances de l'affaire permettent l'allocation de dommages et intérêts. Ainsi, dans un arrêt du 24 janvier 1996, la Cour de cassation considère que la « perte de sa virginité constitue pour Sandrine une atteinte à son intégrité physique » susceptible de constituer un préjudice. Il s'agissait dans le cas d'espèce d'une fille (majeure sexuellement mais sous tutelle à cause de son handicap mental) qui avait été déflorée par un autre handicapé mental dans un établissement sanitaire. La Cour a estimé que les représentants légaux de la fille pouvaient

agir contre l'établissement en responsabilité. Ce qui semble ici surprenant, c'est le fait qu'il ne s'agissait nullement de sanctionner l'absence de consentement car les deux personnes handicapées mentales s'étaient engagées dans un rapport sexuel dépourvu de violence ou de surprise. L'élément protégé n'est autre que la virginité...

Pour ce qui concerne le mariage, l'attitude de la jurisprudence est toute autre. Depuis longtemps la Cour de cassation admet la validité du mariage des malades et handicapés mentaux. Il suffit que leur volonté soit exprimée pendant un intervalle de lucidité pour que la théorie des nullités du mariage cesse de s'appliquer. Et, si le code civil exige l'autorisation du conseil de famille, il nécessite préalablement le consentement du majeur. Le mariage a une capacité légitimatrice de la sexualité des fous. En dehors de lui, celle-ci est considérée comme bestiale, involontaire et dangereuse ou tout simplement comme inexistante. Mais dès lors qu'elle s'exprime à l'intérieur des bornes matrimoniales, elle devient une liberté méritant la plus haute protection du droit.

Ces quelques exemples mettent en évidence la difficulté du droit à s'affranchir d'une certaine idéologie du mariage qui le cantonne à un espace de légitimation de la sexualité et qui le considère encore comme remède à la concupiscence. C'est également cette idéologie qui a empêché pendant des siècles de penser le mariage en dehors de la différence des sexes, présentée comme condition *sine qua non* du *ius nubendi*.

Le long combat pour la reconnaissance du droit au mariage pour les personnes de même sexe s'explique non seulement par l'hostilité envers l'homosexualité ou la préoccupation pour le droit de l'enfant mais aussi et surtout par la fin de l'un des principaux obstacles à la complète contractualisation du mariage : la différence des sexes. Pourtant, le code civil de 1804 consacre une vision spiritualiste de l'union mettant l'accent sur le consentement et non pas sur la consommation propre à la vision charnelle du mariage. L'union conjugale entre personnes de même sexe ne fait que

parachever le processus de désinstitutionalisation commencé par la Révolution française et mis à mal par les diverses tentatives de retours en arrière au cours du XIX^e siècle (Empire, Restauration...).

Si la volonté n'a pas de sexe et constitue le soubassement du mariage, la différence de sexes, dans cette conception moderne, n'a plus de raison d'être. Le combat contre le mariage gay est en fait une bataille contre la modernité puisque la revendication du mariage par les lesbiennes et les gays constitue un pas de plus vers la modernité de la famille. Tous les « marginaux » de l'histoire ont façonné l'institution matrimoniale en lui donnant des contours plus souples. Songeons au peuple romain qui revendiquait la *confarreatio*, forme d'union réservée initialement aux seuls patriciens ou souvenons-nous encore des serfs de la glèbe qui, en 1095, après des nombreux conflits, obtiennent la permission papale d'accéder au sacrement du mariage. Plus tard, dans le cadre de la lutte menée contre les protestants, Louis XIV proclame l'édit de novembre 1680 qui interdit aux catholiques de se marier avec des membres de la « religion prétendue réformée » et il a fallu l'édit de Versailles de Louis XVI pour mettre fin à cette situation. Esclaves, protestants, juifs mais aussi comédiens, veuves et musulmans étaient pendant longtemps exclus du mariage. Le long processus de l'obtention de l'égalité hommes-femmes au sein du mariage a ouvert le chemin à la future reconnaissance des autres formes d'union, telles celles de personnes de même sexe.

Contrairement à d'autres pays comme le Canada, l'Afrique du Sud, le Brésil, le Mexique ou les États-Unis, en France la jurisprudence s'est systématiquement opposée à la reconnaissance des couples de même sexe et des familles homoparentales. En effet, aussi bien la Cour de cassation que le Conseil d'État ou encore le Conseil constitutionnel ont statué de façon restrictive en la matière. À l'inverse des autres pays où l'action des juges et du Parlement a été complémentaire¹, en France, l'intervention du législateur fut

1. Par exemple la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud (2005), les différents cours suprêmes régionales du Canada depuis 2005, la Cour

nécessaire à cause de l'incapacité du juge de la Cour de cassation à régler un certain nombre de situations d'une particulière gravité, comme la constatation du concubinage homosexuel (surtout à l'époque du sida) et ce afin de lui faire produire certains effets, notamment en droits civil, sanitaire et social.

La doctrine des juristes a conforté depuis longtemps la position des juges, plus précisément dès la dépénalisation de l'homosexualité. Plus tard, lors des différents processus législatifs de reconnaissance des couples de même sexe (Pacs et mariage pour tous, projet de loi Famille), l'hostilité de la doctrine dominante n'a pas cessé de s'accroître. C'est dans ce contexte particulièrement défavorable à l'égalité que l'intervention du législateur fut nécessaire afin de permettre l'accès au droit pour les individus homosexuels et leurs familles.

Bien que le juge jouisse d'une grande liberté pour constater la situation de fait (y compris dans des domaines contraires à l'ordre public comme la polygamie ou la répudiation), lorsque ce même fait relève de la relation homosexuelle, l'examen d'une telle constatation devient impossible. Cette plasticité de la jurisprudence trouve rapidement ses limites lorsque les couples de même sexe émergent dans le contentieux familial. Pour refuser aux concubins homosexuels certains avantages accordés sans difficultés aux concubins hétérosexuels, la jurisprudence avançait l'argument selon lequel les droits ne sont octroyés au concubinage que dans la mesure où celui-ci ressemble au mariage. Ce serait donc une limite « objective » qui s'opposerait à la constatation de l'union libre homosexuelle. Ainsi, dans deux décisions du 11 juin 1989, la Cour de cassation a refusé la qualité de concubin au compagnon d'un steward d'Air France pour l'obtention d'un billet à tarif réduit. Dans le second arrêt, la Cour a considéré que, en se référant à la

suprême du Mexique (2010), Cour suprême des États-Unis (2013), Cour suprême du Brésil (2013) qui ont précédé le débat parlementaire.

notion de « vie maritale », la loi portant généralisation de la sécurité sociale avait entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladie et maternité, « à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ¹ ».

Allant ponctuellement à l'encontre de cette jurisprudence, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 a modifié l'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale pour accorder indirectement au concubin homosexuel de l'assuré la qualité d'ayant droit pour l'assurance maladie en tant que personne à charge. Or, le statut de personne à charge n'implique nullement la reconnaissance de l'union homosexuelle. Plus tard, les juges insisteront sur le caractère nécessairement hétérosexuel de l'union libre lorsque, le 17 décembre 1997, la Cour de cassation a considéré que les couples de même sexe ne pouvaient pas être assimilés à des concubins pour bénéficier du transfert du droit de bail ².

Cette jurisprudence hostile en matière de concubinage a été dépassée par une disposition adoptée à l'occasion de la loi du 15 novembre 1999 relative Pacs. Cette dernière a introduit dans le code civil un article 515-8 définissant le concubinage comme « *une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

1. Cass. Soc., 11 juillet 1989, *Mme L...* C. CPAM de Nantes, *Bull. civ.*, 514 ; *JCP*, 1990, II, 21553, note M. Meunier ; *Dalloz*, 1990, *Jur.* p. 583, note P. Malaurie ; *La Gazette du Palais*, 1990, 1, 217, concl. M. Dorwling-Carter.

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

Toutefois, bien qu'elle donne plus de droit que l'union libre, la loi de 1999 ne met pas fin à l'inégalité des conjugalités : le mariage demeure réservé aux couples hétérosexuels. Mais, ni la gauche socialiste ni la droite républicaine ne considéraient cette situation comme discriminatoire. Le débat semblait donc clos jusqu'à ce que le maire de Bègles, Noël Mamère, décide, par un geste de désobéissance civile, d'interpréter le code civil en faveur des couples de même sexe. Suite au mariage célébré par ce dernier le 5 juin 2004, la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 2007, a jugé que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire¹ ». De même, le Conseil constitutionnel, dans une question prioritaire de constitutionnalité (QPC n° 2010-92), a considéré que le refus du mariage pour les couples de même sexe n'était pas discriminatoire et demeurait donc conforme à la Constitution.

Les juges se sont également opposés à la reconnaissance du droit à la filiation pour les familles homoparentales² : pas d'adoption simple de l'enfant du conjoint de même sexe³, pas d'inscription sur les registres de l'état civil pour les enfants issus d'une gestation pour autrui⁴ et pas de congé parental pour la compagne pacsée d'une mère lesbienne⁵... Face à une justice réfractaire, c'est grâce à l'initiative du gouvernement que l'entreprise égalitaire prendra forme, comme

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

2. Le Conseil d'État s'est opposé à l'agrément à l'adoption pour les personnes homosexuelles. Il a fallu que la CEDH condamne la France, en 2008, pour que cette situation discriminatoire à l'égard de l'adoptant homosexuel cesse.

3. Cass. 1^{er} Civ., arrêt n° 221 du 20 février 2007.

4. Cass. 6 avril 2011 : affaire des jumelles nées aux États-Unis. Cass. 13 septembre 2013.

5. Cass. 11 mars 2010, n° 09-65.853.

cela avait été suggéré par le Conseil constitutionnel dans une QPC du 28 janvier 2011 : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation. » L'argument du juge constitutionnel est celui du principe de la séparation des pouvoirs dont l'article 5 du code civil fournit la règle : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. » Or, comme nous l'avons observé, s'il existe bien un domaine dans lequel la séparation des pouvoirs demeure fortement limitée et où, en d'autres termes, la jurisprudence apparaît comme créatrice de droit, c'est précisément celui du concubinage, non pas pour lui donner un statut mais pour protéger la partie faible. Toutefois, les juges n'ont pas désiré utiliser ce pouvoir, en tout cas pas pour les couples de même sexe. Face à ce blocage, il a fallu, encore une fois, l'intervention du législateur (par un amendement du sénat de la proposition de loi sur le Pacs) pour que le concubinage soit inscrit dans la loi.

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

La stratégie que le gouvernement socialiste a mise en place avec le Pacs en 1999 était assez claire : offrir certains bénéfices aux couples de même sexe tout en leur refusant l'accès au mariage et à la filiation. Mais, grâce à Bègles, la question du mariage deviendra désormais politiquement possible. Pour preuve, elle intégrera (huit ans plus tard l'adoption du Pacs) le programme politique de François Hollande. Celui qui n'était encore que candidat à la présidence de la République annonçait, dans sa proposition n° 31 : « Je veux lutter sans concession contre toutes les discriminations et ouvrir de nouveaux droits : j'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels. »

Suite à cet engagement, le 7 novembre 2012, le Premier ministre soumet au Conseil de ministres le projet de loi

« ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ». Conformément aux promesses présidentielles, la future loi s'inscrit dans une logique de lutte contre les discriminations et d'affirmation du principe d'égalité même si paradoxalement, dans l'exposé de motifs de la loi, aucune mention n'est faite à l'égalité et à la non-discrimination. Une situation d'infériorité s'était perpétuée pour les couples homosexuels, malgré l'adoption du Pacs en 1999. Celui-ci demeure insuffisant en matière de droits conjugaux, d'autant qu'il ne garantit pas la reconnaissance de liens juridiques de filiation pour les familles homoparentales.

Contrairement au Pacs, issu d'une proposition de loi d'origine parlementaire, le mariage sans égard au sexe du conjoint est le résultat d'un projet de loi (d'origine gouvernementale), ce qui montre l'intérêt que le président de la République portait à la question. La loi fut finalement adoptée le 17 mai 2013, répondant à une stratégie que nous qualifierons de « non-discrimination atténuée ». Cette politique, de type assimilationniste, tend à appliquer (de manière limitée car la PMA n'est pas incluse) le principe d'égalité en fonction du dispositif juridique existant sans le modifier. Ainsi, le devoir conjugal, l'obligation de fidélité, la présomption de paternité et la faute dans le divorce sont restés dans l'état mais la différence de sexes a finalement disparu, permettant ainsi l'achèvement d'une nouvelle étape vers la privatisation de la vie familiale.

Les tentatives pour retourner au mariage traditionnel

Bien que la majorité des Français ait été favorable au mariage pour les couples de même sexe, les partis conservateurs (centre, droite et extrême droite) se sont fortement mobilisés contre le projet de loi. À l'Assemblée nationale, ces groupes parlementaires ont déposé plus de cinq mille amendements, entraînant cent dix heures de discussion avant d'adopter le projet de loi et de l'envoyer au Sénat.

Tout cela accompagné de centaines de milliers d'opposants dans les rues des principales villes françaises avant, pendant et après l'adoption de la loi. Cette mobilisation de La Manif pour tous (ce *Tea Party* à la française)¹ ne peut se comprendre que dans la perspective historique des penseurs catholiques comme Louis de Bonald ou Frédéric Le Play qui, tout au long du XIX^e siècle, attribuent la décadence familiale à l'affaiblissement de l'autorité parentale. La destruction de la famille, selon eux, était causée par les méfaits de l'individualisme révolutionnaire.

La réaction contre le mariage gay commence à s'organiser le 15 août 2012, jour de l'Assomption de la Vierge, lorsque monseigneur André Vingt-Trois, président de la Conférence épiscopale des évêques de France, fait parvenir une lettre aux paroisses incitant les fidèles à prier pour la sauvegarde de la famille traditionnelle. Plusieurs manifestations sont alors organisées dans les principales villes du pays. L'opposition s'était articulée autour de la défense d'une conception du mariage plus proche du droit canonique que du droit civil, qui associait l'union matrimoniale à sa supposée finalité reproductive. Ainsi, un certain nombre de slogans brandis dans ces cortèges soulignaient le caractère évident et naturel des liens de filiation. On pouvait effectivement lire sur les pancartes : « Mariage = 1 homme + une femme » ; « Tous nés d'un homme et d'une femme » ; « 1 père + 1 mère, c'est élémentaire » ; « 1 papa 1 maman, on ne ment pas aux enfants » ; « Non à la filiation-fiction » ou encore : « Il n'y a pas d'ovules dans les testicules »...

La deuxième grande manifestation du 24 mars 2013 contre le projet de loi se radicalise du fait de la présence de Jeunesses identitaires et du Groupe d'union défense (GUD), une organisation d'étudiants d'extrême droite née à la faculté de droit de l'université de Paris II Panthéon-Assas. C'est également au cœur de cette université qui s'organise

1. G. Brustier, *Le Mai 68 conservateur. Que restera-t-il de La Manif pour tous ?*, Paris, Cerf, 2014.

une campagne politique contre l'ouverture du droit au mariage pour les couples de même sexe. Alors que le projet de loi ne traite ni de PMA ni de GPA, les professeurs de droit (parmi lesquels l'historien du droit et président de l'université de Paris II, Guillaume Leyte) font parvenir une lettre publique aux sénateurs dans laquelle ils leur demandent de « renoncer à un texte qui se révèle celui de l'esclavage moderne des femmes et de la nouvelle traite des enfants ». Ces juristes entendent ainsi dénoncer l'entreprise « égalitariste » caractérisée par la création « d'un marché des enfants » qui « invite à aller fabriquer les enfants à l'étranger » en considérant que ces derniers « ne sont ni des objets pour satisfaire un désir, ni des médicaments pour soulager une souffrance ». Une professeure de droit, proche de La Manif pour tous, met en question la constitutionnalité du texte dans une tribune publiée dans la *Gazette du Palais* du 4 octobre 2012 sous le pseudonyme de Lucie Candide qu'elle dit devoir utiliser « à cause de la puissance d'intimidation du lobby homosexuel ». Ces réactions disproportionnées n'ont rien d'étonnant. En effet, beaucoup de ces professeurs s'étaient déjà violemment opposés au Pacs à la fin des années 1990 et même à la dépénalisation de l'homosexualité, au début des années 1980¹.

Dès l'adoption du projet de loi sur le mariage pour tous, les élus conservateurs ont saisi le Conseil constitutionnel. Le recours a été nourri par les réflexions d'un autre collectif de juristes composé de magistrats, d'avocats et de professeurs d'université qui a ciselé ses arguments dans l'ombre. Ce club, constitué d'une quarantaine de juristes souhaitant garder l'anonymat², a avancé l'argument selon lequel le

1. Philippe Jestaz s'est ardemment opposé à la dépénalisation de l'homosexualité dans les pages de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1982, (« Le malheur d'être homosexuel ») p. 795 s. Pour une analyse plus approfondie de la question, voir J. Danet, « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence françaises », in D. Borrillo, *Homosexualités et Droit*, Paris, Puf, 1999, p. 97 s.

2. C'est lors de la manifestation contre la loi Taubira du 13 janvier 2013 qu'ils se sont constitués. Alors que plusieurs dizaines d'avocats, magistrats,

Conseil constitutionnel s'apprêtait à statuer sur « l'un des mémoires les plus longs et les plus épineux de son histoire ». Le groupe s'était placé sous le parrainage symbolique d'un des pères du code civil, Jean-Étienne-Marie Portalis, qui définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme unis pour perpétuer l'espèce, porter ensemble le poids de la vie ».

Malgré la virulente opposition de la droite et le militantisme des professeurs de droit contre l'égalité, le Conseil constitutionnel valide la loi en statuant que le mariage homosexuel constitue « un choix du législateur » et n'est « contraire à aucun principe constitutionnel ». Même si « la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures, ont » jusqu'à présent, « regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics » et « ne peut donc constituer un principe fondamental »¹. Le lendemain, le président de la République promulgue la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Mais les conservateurs ne se sentent pas vaincus pour autant. Des membres de l'opposition menacent : « quand nous serons revenus au pouvoir, il faudra réécrire ce texte pour protéger la filiation

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

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

et les droits de l'enfant. Peut-être avec le recours au référendum¹. »

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

Tout au long du débat parlementaire sur le mariage pour tous et même après l'adoption définitive de la loi², la *doxa*

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

2. Le 23 avril 2013, l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi par un scrutin public. 566 députés ont participé au vote, 331 ont voté pour l'adoption du projet de loi, 225 ont voté contre, 10 se sont abstenus. À la suite de l'adoption du texte, 60 députés et 60 sénateurs de l'opposition ont saisi

familialiste n'a pas cessé de manifester sa vive opposition à cette réforme majeure du code civil. Les slogans de La Manif pour tous furent relayés par les médias¹ et répétés *ad nauseam* par l'opposition dans l'enceinte parlementaire². Cette forte mobilisation a rapidement produit des effets sur le contenu du projet de loi : avant même le début de la discussion parlementaire du projet de loi, la Commission des lois de l'Assemblée nationale, pour contrer l'opposition, a voté un amendement « balai » permettant de maintenir dans la loi les termes « père » et « mère ». L'expression « parent » est retenue uniquement pour les couples de personnes de même sexe.

Dans la version originale, les mots « père » et « mère » étaient systématiquement remplacés par celui de « parents ». Cela constituait, selon nous, une véritable avancée car la loi n'a pas pour mission de signifier la nature sexuée du parent mais simplement sa fonction parentale. En effet, si les hommes et les femmes ont les mêmes droits et ses rôles parentaux sont aujourd'hui interchangeables, pourquoi faut-il maintenir la distinction terminologique dans le code civil³ ?

La question de la différence de sexes a toujours été implicitement liée à la filiation. Aussi, au fur et à mesure que les

le Conseil constitutionnel qui a déclaré le texte conforme à la Constitution dans une décision du 17 mai 2013 (n° 2013-669). La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a été publiée au *Journal officiel* le 18 mai 2013.

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

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

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

couples de même sexe commencent à jouir d'un certain nombre de droits parentaux, se développe un mécanisme politico-juridique, caractérisé par une forme de retour au biologique.

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

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

d'une manière ou d'une autre, la prééminence de l'hétéroparenté.

En ce sens, les pancartes de La Manif pour tous¹ et la décision de Fontgombault ne constituent que la partie émergée de l'iceberg ainsi que ses manifestations les plus paroxystiques. La partie occulte risque de perpétuer, d'une manière bien plus insidieuse, la hiérarchie des parentés.

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

De surcroît, tous les indicateurs démographiques montrent le caractère polymorphe des familles. Malgré cela, l'adhésion à un discours simpliste de la famille nucléaire, présentée comme le modèle à suivre, n'a jamais occupé une place aussi importante dans l'espace public français. Et pourtant, la revendication du mariage entre personnes de même sexe n'est autre chose que la radicalisation de la modernité du fait familial par l'affirmation de la liberté de tous les individus de construire une famille. Cela explique la résistance acharnée des conservateurs. Le Pacs avait suscité les mêmes réactions en 1999 mais, une fois adopté, il a été plébiscité par l'ensemble de la population qui a compris l'intérêt de cette contractualisation des rapports intimes².

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

2. Pour une histoire du Pacs, voir D. Borrillo et P. Lascoumes, *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, coll. « Sur le vif », 2002.

En matière de filiation, la revendication gay radicalise également la dissociation entre reproduction et filiation car désormais la différence de sexe cessera progressivement d'être une exigence pour la réalisation d'un projet parental. C'est contre cela que l'Église catholique se mobilise, c'est-à-dire contre toute tentative de désacralisation de la vie familiale dénoncée par le pape comme « une guerre mondiale pour détruire la famille ¹ ». Si le magistère pontifical ne fait plus référence à « l'ordre hiérarchique de la famille » (comme dans l'encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII en 1891) ou à la « soumission naturelle des femmes » (comme dans *Casti connubii* de Pie XI en 1930), il n'en reste pas moins mobilisé dans une croisade contre le divorce d'abord et, par la suite, contre les nouvelles formes familiales ². Le divorce est formellement interdit par le droit canonique (canon 1141) car le Catéchisme le voit comme « une offense grave à la loi naturelle ». Quant au remariage, il est considéré comme un adultère et entraîne l'excommunication. La relation homosexuelle est réduite « à un simple engagement érotique », sans y voir le désir des deux personnes d'« un engagement à la fidélité, une affection, à un attachement sincère, du souci de l'autre et d'une solidarité » ³.

La fin de l'indissolubilité du lien conjugal

À la fin du XVIII^e siècle, une loi du 20 septembre 1792 mettra fin au mariage-institution en introduisant la possibilité de rupture du lien par consentement mutuel. Aussi, si l'un des époux souhaite la dissolution des liens conjugaux, celle-ci peut être effectuée « sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère ». L'incivisme et

1. Lors de son voyage en Géorgie, le 3 octobre 2016.

2. S. Garbagnoli et M. Prearo, *La Croisade antigendre. Du Vatican aux manifs pour tous*, Paris, Textuel, 2017.

3. Commission Famille et Société des évêques de France, 2012.

l'émigration apparaissent également comme causes de divorce. Deux décrets de l'an II (8 nivôse et 4 floréal (28 décembre 1793 et 23 avril 1794) facilitèrent encore la démarche en permettant la prononciation du divorce sur un simple acte de notoriété ou l'attestation de six témoins déclarant que les époux vivaient séparés depuis six mois au moins. Malgré le moralisme du Directoire et le Concordat de 1801, Napoléon maintient le divorce dans le code civil mais va restreindre considérablement ses causes¹. Le retour de la monarchie avec la restauration des Bourbons et la réapparition du catholicisme comme religion d'État entraînent la disparition du divorce. En effet, la loi Bonald du 8 mai 1816 l'abolit et il ne sera rétabli qu'en 1884 mais il ne s'agissait à l'époque que d'une séparation modérée, essentiellement fondée sur la faute (adultère, infamie, sévices ou injures graves envers l'autre époux) : le « divorce sanction ». Selon le rapporteur de la loi de 1816, « le lien du mariage légitimement et légalement contracté est indissoluble, parce que les parties, réunies en un corps social, intérieurement uni par la religion, extérieurement lié par l'État, ont perdu leur individualité, et n'ont plus de volonté particulière qui sépare, à opposer à la volonté sociale qui unit », reprenant ainsi la théologie du sacrement (*carne una*). En 1908 fut instauré le principe selon lequel la séparation de corps devient un divorce à la demande de l'un des ex-conjoints trois ans après le jugement de séparation.

Le régime de Vichy tenta de rendre le divorce plus difficile en supprimant notamment la possibilité de divorcer dans les trois premières années de mariage mais, en 1945, le législateur revient en partie sur ces dispositions.

Survoltant rapidement l'histoire du divorce en France, nous trouvons trois types de ruptures : la séparation de corps (la forme la plus ancienne de mettre fin au mariage)²,

1. Il est permis pour trois causes : adultère, excès, sévices et injures graves.

2. En droit civil français, la séparation de corps est un simple relâchement du lien conjugal. À la différence du divorce, elle existait dans le droit français ancien qui l'a reprise du droit canonique. Aussi la séparation de corps est-elle parfois appelée le « divorce des catholiques ». La séparation de

les divorces directs sans séparation de corps et les conversions des séparations de corps en divorce. Depuis 1886, celui-ci doit être inscrit au registre de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

Il va falloir attendre l'année 1975, avec l'adoption de la loi du 11 juillet portant réforme du divorce, initiée par Valéry Giscard d'Estaing, pour qu'une refonte totale de la législation voie le jour. La loi modifie les conditions de la rupture en substituant à un divorce fondé uniquement sur la faute une pluralité de cas de divorce (dont celui par consentement mutuel). La législation poursuit ainsi l'évolution historique vers la liberté de divorcer. Pourtant, la loi de 1975 ne répondait plus complètement aux attentes et, près de trente ans après, la nécessité de sa réforme est très généralement admise. Le 1^{er} janvier 2005, une nouvelle loi relative au divorce entre en vigueur (loi n° 2004-439 du 26 mai 2004). Elle traduit le souci du législateur de simplifier les procédures tout en maintenant leur caractère judiciaire et d'apaiser les relations entre époux qui recourent au divorce.

Contractualiser la rupture : vers un divorce sans juge

Il existe quatre cas de divorce en France. Certains sont de type contentieux (divorce pour faute, pour altération définitive du lien conjugal ou pour acceptation du principe de la rupture). À l'inverse, le divorce par consentement mutuel est, par nature, non contentieux.

En 2014, un rapport commandé par la garde des Sceaux, Christiane Taubira, propose de confier au seul greffier le

corps ne rompt pas le lien conjugal ; sont maintenus l'obligation de fidélité, le droit au nom et le droit de secours. Toutefois, le droit de cohabitation disparaît, la femme acquiert une pleine indépendance, le régime matrimonial est remplacé par une séparation de biens qui se produit de plein droit. Certaines des sanctions prévues par le divorce sont applicables en cas de séparation de corps envers l'époux coupable : la déchéance des donations et des avantages reçus de l'autre, la perte de la vocation successorale, la diminution de la puissance paternelle.

divorce par consentement mutuel afin de désengorger les tribunaux. Le rapport sur le « Juge du XXI^e siècle », piloté par Pierre Delmas-Goyon, conseiller à la Cour de cassation, préconise de « transférer au greffier juridictionnel le divorce par consentement mutuel, sans qu'il y ait lieu de distinguer en fonction de la présence d'enfants ou de la consistance du patrimoine ». Finalement, c'est grâce à un amendement gouvernemental de mai 2016 à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 que le divorce par consentement mutuel pourra s'effectuer par acte sous signature privée contresigné par un avocat. Il est ainsi complètement privatisé, dépendant uniquement de la seule volonté des intéressés sans l'intervention du juge.

Le nouveau divorce sort totalement des prétoires et relève exclusivement du droit commun des obligations. Il devient donc un contrat parmi d'autres et il y a tout lieu de penser que le nouveau droit des contrats lui sera entièrement applicable. De même, au niveau de la procédure, la privatisation semble progressivement acquise.

De surcroît, en droit processuel de la famille, les renvois explicites à l'accord des parties ont été multipliés, offrant un rôle accru à la volonté dans l'élaboration des décisions judiciaires. Les différentes places données à la volonté dans le procès s'incarnent à travers les termes « conciliation », « médiation », « convention » et « accord ». Chacun de ces termes correspond à une fonction spécifique. Les règlements amiables, en tant que mode extrajudiciaire de règlement des conflits, apparaissent également comme un phénomène propre à la contractualisation du contentieux familial. Le tiers médiateur, en droit canadien par exemple, où l'arbitrage en matière familiale est permis, tient sa légitimité et son pouvoir de la convention des parties, mais une fois investi et dans les limites de l'affaire qui lui est soumise, il exerce une véritable juridiction, au sens où il dit le droit et tranche le litige comme le ferait le juge¹.

1. D. Bureau et Ch. Jarrosson, « Arbitrage », dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 76.

Dès 1790, la Révolution française avait instauré l'arbitrage en matière familiale, présenté comme « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens¹ ». Le droit français contemporain autorise l'arbitrage uniquement pour les situations qui ne concernent pas l'ordre public, excluant ainsi cette forme de résolution des conflits en matière familiale.

La médiation vise à aider les parties à trouver par elles-mêmes la solution au conflit qui les oppose. Le médiateur ne conseille pas et ne juge pas, il fait en sorte qu'une solution négociée puisse émerger. La conciliation est au départ un pouvoir du juge, qu'il délègue à un conciliateur bénévole, auxiliaire de justice. Il est désigné par les parties mais n'est pas nécessairement indépendant.

La volonté joue un rôle bien différent en dehors du procès, dans l'organisation des relations familiales. Ainsi, à la place faite à la volonté à l'occasion d'un recours juridictionnel s'ajoute la plus grande liberté reconnue aux acteurs par l'adaptation du droit aux configurations familiales. La liberté de rupture et la négociation en cas de conflit font ressortir la progressive contractualisation du contentieux familial.

La privatisation de la vie conjugale

La contractualisation de la rupture met définitivement fin à la conception institutionnelle du mariage. Celui-ci devient également un contrat et devrait désormais être gouverné exclusivement par les règles du droit commun des obligations et non pas par celles du droit de la famille. Cette dernière n'est guère le centre de protection, la tutelle juridique devrait désormais être réservée aux individus qui composent

1. Décret des 16-24 août 1790, titre I^{er}, art. 1^{er}, Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du conseil d'État*, t. 1, p. 310.

la famille et non pas au regroupement familial en tant que tel. La privatisation de la vie conjugale est ainsi ce pas « infiniment plus important encore dans le processus de désacralisation du mariage, et dans le mouvement d'abandon de ses aspects discriminatoires et patriarcaux en tant qu'institution qui détermine les unions permises et celles qui sont interdites, selon des critères qui n'ont rien à voir avec le simple consentement mutuel¹ », comme le proposait le philosophe Ruwen Ogien.

La famille n'est pas un sujet de droit. Dans le passé, certains juristes français ont cependant essayé d'octroyer à la famille la personnalité juridique. Ainsi, pour Savatier, la famille est une personne morale² et Mazeaud est allé jusqu'à proposer que ladite personnalité soit consacrée dans une réforme législative. Pour la Constitution de Vichy de 1941, la famille est « le groupe social de base » qui « assure la continuité matérielle de la Nation et développe les sentiments moraux nécessaires à sa grandeur ». La loi Gounot du 29 décembre 1942 organisait la représentation des associations familiales en créant une « Charte de la famille » qui visait à intégrer les familles légitimes dans une structure corporative unique. De nos jours, personne ne revendique cette qualité de sujet de droit pour le groupe familial mais beaucoup le traitent, de fait, comme s'il en était ainsi...

La question de la contractualisation n'est pas nouvelle, le débat sur la nature juridique du mariage fut l'objet de nombreuses études depuis la fin du XIX^e siècle surtout, lorsque Félix Breda publie en 1877 son célèbre ouvrage, *Considérations sur le mariage du point de vue des lois* dans lequel il prend la défense ardente de la thèse institutionnaliste prolongée par des juristes comme Lefebvre ou Hariou, et ce en

1. R. Ogien, « Le mariage, prisonnier de l'État », in *Mon dîner chez les cannibales et autres chroniques sur le monde d'aujourd'hui*, Paris, Grasset, 2016, p. 20 s.

2. R. Savatier, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 1945.

réaction contre les juristes révolutionnaires qui ont fait triompher la définition contractualiste du mariage consacrée par la Constitution de 1791. La théorie du mariage-institution n'est en fait qu'une réponse conservatrice à l'entreprise libérale des juristes révolutionnaires.

Une conception contractualiste du mariage et plus largement du fait familial commence par considérer que la famille n'a pas d'existence juridique en dehors des membres qui la composent. Ainsi, au lieu d'utiliser le terme « famille », on devrait plutôt parler de « vie familiale » telle que la tradition libérale l'a consacrée dans la Convention européenne des droits de l'homme¹ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'individu apparaît comme le seul titulaire du droit subjectif à la vie familiale et non pas la famille comme une entité objective. Pendant des décennies, les juges de Strasbourg et de Luxembourg ont élaboré une jurisprudence particulièrement riche en matière de vie familiale en tant que faculté individuelle qui ne peut pas se borner à ce que les lois nationales définissent comme famille. La CEDH, dans l'affaire *Elsbolz c/Allemagne* du 13 juillet 2000, souligne que la vie familiale ne se limite pas aux relations fondées sur le mariage et peut inclure d'autres relations de fait dans lesquelles les personnes vivent en dehors du mariage. De même, une femme célibataire et sa fille constituent une vie familiale protégée par la Convention (*Marckx c/Belgique*, 13 juin 1979), tout comme un homme et sa fille extramatrimoniale (*Keegan c/Irlande*, 26 mai 1994). Avec plus d'une centaine d'affaires, les juges européens ont créé un certain nombre de règles basées non pas sur les institutions du droit de la famille des différentes lois nationales mais sur une casuistique focalisée sur la situation affective factuelle, sur le projet des conjoints et sur l'intérêt de l'enfant. Celui-ci prévaut aussi bien dans les situations de

1. F. Sudre, *Le Droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Anthémis, 2002.

parenté biologique que de parenté juridique sans liens biologiques et même en dehors de toute parenté mais avec des relations affectives de fait. Sont ainsi reconnues comme familles les mères célibataires, les couples homosexuels, les transsexuels ayant un projet familial grâce à une PMA et même les personnes détenues pour crimes graves, lesquelles doivent toutefois jouir du droit à la vie familiale.

Face à l'évolution historique que nous venons de survoler et tenant compte de la progressive aspiration à l'autonomie individuelle des membres des familles, peut-on continuer à considérer les règles qui gouvernent la vie familiale comme étant d'ordre public ? Si la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté constituent le fondement de la vie privée et familiale, selon la jurisprudence européenne, pourquoi ne pas renvoyer la question au droit commun des contrats ?

Contractualiser veut dire donner la prééminence à la volonté des parties, faire rétrocéder l'ordre public (normes impératives) et offrir d'autres alternatives là où il existait uniquement l'adhésion. Avec le Pacs, la contractualisation apparaît désormais explicite, même si les différentes réformes ont fait également du mariage *stricto sensu* un acte juridique plus proche des contrats classiques que de l'institution.

Le Pacs : une contractualisation décomplexée ?

Bien que le Pacs soit né en France comme une forme de reconnaissance juridique implicite des couples de même sexe, il constitue aujourd'hui un instrument juridique au service de l'ensemble de la population¹. De fait, seulement 5 % des personnes ayant conclu un Pacs en 2016 étaient homosexuelles. Alors que le nombre de mariages ne cesse de diminuer, le nombre de Pacs conclus a augmenté de manière

1. V. Carrasco, « Le pacte civil de solidarité : une forme d'union qui se banalise », *Infostats Justice*, 97, 2007, p. 1-2.

exponentielle, passant de 6 151 en 1999 à presque 200 000 en 2017. Le succès de cette nouvelle forme de conjugalité est dû à sa concrétisation facile et à la possibilité de rupture unilatérale sans qu'une intervention judiciaire soit nécessaire. Les droits que ledit contrat accorde et la solidarité qu'il fait naître au sein du couple sont également des éléments qui contribuent à sa promotion. Attaquée violemment par la majorité de la doctrine française, qui voyait dans la nouvelle loi « un abus de la minorité sexuelle¹ », « un comportement mortel pour la société² », « un attentat à la cohésion sociale qui décompose l'ensemble du droit civil, social et fiscal de la famille³ » ou une « imposture⁴ » qu'il était nécessaire de dénoncer, « Sodome réclame[ant] droit de cité⁵ », la loi s'est finalement installée dans le panorama juridique national de manière consensuelle, à tel point que même l'extrême droite ne la remet plus en question. S'il y a quinze ans, une éminente civiliste nous invitait « à résister à la provocation homosexuelle⁶ », les chroniques actuelles se limitent à commenter les aspects techniques du Pacs.

La doctrine des juristes conservateurs semble ignorer la sociologie de la famille qui montre comment les relations entre personnes du même sexe ne sont que le reflet des modifications de la conjugalité contemporaine. Échappant à la hiérarchie de genre, les unions homosexuelles offrent un

1. F. Gaudu, « À propos du contrat d'union civile : critique d'un profane », *Recueil Dalloz*, 2^e Cahier Chronique, 1998, p. 20.

2. J.-L. Auber, « Note sous arrêt Cour de cassation », 3^e Ch. Civ., du 17 décembre 1997 ; *Recueil Dalloz*, 9^e Cahier Jurisprudence, 1998 ; p. 114-115.

3. Ph. Malaurie, « Un statut légal du concubinage ? », *Répertoire du notariat defrénois*, 13-14, juillet 1998, p. 879.

4. P. Legendre, « L'essuie misères », entrevue dans *Le Monde de l'éducation*, décembre 1997, p. 37.

5. Expression utilisée par P. Catala et reprise par H. Lecuyer dans l'introduction de C. Brunetti-Pons, *La Notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 1.

6. C. Labrusse-Riou, « Couple et lien affectif », in C. Brunetti-Pons, *La Notion juridique du couple*, *op. cit.*, p. 86.

type de relation plus égalitaire. De même, l'absence historique de prescriptions sociales et le manque de modèles de référence ont permis à ces couples une meilleure créativité au moment de gérer les rôles conjugaux¹. Sans être en compétition avec le mariage, le Pacs s'est converti en un cadre de régulation de la vie en commun car plus protecteur que l'union libre mais moins rigide que le mariage. Les gens ont rencontré, dans cette forme contemporaine d'organisation de la vie de couple, un modèle alternatif au *ius nubendi* à tel point que, même lorsque les États autorisent le mariage homosexuel, ils n'abrogent pas ces législations.

Le Pacs s'inscrit dans le processus de contractualisation de la vie conjugale, laquelle caractérise le droit de la famille des pays développés depuis les années 1970. De fait, le combat féministe et la généralisation de l'union libre ont permis l'émergence d'une réalité telle que le Pacs. Selon A. Giddens, les femmes furent le moteur de la démocratisation de la vie familiale en faisant du mariage un contrat entre individus égaux capables de délibérer, de négocier et de choisir entre différents modes d'action possibles². Le mouvement gay s'inscrit politiquement dans la continuité de la lutte féministe, en ajoutant à la critique de la société patriarcale un réquisitoire contre l'hétéronormativité. Depuis les années 1950, une communauté gay politiquement organisée revendique en France l'égalité juridique des minorités sexuelles³. Avec l'arrivée de Mitterrand au pouvoir, la majorité sexuelle devient la même pour toutes les relations sexuelles, qu'elles soient homosexuelles ou hétérosexuelles. Le Front homosexuel d'action révolutionnaire (FHAR, fruit de Mai 1968)

1. A. Lerch, « Normes amoureuses et pratiques relationnelles dans les couples gays », CNAF, *Informations sociales*, 144, dossier « L'amour de la famille », décembre 2007.

2. A. Giddens, *Les Transformations de l'intimité*, Rodez, Éd. du Rouergue, 2004.

3. J. Jackson, *Arcadie. La vie homosexuelle en France, de l'après-guerre à la dépénalisation*, Paris, Autrement, 2009.

militait pour une critique radicale de la société bourgeoise et de ses institutions, parmi lesquelles se trouvait le mariage.

Vingt ans plus tard, avec l'irruption de l'épidémie du sida, la situation globale et la revendication politique connaîtront un virage à 180 degrés. Pendant des années, la France fut le pays européen avec le plus grand nombre de personnes séropositives. Aucune autre circonstance n'a fait que les homosexuels se mobilisent d'une manière aussi massive que celle relative à la lutte contre le sida. Au début des années 1980, le mouvement gay se trouvait pratiquement moribond, mais l'épidémie modifiera radicalement la donne. Entre 1983 et 1989, plus de quarante associations de lutte contre le sida ont été créées et, depuis 1990 elles dépassent la centaine¹. L'incertitude provoquée par la maladie et la disparition des partenaires et amis a conduit à une revalorisation de l'espace affectif et, par conséquent, de la famille². Considérée autrefois comme réactionnaire, la vie de couple sera progressivement assumée par les gays de la classe moyenne urbaine, mais aussitôt les problèmes juridiques commencent à apparaître³. L'absence de reconnaissance légale laissait le conjoint survivant dépourvu de droits successoraux, il ne pouvait pas non plus bénéficier du transfert du bail de location, ni bénéficier de l'assurance médicale de son partenaire. Dans une telle situation, les questions n'ont pas tardé à arriver devant les tribunaux qui ont commencé à se prononcer au sujet du statut des couples du même sexe. Bien que les premières instances (confrontées aux problèmes et aux injustices quotidiennes) reconnaissent rapidement la qualité de concubins, lorsque ces affaires arrivent devant la Cour de cassation, le refus est catégorique. Le 11 juillet

1. P. Pinell, *Une épidémie politique. La lutte contre le sida en France, 1981-1996*, Paris, Puf, 2002.

2. A. Phillippe, « Bonheur dans le ghetto ou bonheur domestique ? Enquête sur l'évolution des expériences homosexuelles », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 128, juin 1999.

3. M. Pollack, *Les Homosexuels et le Sida (sociologie d'une épidémie)*, Paris, Métailié, 1988.

1989, la Chambre sociale de la Haute Cour considère que les notions « d'union libre » ou « de vie maritale » font uniquement référence aux couples hétérosexuels. Huit ans plus tard, de façon surprenante et contre l'opinion de l'avocat général, la Cour de cassation confirme sa doctrine et rejette la qualité de concubin au survivant d'un couple homosexuel qui sera expulsé du logement commun peu de jours après la mort de son compagnon, victime du sida. La défaite juridique sera convertie en victoire médiatique : la communauté gay gagne dès lors la sympathie de l'opinion publique française qui, en s'identifiant à ses membres souffrants, ne comprend pas l'insensibilité des juges.

Depuis quelques années, différents projets de lois sur les couples de fait, hétéro comme homosexuels, circulaient au Parlement sur proposition des partis de gauche. Au niveau européen, divers États avaient déjà adopté des législations tendant à réglementer la cohabitation homosexuelle : en 1989 le Danemark, ensuite la Norvège en 1993, la Suède en 1994, la Hollande et la Belgique en 1998 et certaines régions espagnoles comme la Catalogne (1998) et l'Aragon (1999). Avec la victoire du Parti socialiste aux élections législatives de 1997, la question s'inscrira définitivement dans l'agenda politique français. Pressé par la communauté gay et les associations de lutte contre le sida, le gouvernement socialiste estime que la gravité de la situation ne permet pas d'attendre une évolution jurisprudentielle et il décide de modifier la législation existante afin d'introduire dans le code civil un instrument juridique alternatif au mariage qui permettrait de reconnaître les couples non mariés. Après un an de batailles parlementaires et un débat social intense, la loi sera finalement promulguée le 15 novembre 1999. Il est nécessaire de souligner que la loi de 1999 n'a pas seulement créé le Pacs mais qu'elle a également inclus dans le code civil une définition du concubinage, en précisant que l'union de fait peut exister « entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe » (art. 515-8). En fonction de l'autonomie personnelle et patrimoniale plus ou moins importante, le Pacs

instaure en France un pluralisme conjugal qui permet aux couples de disposer de trois formes de reconnaissance et de protection de leur vie familiale : le concubinage, le Pacs et le mariage civil.

Le Pacs est un contrat *sui generis*. Sa codification dans le livre 1 du code civil relative aux personnes montre la dimension non seulement patrimoniale mais également personnelle dudit contrat. Cependant, le Pacs n'a pas d'effets en matière de filiation ni d'autorité parentale. Il s'agit uniquement d'une loi « horizontale », relative au couple. L'article 515-1 du code civil, le définit comme un « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Le Conseil constitutionnel a interprété la vie commune comme une notion qui va plus loin que la communauté d'intérêts et la cohabitation. La vie commune implique l'existence de relations sexuelles, sans pour autant considérer la fidélité comme une obligation propre au contrat. L'interdiction de se pacser entre membres de la famille (inceste) explique la dimension sexuelle du contrat. En effet, ne peuvent pas s'unir les ascendants et les descendants en ligne directe, la famille politique en ligne directe, les collatéraux jusqu'au troisième degré. Ce qui veut dire qu'entre oncles et cousins ne peut pas être conclu un Pacs, alors qu'entre cousins, cela demeure possible. Ne peuvent pas non plus contracter les personnes mariées ou déjà unies par un autre Pacs.

Dans certains cas, ce sont les règles du mariage qui s'appliquent de manière analogue et dans d'autres cas, ce sont celles relatives aux contrats de droit commun. Ainsi, en matière de simulation ou de fraude, sont appliquées les dispositions du mariage de raison, la nullité du Pacs pouvant être prononcée pour absence d'*affectio maritalis*. Cependant, en ce qui concerne les vices du consentement seront appliquées les règles générales du contrat, de manière à ce que le dol puisse engendrer la nullité du Pacs, alors que cette nullité ne produit pas d'effets vis-à-vis du mariage.

Le Pacs est à la fois un contrat privé et un acte public, inscrit en marge de l'acte de naissance de chacune des parties où figure également l'identité de l'autre partenaire. En confiant, depuis 2017, son enregistrement à l'officier de l'état civil, le législateur a rapproché un peu plus encore le Pacs du mariage. Initialement, le premier, étant donné sa nature purement contractuelle, ne produisait aucun effet extrapatrimonial mais une réforme de 2007 a substantiellement changé la situation¹. Depuis cette réforme, le Pacs modifie l'état civil des contractants, ces derniers cessent d'être célibataires au moment de l'inscription du contrat (article 515-3-1). Une fois que la modification des actes de naissance respectifs a été effectuée, le contrat devient opposable aux tiers. Cependant, contrairement au mariage, le Pacs ne permet pas de porter le nom de son conjoint et il ne crée pas de relation de parenté par alliance avec les parents du conjoint (beaux-frères, beaux-parents, gendres, belle-fille).

Les cocontractants s'engagent à vivre ensemble, à établir un domicile commun et, comme dans le cadre du mariage, ils doivent s'aider financièrement proportionnellement à leurs moyens en cas de chômage ou de maladie notamment (article 514-4). L'obligation d'assistance est d'ordre public, par conséquent toute disposition contraire sera nulle. Bien qu'il n'existe pas une obligation de fidélité comme dans le mariage, les personnes unies par le Pacs se doivent une loyauté réciproque, à défaut de laquelle la partie lésée pourra demander une rupture du contrat ainsi qu'une indemnité pour dommages et intérêts. Les règles de la présomption de paternité ne s'appliquent pas au Pacs et les partenaires ne peuvent pas adopter ensemble.

Une réforme de 2006 a considérablement rapproché le Pacs du mariage tant et si bien qu'un commentateur l'a qualifié de « mariage patrimonial² ». Le régime original était

1. Loi 2007-308 du 7 mars 2007.

2. J. Rochfeld, « Réforme du PACS : Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO 24/6/2006, p. 9513) », *RTD Civ.*, 2006, p. 624.

celui de la séparation de biens, ce qui signifie que les cocontractants conservent l'administration, la jouissance et la libre disposition de leurs biens propres. Les personnes ayant conclu un Pacs peuvent toutefois choisir de soumettre leurs biens au régime de l'indivision, choix qui devra être précisé dans la convention qui accompagne l'inscription du Pacs ou dans une convention postérieure¹. Les biens, dont on ne peut établir la propriété exclusive d'un des époux, sont présumés communs. Si l'un des partenaires est locataire de la résidence commune, l'autre peut, en cas de décès ou d'abandon, se voir transférer le contrat de location. De même, si le défunt était propriétaire de la résidence commune, l'autre peut, pendant un an, bénéficier gratuitement du maintien dans les lieux de celle-ci. Le Pacs engendre, en revanche, une solidarité dans les dettes contractées pour les besoins de la vie courante. Cette solidarité ne produit pas d'effets lorsqu'il s'agit de dépenses manifestement excessives. Chacun des partenaires est ainsi responsable de ses dettes personnelles contractées avant ou pendant le pacte. Ce pacte n'octroie pas de droits de succession *ab intestato*. L'existence d'un testament ou d'une assurance vie est donc nécessaire pour que le membre du couple survivant puisse bénéficier d'une transmission *mortis causa*. En matière fiscale, les membres du couple doivent effectuer une déclaration commune et ils payent par conséquent communément l'impôt sur les revenus comme les conjoints mariés. Notons que cette obligation constitue une violation à la liberté contractuelle et patrimoniale des personnes...

En matière sociale, le Pacs octroie pratiquement les mêmes droits que le mariage. Si l'un des membres du couple n'est pas couvert par la sécurité sociale, il peut bénéficier de l'assurance maladie de l'autre. En revanche, contrairement au contrat de mariage, il ne permet pas d'accéder à une pension de réversion en cas de décès de l'autre compagnon ainsi

1. J.-F. Pillebout, « Pacte civil de solidarité : clauses relatives au régime de l'indivision », *JCP*, 2006, p. 1383.

qu'à une pension compensatoire en cas de séparation. En ce qui concerne la vie professionnelle, chacune des personnes unies par un Pacs peut poser deux jours de congé en cas de décès de l'autre partenaire. Elles bénéficient également de vacances simultanées s'ils travaillent au sein de la même entreprise. Comme pour le mariage, la célébration du Pacs autorise l'employé à poser cinq jours de congé et, en cas de grave maladie de l'un des membres du couple, trois jours de congé sont concédés à l'autre.

De la même manière, et de façon négative, il entraîne la perte de droits comme la pension de réversion dont l'un des partenaires pourrait bénéficier d'un mariage précédent, tout comme les aides pour les pères et mères célibataires et autres formes d'aides antérieures à la conclusion du Pacs. En matière de droit des étrangers, il convient de préciser que le Pacs conclu par un Français avec un étranger ne donne pas le droit à avoir un titre de séjour, mais sert comme élément permettant d'apprécier les liens personnels du demandeur avec la République française.

Il peut cesser par la volonté de l'un ou des deux contractants, par le mariage postérieur de certains cocontractants ou par la mort. Dans ces deux derniers cas, le contrat s'achève automatiquement. Cependant, l'information à l'autorité du registre (marie, notaire, consulat...) de l'acte initial est obligatoire, autant en cas de décès qu'en cas de mariage ultérieur. La volonté peut être unilatérale ou bilatérale. Dans cette dernière hypothèse, on transmet à la mairie du lieu de résidence où le Pacs fut conclu une déclaration conjointe dans laquelle est signalée la date de séparation. Unilatéralement, l'un des deux membres du couple peut mettre fin au contrat en prévenant l'autre, et peut envoyer une copie de cette information là où le contrat a été enregistré. La rupture du contrat produit des effets auprès des deux membres du couple à compter de l'enregistrement, et auprès des tiers, les effets se produiront uniquement après l'accomplissement de formalités de publicité (inscription dans le registre de l'état civil et la mention marginale comprise dans

l'acte de naissance). L'autre partenaire peut solliciter une indemnisation pour dommage et intérêts causée par la dissolution. La liberté de rupture avec un simple préavis est l'une des raisons pour laquelle beaucoup de couples optent pour cette forme de conjugalité. Toutefois, depuis une nouvelle réforme de 2009, c'est le juge aux affaires familiales qui dirime les conflits relatifs aux partenaires pacsés et non plus le juge du droit commun ou le notaire. Voici une nouvelle entrave à la contractualisation des liens de famille.

Malgré ce processus de publicisation, l'un des principaux apports de la loi de 1999 est celui de la consécration d'une conception contractuelle et désacralisée de la vie conjugale. La liberté d'union et de rupture, les effets patrimoniaux limités et la protection sociale pris conjointement font en sorte que le Pacs est un instrument particulièrement intéressant pour ceux qui ne désirent pas ou ne peuvent pas se marier. Cependant, ces avantages se perdent graduellement à cause d'une matrimonialisation du contrat qui n'a pas cessé de s'approcher du *ius nubendi* en imposant progressivement des obligations et des effets juridiques sur des actes de la vie familiale que, précisément et de leur propre initiative, les concubins ne désirent pas.

Plutôt que de contractualiser le mariage, l'État a fini par matrimonialiser la vie du couple non marié, ce qui produit non seulement l'uniformisation des familles mais aussi l'imposition de règles coercitives, y compris pour celles et ceux qui aspirent à une organisation informelle et spontanée de leur intimité. Le seul espace qui demeure libre de l'ordre public est donc le concubinage.

La contractualisation des liens conjugaux

S'il semble impossible, et pas nécessairement souhaitable, d'arriver à une définition consensuelle de la famille, nous pouvons nous inspirer de l'anthropologie lorsqu'elle distingue deux dimensions de la vie familiale : celle relative aux

liens de parenté (biologique, adoptive, par procréation médicalement assistée...) et celle relative à l'alliance (le couple). La première est dénommée dimension verticale, l'autre est appelée dimension horizontale.

Si contractualiser signifie donner prééminence à la volonté des parties et faire régresser l'ordre public de direction, il semble indubitable que c'est au niveau horizontal, c'est-à-dire celui du couple, que le mariage ne peut plus être considéré comme une institution et qu'il doit s'inscrire définitivement dans le domaine privé. Cela ne veut nullement dire la fin de toute protection. En effet, tout en laissant dans les mains des principaux intéressés l'organisation de la vie conjugale, l'ordre public de protection permet de soutenir, le cas échéant, la partie qui se trouve dans une situation de fragilité.

Ce qui permet de rapprocher le mariage d'un négoce juridique plus proche du contrat que de l'institution, c'est la possibilité (y compris unilatéralement) de rupture du lien. Le divorce et, en particulier, le divorce sans juge fait ressortir la nature éminemment éphémère du *ius nubendi* qui perdure jusqu'à ce que les parties en décident autrement. De même, le processus d'égalité de genre et l'élargissement du mariage aux couples de même sexe ont mis fin à la vision hiérarchique des rapports entre époux selon laquelle ce n'était pas la négociation égalitaire mais la subordination qui agençait l'ordre marital.

Certains vestiges comme le certificat prénuptial, institué par le régime de Vichy et abrogé en 2008 ou l'âge nubile, autrefois différent pour les filles et les garçons (il est le même : 18 ans, depuis 2006), rapprochait le mariage d'un acte de nature institutionnelle. Désormais, la capacité matrimoniale n'est plus alignée à la capacité reproductive. La fin de la différence de sexes comme condition *sine qua non* du *ius nubendi* met en lumière la dimension purement psychologique de l'acte, basée sur la volonté et non pas sur la chair du droit canonique (*in carne una*)¹ selon lequel la *copula*

1. Genèse 2, 24 : « *et erunt duo in carne una* ».

carnalis est nécessaire pour la formation du mariage (*consummatum*). Selon la tradition théologique, le mariage est *initiatum* par l'échange des consentements (*ratum et non consummatum*) mais il n'est parfait que par la copulation. Pendant longtemps, la prohibition du mariage entre personnes de même sexe empêchait de voir clairement sa dimension purement contractuelle puisqu'il était irrémédiablement associé à sa finalité procréative. Sa reconnaissance n'a pourtant pas mis fin à une certaine représentation populaire du mariage-institution ayant comme but la filiation.

Si la consanguinité, la parenté ou l'affinité constituent encore des empêchements au mariage et peuvent être considérées comme autant d'éléments plaidant en faveur d'une vision institutionnelle de celui-ci, en réalité, il suffit de dissocier le contrat conjugal du contrat de filiation de telle sorte que ces empêchements puissent être justifiés pour le deuxième mais disparaissent pour le premier. Ainsi, le contrat de cohabitation légale adopté par la Belgique en 1998 permet l'union entre membres d'une même famille comme sœurs et frères justement parce que cette cohabitation ne produit pas d'effets en matière de filiation et demeure limitée à certains aspects de la vie commune (contribution aux charges, protection du logement familial, solidarité pour dettes...). De même, l'interdiction de la bigamie ou de la polygamie peut apparaître comme des situations qui empêchent de considérer le mariage comme un contrat plurilatéral légitime. S'il est certain que cette prohibition existe dans le droit positif (y compris pénalement)¹, il n'en demeure pas moins vrai aussi que le droit reconnaît indirectement et de manière limitée la bigamie. L'ordre public dont l'effet se trouve atténué ne s'oppose pas à ce que la polygamie entraîne un certain nombre de conséquences sur le sol

1. Art. 433-20 du code pénal : « Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent. »

français, par exemple, pour la liquidation du régime matrimonial, aux effets du droit prévisionnel (deux personnes ou plusieurs peuvent partager une pension de réversion proportionnellement à la durée de chaque mariage), ou pour la répartition d'une succession dans le cas d'un mariage polygame régulièrement contracté à l'étranger (Cass. Civ. 3 janvier 1980) ou encore pour l'exécution de l'obligation alimentaire en faveur de plus d'une épouse (Cass. Civ. 19 février 1963). Ce qui est contraire aux principes démocratiques de liberté et d'égalité, ce n'est pas la polygamie en tant que telle mais la façon traditionnelle (mormons, musulmans...) qu'elle adopte, c'est-à-dire lorsqu'un homme a plusieurs femmes alors que l'inverse n'est pas autorisé. En revanche, le polyamour est une pratique parfaitement conforme aux principes démocratiques et, à certains égards, bien moins hypocrite que la fausse monogamie de nos sociétés contemporaines. Basé sur la liberté sexuelle et affective, le polyamour permet de respecter l'autonomie et l'individualité de chacun. Ainsi, un homme et deux femmes ont pu conclure un contrat conjugal au Brésil (Sao Paulo) en 2012 devant notaire. De même, trois femmes ont pu se marier à Rio de Janeiro dans les mêmes conditions. En 2017, en Colombie, un an après la légalisation du mariage pour tous, l'État a autorisé un mariage de trois personnes (une *trieja* en espagnol). Le droit international privé portera ces situations en France lorsque ce type de couple demandera une reconnaissance, par exemple si l'une des personnes qui le composent est française.

Le mariage et le Pacs doivent être considérés, dans une vision contractualiste, comme des contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire réputés avoir été conclus essentiellement en raison des qualités personnelles des cocontractants. Il semble donc logique qu'ils ne puissent pas être conclus par procuration, même s'il est possible de le faire entre absents. L'obligation de célébrer l'acte en mairie et de l'inscrire à l'état civil me semble une réminiscence de son passé canonique où l'officier d'état civil remplace le curé. Dans une perspective contractualiste, il n'y a plus de sens à maintenir

l'intervention de l'autorité publique : il suffirait que l'acte soit conclu devant notaire. C'est déjà le cas au Québec où, depuis 2002, les notaires ont le pouvoir d'enregistrer les unions et les mariages civils. Contrairement au greffier, le notaire peut se déplacer pour célébrer le mariage dans le lieu qui plaira aux futurs époux. C'est le notaire qui contrôle la régularité de l'acte purement privé, si bien que les oppositions au mariage du code civil n'auraient plus lieu d'être.

Comme dans tout contrat, pour que l'engagement soit valable, il doit être libre de contraintes. L'erreur, le dol, la violence et la lésion constituent des vices du consentement. L'évolution en matière d'erreur matrimoniale est fort significative. En effet, jusqu'en 1975, le droit admettait uniquement l'erreur sur la personne (cas typique des jumeaux) et non pas sur les qualités essentielles de celle-ci comme c'est le cas pour le droit des obligations et plus particulièrement dans les contrats *intuitu personae*. De ce fait, la femme qui ignorait avoir épousé un ancien condamné ne pouvait pas obtenir la nullité du mariage. La loi du 11 juillet 1975 a uniformisé le système et permet désormais la nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne, c'est-à-dire sur ce que chacun peut légitimement attendre de son partenaire. Ainsi, l'impossibilité d'entretenir des rapports sexuels peut constituer une erreur et mener à l'annulation du mariage. En matière de violence, il n'existe aucune exception, ce vice du consentement s'applique dans l'état actuel du droit positif aussi bien au mariage qu'au Pacs. Si le dol ne constitue pas normalement un vice du consentement en matière matrimoniale (« En mariage trompe qui peut », selon l'adage de Loysel), il ne s'agit en réalité que d'un *dolus bonus* (exagération par rapport à la fortune ou aux qualités du futur conjoint, notamment) puisqu'il est susceptible d'entraîner la nullité lorsque ces manœuvres dolosives portent sur les qualités essentielles du partenaire, comme sa nationalité, sa religion ou l'existence d'une maladie grave. Dans d'autres systèmes juridiques, comme en Argentine, le dol apparaît clairement en tant que vice du consentement matrimonial.

De même, il n'existe pas, en droit français, de différences substantielles entre le mariage et les autres contrats en ce qui concerne les nullités absolues ou relatives tout comme le régime de prescription, confirmation ou légitimation à agir. Autrement dit, le mariage prescrit, devient nul ou peut être confirmé de la même manière que n'importe quel contrat. Le cas du mariage putatif constitue encore un exemple de la dimension contractuelle de l'acte. Le mariage putatif est un mariage judiciairement annulé mais qui continue à produire des effets légaux à l'égard du contractant de bonne foi ou à l'égard de certains tiers, comme les enfants.

Si, dans tous ces domaines, la proximité au droit commun des contrats semble indiscutable, dans d'autres ce rapprochement demeure impossible. C'est le cas de l'alliance en tant que lien juridique qui existe entre chacun des conjoints et les parents de l'autre. Cette situation me semble contraire à l'évolution contractualiste du mariage et il devrait, d'un point de vue subjectiviste et individualiste, pouvoir y être dérogé. Dans le droit positif, le mariage constitue l'union non seulement de deux personnes mais aussi de deux familles, créant un lien d'ordre public. Il n'est pas seulement social, il produit également d'importants effets économiques. L'obligation alimentaire, en tant que devoir moral et obligation civile auxquels on ne peut se soustraire, est ainsi élargie aux gendres, belles-filles et beaux-parents de manière réciproque dès lors que ceux-ci se trouvent dans le besoin. L'alliance entraîne également certains empêchements au mariage et peut imposer l'obligation d'assumer une tutelle ou de faire partie du conseil de famille. Les liens d'alliance créent une nouvelle famille, et ce, indépendamment de la volonté des membres du couple qui, eux, n'ont nullement choisi la famille de leur conjoint respectif. Peu importe : le consentement au mariage vaut consentement pour fonder cette nouvelle famille, dite politique... Archaisme propre à une vision prémoderne du mariage, l'alliance prétend encore fonder une relation indépendamment de la volonté. Si ce sont les individus formant le groupe familial qui doivent l'emporter sur ce dernier, l'alliance n'a plus raison d'être.

En revanche, l'évolution du nom patronymique¹ s'inscrit clairement dans le processus de subjectivation et d'individualisation² du droit civil de la famille. Jusqu'en 2002, la règle en France était celle de la transmission du nom du père. Si la loi du 23 décembre 1985 permettait d'ajouter le nom du parent qui n'avait pas transmis le sien, c'était uniquement à titre d'usage, il ne pouvait pas être transmis aux descendants. Désormais, si la filiation est établie simultanément par les deux parents, ils ont le droit de choisir soit le nom du père, soit celui de la mère, soit de transmettre les deux noms dans l'ordre de leur choix. « Si les parents ne formulent pas de choix, l'officier d'état civil enregistrera le nom de celui qui a reconnu l'enfant en premier ou celui du père, si la filiation a été établie par les deux parents en même temps [...]. En cas de désaccord entre les parents, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique » (art. 311-21 du code civil). Cette réforme met fin à la subordination patronymique de la femme³. D'ailleurs, le mot même « patronyme », archaïsme lié à une vision hiérarchique de la famille, est remplacé par « nom de famille ».

La possibilité pour les enfants de changer leur nom en cas de recomposition familiale démontre également la plasticité dans une matière hautement symbolique. Si la démarche demeure complexe, il est possible de changer de prénom et de nom de famille en justifiant d'un intérêt légitime. Depuis 2016, le changement de prénom cesse d'être judiciaire.

1. Le nom patronymique est remplacé par le nom de famille depuis l'adoption de la loi 2002-304 du 4 mars 2002 modifiée par la loi 2003-1159 du 18 juin 2003.

2. Le système romain permettait une plus grande individualisation en portant trois noms : l'un désignait l'individu (*praenomen*), le deuxième (*nomen*) indiquait le clan d'origine (*gens*) et le troisième (*cognomen*) était un surnom rappelant un caractère propre de la personne concernée (par exemple, pour ceux dont la tête évoque un pois chiche, *Cicero* : Cicéron).

3. M.-F. Valetas « La subordination patronymique de la femme », *Travail, Genre et Sociétés*, 7/1, 2002, p. 180-184.

L'intéressé remet simplement sa demande à l'officier d'état civil (mairie) du lieu de sa résidence ou de sa naissance.

La contractualisation pleine permettrait également la reconnaissance d'autres formes de mariage à condition que celles-ci soient conformes à la théorie générale des obligations. Si les parties souhaitent, par exemple, célébrer une union religieuse indissoluble, une telle union deviendrait automatiquement un contrat à durée indéterminée pour le droit laïc, avec les exigences propres à ce type de convention (respect du préavis notamment) mais, en aucun cas, le droit ne pourra admettre un engagement perpétuel, considéré comme nul (servitude personnelle). Ainsi, ce type de contrat peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

Sur le plan extrapatrimonial, comme nous l'avons déjà analysé, le devoir de fidélité (exclusivité sexuelle)¹ et le devoir de cohabitation (obligation de vivre ensemble et d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint) constituent des entraves graves à la liberté individuelle en ce sens que les parties ne peuvent pas y déroger. Sans aller jusque-là, le simple comportement d'une épouse qui « sort très fréquemment en boîte de nuit et fréquente les dancings » et qui « se montre aguicheuse envers les hommes et a des comportements hautement injurieux pour la fidélité conjugale » a été considéré comme une atteinte au devoir de fidélité par la Cour de cassation². De même, les juges considèrent que « le devoir conjugal impose l'établissement de relations sexuelles [...]. En outre, il impose aux conjoints une continuité des relations³ ». Concernant la fréquence de l'acte sexuel, les juges pouvaient estimer au début des années 1990 que « la moyenne relevée en général dans les couples français est d'un rapport par semaine⁴ ». Le refus d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint constitue, comme nous

1. Le devoir de fidélité avait un sens lorsqu'il n'existait pas la preuve génétique car c'était le moyen de rendre efficace la présomption de paternité.

2. Cass. Civ. 2^e, 21 décembre 1960, *Bull. civ.* II, n^o 810.

3. CA Lyon, 28 mai 1956.

4. TGI de Saintes, 1992.

l'avons signalé, encore aujourd'hui une faute. Un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en 2011 a condamné ainsi un homme au divorce à ses torts exclusifs et à verser 10 000 euros de dommages et intérêts à son ex-épouse au motif qu'il ne lui a pas assez fait l'amour durant leurs vingt et un ans de mariage. Toutefois, l'admission du viol entre époux est, de mon point de vue, un autre signe de la progressive contractualisation du mariage. L'article 222-22 du code pénal, en supprimant toute référence à la présomption simple de consentement des époux à l'acte sexuel, établit que « le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ».

Les barrières patrimoniales à la liberté contractuelle

Sur le plan patrimonial, le régime primaire, c'est-à-dire les règles impératives qui s'imposent aux conjoints, empêche la mise en place d'un système fondé sur l'accord libre des volontés. Il s'agit de coopérations prescrites aux époux et garanties par la loi sous le contrôle du juge. Le devoir de secours, d'assistance, la contribution aux charges du mariage, la solidarité pour dettes du ménage, la représentation automatique entre époux ou encore le domicile conjugal impliquent un certain nombre d'obligations auxquelles les conjoints ne peuvent pas déroger. Ainsi, selon l'article 215 du code civil, un époux ne peut ni vendre, ni louer le mobilier et le domicile de la famille même s'il s'agit d'un bien propre, sans le consentement de l'autre sous peine de nullité. Par extension, il ne pourra pas consentir seul un compromis de vente ou à une hypothèque. Il s'agit d'une cogestion dans laquelle un époux ne pourra pas invoquer la seule propriété du logement de la famille. Il s'agit d'un véritable droit de veto.

Deux autres institutions empêchent aussi la contractualisation des liens domestiques : la réserve héréditaire et les régimes matrimoniaux. La première porte atteinte à la fois à la liberté de tester et à l'égalité des citoyens. En rendant indisponible une partie de la dévolution successorale – par exemple si le défunt a trois enfants, il ne pourra disposer que d'un quart de ses biens –, la réserve constitue donc une limitation à la libre organisation des biens propres. Cette situation étant d'ordre public, lorsque les libéralités consenties par le défunt dépassent la quotité disponible, les héritiers peuvent demander au juge de réduire celles-ci jusqu'à concurrence de la réserve. Tout se passe comme si le patrimoine n'appartient plus au défunt mais aux héritiers. La succession constitue une forme automatique d'acquisition de la propriété, à la fois économique et symbolique¹, car il s'agit non seulement de la transmission des biens mais aussi de la succession au pouvoir économique (direction d'une entreprise, par exemple), culturel (dynastie d'acteurs ou d'éditeur...) ², politique (familles d'hommes publiques...) ³. L'héritage apparaît ainsi

1. A. Gorius et A.-N. Dorion, *Fils et filles de... Enquête sur la nouvelle aristocratie française*, Paris, La Découverte. Voir également J.-S. Petitdemange, *Les Grandes Dynasties industrielles françaises*, Paris, Larrouse, 2016.

2. Les « fils et filles de » sont partout. Sur les plateaux de cinéma, comme Laura Smet, Eva Green (fille de Marlène Jobert), Sarah Biasini (fille de Romy Schneider) et Arthur Jugnot. Dans les états-majors des entreprises, comme Arnaud Lagardère, Antoine Arnault (LVMH) et Franck Riboud (Danone). Dans les studios d'enregistrement (Marie Modiano, David Hallday et Pierre Souchon), les prétoires (Arno Klarsfeld) et les maisons d'édition (Mazarine Pingeot et Justine Lévy, la fille de BHL). Aux César de 2013, des observateurs s'émouvaient de voir pas moins de sept « fils et filles de » en lice pour les récompenses. Jacques Audiard, fils de Michel, Hugo Gelin, fils de Xavier, Lola Dewaere, fille de Patrick, Izia Higelin, fille de Jacques, Alice de Lencquesaing, fille de Louis-Do, Félix Moati, fils de Serge, Léa Seydoux, petite-fille de Jérôme. Outre ceux-là, il y a bien sûr le clan Depardieu, Blier, Bohringer, Gainsbourg, Garrel, Berry, Mastroianni, Bedos, Drucker, Dutronc, Cassel, Brasseur.....

3. Martine Aubry fille de Jacques Delors, Roselyne Bachelot fille du député Jean Narquin, Bernard Debré et Jean-Louis Debré fils de Michel Debré,

comme la principale source de l'endogamie sociale¹. Ce pourquoi la réserve héréditaire constitue également une atteinte à l'égalité des chances de la société dans son ensemble. Issue d'une idéologie familialiste, la réserve se fonde sur l'idée selon laquelle la propriété n'est pas bâtie sur l'individu mais sur la famille². Contrairement au droit romain (jusqu'à la période justinienne) où le testament permettait de disposer de la totalité des biens (*Plena in re potestas*), l'ancien droit coutumier d'inspiration germanique fait de l'héritage un bien familial. C'est cette idéologie collectiviste³ qui est à l'origine de la

Louis Giscard d'Estaing, Nathalie Kosciusko-Morizet fille du maire de Sèvres, François Kosciusko-Morizet, petite-fille de Jacques Kosciusko-Morizet, ambassadeur de France, et arrière-petite-fille d'André Morizet, sénateur-maire communiste puis SFIO de Boulogne-Billancourt. Et aussi, Clémentine Autant, Marine Le Pen, Marion Maréchal-Le Pen, Frédéric Mitterrand, Jean Sarkozy....

1. Une approche morale conduit à considérer comme tout à fait injuste de profiter d'une richesse sans avoir travaillé pour cela, sans l'avoir méritée. « Quel mérite effectivement y a-t-il de naître dans la grande bourgeoisie, d'avoir été dispensé de toutes les contraintes matérielles, d'avoir pu fréquenter les meilleures écoles (sans avoir été obligé de travailler pour payer son loyer d'étudiant), d'avoir baigné depuis son enfance dans le monde des affaires, d'avoir un réseau de relations qui facilite l'ouverture de toutes les portes, de disposer de toutes les cautions bancaires nécessaires... ? Pour une course à pied de 100 mètres, c'est comme si certains concurrents pouvaient partir à 10 mètres seulement de la ligne d'arrivée. Où est l'équité ? », Pierre Tourev, « Principales critiques faites à l'héritage », http://www.toupie.org/Textes/Heritage_critiques.htm.

2. Confédération des juristes catholiques de France, *Actualité de la doctrine sociale de l'Église*, 1982, p. 95.

3. « Le droit des parents à se succéder les uns aux autres dans la propriété de leurs biens n'est que le dernier vestige de l'ancien droit de copropriété que, jadis, tous les membres de la famille avaient collectivement sur l'ensemble de la fortune domestique. Or, un des articles qui revient le plus souvent dans les théories socialistes, c'est l'abolition de l'héritage. Une telle réforme aurait donc pour effet d'affranchir l'institution de la propriété individuelle de tout alliage communiste, par conséquent de la rendre plus vraiment elle-même. En d'autres termes, on peut raisonner ainsi : pour que la propriété puisse être vraiment dite individuelle, il faut qu'elle soit l'œuvre de l'individu et de lui seul. Or, le patrimoine transmis par héritage n'a pas ce caractère : c'est seulement une œuvre collective appropriée par un individu. La propriété individuelle, peut-on dire

réserve, laquelle sera maintenue par le droit révolutionnaire et consolidée par le code Napoléon. Si, pour les philosophes des Lumières, la propriété individuelle est d'ordre naturel, le droit de succession est une création de la loi civile, susceptible donc d'être supprimé¹.

La réserve lèse le principe d'égalité car elle circonscrit la circulation du patrimoine à l'intérieur de la famille. Si la Révolution avait mis fin à tous les privilèges dus à la naissance, le seul qui n'a pas disparu est l'héritage. Il a fallu attendre les saint-simoniens pour que l'héritage soit dénoncé comme une cause arbitraire d'inégalité. Le familialisme socialiste du XIX^e siècle donnera les arguments moraux en faveur des successions. De Fourier à Victor Considérant en passant par Pierre-Joseph Proudhon, l'héritage est célébré comme une institution vertueuse. « L'hérédité est l'espoir du ménage [...]. Le contrefort de la famille [...]. Sans l'hérédité, non seulement il n'y a plus d'époux ni d'épouses, il n'y a plus d'ancêtres ni de descendants. Que dis-je ? Il n'y a même pas de collatéraux puisque, malgré la subtile métaphore de la fraternité citoyenne, il est très clair que si tout le monde est mon frère, je n'ai plus de frère². » La doctrine sociale de l'Église catholique fera définitivement de l'héritage une question disjointe de la propriété individuelle et il sera irrémédiablement rattaché à la communauté familiale³. Ainsi,

encore, est celle qui commence avec l'individu pour finir avec lui ; or, celle qu'il reçoit en vertu du droit successoral existait avant lui et s'est faite sans lui. En reproduisant ce raisonnement, je n'entends pas d'ailleurs défendre la thèse des socialistes, mais montrer qu'il y a du communisme chez leurs adversaires et que ce n'est pas par-là, par conséquent, qu'il est possible de les définir » (É. Durkheim, *Le Socialisme. Sa définition, ses débuts, la doctrine saint-simonienne* [1928], Paris, Puf, 2011).

1. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XXVI-VI : « Que l'ordre des successions dépend des principes du droit politique ou civil, et non pas des principes du droit naturel ».

2. P.-J. Proudhon, *Système de contradictions économiques*, 1847, t. 2, p. 201.

3. « La nature inspire au père de famille le devoir sacré de nourrir et entretenir ses enfants [...]. Or, il ne pourra leur créer ce patrimoine que par l'acquisition et la possession de biens permanents et productifs qu'il puisse leur transmettre par voie d'héritage » (Léon XIII, *Rerum novarum*).

pour Pie XI, le droit d'hérédité est un droit naturel qu'aucune autorité ne peut abolir car la société domestique a sur la société civile une supériorité réelle (*Quadragesimo anno*, 1931).

La réserve est une entrave à la liberté du propriétaire qu'il serait temps d'abolir. Dans l'état actuel du droit, si un homme veuf avec deux fils adultes auxquels il a assuré un futur économique en leur donnant une éducation universitaire de qualité décide de faire un testament pour laisser tous ses biens à une fondation caritative, par exemple, cet acte sera nul en vertu du principe d'ordre public d'indisponibilité de la réserve héréditaire. Les fils s'enrichiront ainsi, sans aucun effort, et la société se trouvera privée d'un don particulièrement utile.

De la même manière, les régimes matrimoniaux, en tant qu'organisation coercitive du patrimoine des membres de la famille, constitue un autre exemple d'une limitation de la liberté individuelle sans contrepartie sociale. Les époux peuvent, certes, choisir la séparation ou la communauté de biens mais ils ne peuvent pas choisir d'être considérés célibataires sur le plan patrimonial, comme c'est le cas dans les pays de Common Law où le mariage ne produit *per se* aucun effet sur le droit de propriété des conjoints. En revanche, en France lorsqu'ils ne choisissent pas leur régime matrimonial, c'est-à-dire dans 90 % des cas, l'État le fait à leur place en imposant la communauté réduite aux acquêts : les biens meubles et immeubles acquis par les époux pendant le mariage ainsi que les revenus (notamment ceux résultant du travail) sont communs, indépendamment de l'apport de chaque conjoint à l'acquisition.

Dans un système contractualiste, les parties doivent avoir une totale liberté pour organiser leur propriété et administrer les coopérations et indivisions comme bon leur semble. Dans le cas d'abus ou d'injustice, la théorie de l'enrichissement sans cause ou celle de la société de fait suffit pour réparer un dommage ou rétablir un déséquilibre. Toutes ces

solidarités imposées, tous ces avantages acquis indépendamment du travail individuel constituent les vestiges d'une société patriarcale qui favorise l'inégalité des conjoints, reléguant souvent les femmes à la sphère domestique et à l'éducation des enfants. C'est l'individu et non pas la famille qui doit devenir l'unité juridique. Les droits dérivés qui découlent automatiquement de l'alliance ou de la cohabitation ne font que déresponsabiliser à la fois l'État de ses obligations vis-à-vis de plus défavorisés et le partenaire qui bénéficie du patrimoine de l'autre *ipso iure*.

L'encadrement juridique de la circulation économique intrafamiliale par son lot de donations, successions, obligations alimentaires mais aussi d'allocations familiales et d'allègement fiscaux rend compte d'une conception familialiste de la société. Comme le note Thomas Piketty, « l'héritage n'est pas loin de retrouver en ce début du XXI^e siècle, l'importance qu'il avait à l'époque du Père Goriot¹. » Qu'est-ce que cette société, dans laquelle il vaut mieux épouser un riche que travailler ou faire des études ?

De même, souvent, l'ayant droit de certains bénéfices sociaux fondamentaux n'est pas l'individu mais la famille. En mars 1997, la Commission européenne s'est prononcée pour une individualisation des droits sociaux et a formulé trois critiques aux droits dérivés : ils créent une dépendance à l'égard du titulaire des droits ; ils dissuadent les femmes de se porter sur le marché du travail ou les incitent à travailler au noir, puisqu'elles bénéficient de la protection sociale de leur conjoint ; ils sont injustes puisque les conjointes inactives reçoivent des prestations de réversion sans cotisation.

La reconnaissance de droits universels, liés à la personne humaine, prônés par l'Union européenne, comme l'égalité entre hommes et femmes tend à encourager le recours à l'individualisation des droits. [...] L'individualisation des droits semble supprimer bien des effets pervers : on évite toute stigmatisation quant à la forme de vie choisie par les personnes (seules, en

1. Th. Piketty, *Le Capital au XXI^e siècle*, Paris, Seuil, 2011.

couple ou selon leur arrangement) ; le choix de travailler ou non découle de décisions purement individuelles, et ne dépend pas des choix du conjoint ou de la présence d'enfant ¹.

En France, le rapport du groupe du Commissariat général au plan s'est également prononcé pour l'individualisation des droits sociaux :

Chaque personne disposerait d'un droit à la solidarité nationale en dehors de toute prise en compte des revenus des autres personnes avec qui elle vit. Les caractéristiques de la cellule familiale n'interviendraient pas dans la définition du droit. Si une des personnes prenait un emploi, seule l'allocation individuellement servie à cette personne serait affectée, l'autre membre du ménage n'étant pas concerné, ni les droits des enfants. Une telle démarche évite de créer entre membres adultes d'un ménage des solidarités contraintes, et de lier, de façon pour partie arbitraire, le sort de deux personnes dont la liberté de choix, notamment entre emploi et non-emploi, se trouve ainsi affectée. Elle évite aussi de faire des enfants les otages de choix parentaux ².

À partir de cette constatation et à ce stade de l'analyse, nous sommes en mesure de proposer une définition contractualiste du fait conjugal. Les personnes majeures qui souhaitent introduire des règles organisant leur vie de couple pourraient le faire par un contrat de cohabitation ou contrat de vie commune. Celui-ci pourrait être bilatéral ou plurilatéral, c'est-à-dire conclu par deux ou plusieurs personnes mais il demeurerait individuel en ce sens qu'il n'engagerait que ceux qui l'ont personnellement souscrit. Contrat de gré à gré, c'est-à-dire librement négocié entre les parties, il serait également conclu *intuitu personae*, en considération de la

1. Rapport *Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne*, 1997 Communication de la Commission : http://www.reif.org.eu/wp-content/uploads/2011/01/Travaux-Com-moderniser_ameliore_r_protection_sociale_1997.pdf.

2. Commissariat Général au Plan, *Minima sociaux, revenus d'activité, précarité*, Rapport du groupe présidé par Jean-Michel Belorgey, Paris, La Documentation française, 2000.

personne avec laquelle il a été passé. Le contenu serait librement établi par les parties. Il pourrait être à durée déterminée ou indéterminée – dans ce dernier cas, il pourrait être rompu sur décision unilatérale de l'une des parties. S'agissant d'un contrat à exécution successive, les obligations seraient susceptibles de résiliation. Enfin, conclu par écrit, il s'agirait d'un contrat formel.

II

La filiation : de la biologie à la volonté

La contractualisation des liens de filiation

Si sur le plan horizontal, celui du couple, la contractualisation apparaît comme un processus irréversible. La situation semble cependant bien plus complexe dès lors que l'on essaye d'appliquer la théorie du contrat à la filiation. D'abord, pour une question évidente, les enfants ne choisissent pas leurs parents, ce qui rend impossible la mise en place de tout type de relation contractuelle. Cela permet de trouver déjà une première explication sur la nature d'ordre public des règles relatives à la filiation. Toutefois, il est permis de penser la filiation à partir d'une perspective contractualiste, non pas du point de vue de l'enfant mais de celui de l'adulte, à commencer par les filiations électives : l'adoption et la GPA¹

La convention nous permet surtout d'abandonner la vision biologique qui imprègne encore fortement le sens commun. L'expression populaire « le lien du sang est plus fort » (« *blood is thicker than water* ») dit tout. Les rapports biologiques s'imposent car ils sont supposés plus solides que ceux créés par la volonté. Cette primauté du naturel sur le volitif s'explique pour des raisons historiques mais aussi par la manière dont le droit traite encore de la reproduction et de la filiation. En effet, aussi bien les capacités à ne pas engendrer (contraception, stérilisation, IVG...) qu'à procréer (PMA, GPA...) n'ont pas été construites juridiquement sous la forme d'un droit subjectif mais plutôt comme un acte médical. La législation sur l'IVG était d'abord une clause de

1. M. Meilhac-Perri, *L'Autonomie de la volonté dans les filiations électives*, thèse, université de Bourgogne, 2014.

dépénalisation contrôlée par le corps médical plutôt qu'une prérogative de la femme. Autrement dit, il ne s'agissait pas de reconnaître le droit de propriété de la femme sur son corps mais uniquement de décriminaliser un comportement delictuel pour des raisons sanitaires. De même, comme le souligne le Conseil d'État, les lois dites bioéthiques en matière de procréation médicalement assistée furent conçues comme un palliatif à la stérilité à finalité thérapeutique¹. Cette conception clinique a tellement imprégné le système juridique français que la PMA est à peine mentionnée dans le code civil et se trouve largement régulée dans celui de la santé publique. Il n'existe pas un droit à la reproduction mais uniquement une autorisation clinique d'accès aux technologies reproductives en cas de stérilité du couple hétérosexuel ou pour éviter la transmission d'une maladie grave. De telle sorte que lorsque l'individu ne peut pas procréer par les voies naturelles, il doit obtenir une autorisation publique pour pouvoir se reproduire. La famille consacrée par les lois dites de bioéthique constitue le moule juridique dans lequel on verse le paradigme familialiste fondé sur la primauté de la filiation charnelle ou plutôt sur l'imitation de ladite filiation. Anticipant la revendication de futurs parents gays et lesbiens et surtout pour mieux la contrer, les lois bioéthiques ont construit la PMA comme un supposé remède contre l'infécondité sur la base de la simulation de l'acte hétérosexuel procréatif. Celui-ci apparaît désormais comme le point de départ permettant la mise en place d'un schéma symbolique : la vraisemblance biologique. La PMA n'a pas été pensée politiquement ni construite juridiquement à partir d'un droit subjectif ou d'une liberté individuelle mais comme un dispositif clinique et, en ce sens, elle constitue, en quelque sorte, une démission du politique en faveur de l'expertise scientifique, laquelle déterminera la frontière du permis et de l'interdit en la matière. À cette raison médicale

1. Conseil d'État, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988.

s'ajoute la promotion d'un type d'agencement familial : le couple hétérosexuel en âge de procréer... En France, la législation sur la PMA est légitimée par cette conception d'une parenté « naturelle », fondée sur l'idée que l'intérêt du futur enfant implique le droit d'avoir une mère et un père et des liens biologiques vrais ou vraisemblables avec les personnes remplissant cette tâche sociale. Ces valeurs, décrites comme universelles, se trouvent, de surcroît, à l'origine de l'inclusion de la PMA parmi les services remboursés par la sécurité sociale. Selon l'article L. 2141-2 du code de la santé publique :

L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

La peur d'une filiation homosexuée¹ a eu comme résultat la mise en question radicale de la notion juridique de filiation, laquelle sera conçue davantage comme un événement naturalisable que comme l'expression de la volonté individuelle ou celle du couple. Cette crainte accompagnée de la foi dans la preuve biologique (sanguine ou génétique) affaiblit les autres figures de la filiation reposant sur la volonté et sur le vécu. En effet, outre les lois bioéthiques, la place prépondérante de la vérité biologique dans l'établissement

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

ou la contestation du lien filial fut confirmée par les magistrats dans un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000. Ainsi, la distinction entre reproduction et filiation, telle qu'elle fut construite par le droit moderne, se trouve profondément bouleversée, non seulement par la pensée conservatrice mais aussi et surtout par l'émergence d'une idéologie familialiste renouvelée qui fera de la différence de sexes l'arrière-plan de la parenté et placera l'expertise sanguine et l'examen comparé d'ADN au cœur du contentieux de la filiation.

Les grands principes du droit civil, tels l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, l'égalité ou la libre disposition de soi (et même celui de l'appréciation souveraine des juges du fond) se trouvent ainsi affaiblis face à ces nouvelles prescriptions (étrangères au droit) fondées sur de notions telles que la bonne structuration psychique de l'enfant (voire de l'humain)¹ ou la valeur éminente de la différence de sexes². Ces arguments, apparemment neutres, gagnent une signification nouvelle lorsqu'ils sont mis en perspective avec ceux de l'orthodoxie religieuse. E. Fassin a analysé l'évolution du discours théologique en la matière, en montrant comment le pape Benoît XVI a superposé l'ordre naturel avec les lois de la nature pour refonder l'ordre sexuel en nature³. De même, le conservatisme de gauche va superposer l'ordre symbolique de la différence des sexes à la vérité

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

2. S. Agacinski-Jospin estime que la question du mariage homosexuel est indissociable de la question de l'homoparentalité puisque « l'institution du mariage et de la filiation doit continuer à inscrire chacun dans l'ordre d'une humanité elle-même sexuée », Sylviane Agacinski, « L'homoparentalité en question », *Le Monde*, 21 juin 2007.

3. É. Fassin, « Les "forêts tropicales" du mariage hétérosexuel », *Revue d'éthique et de théologie morale*, HS 261, 2010, p. 201-222.

des origines pour refonder l'ordre parental sur la prééminence de l'hétérosexualité.

Si l'engendrement relève du biologique, la filiation constitue un événement éminemment conventionnel. Elle peut, certes, prendre en compte la dimension génétique mais, en tant que construction juridique, la filiation répond à des règles propres, indépendantes de la nature. La filiation confère à chaque personne un état civil déterminé auquel s'attachent d'importants effets juridiques tant au plan patrimonial (obligation alimentaire, droit de succession) qu'extrapatrimonial (nom patronymique, autorité parentale). La parenté existe uniquement lorsqu'elle est établie dans les conditions et selon les modes prévus par le droit. Autrement dit, la filiation est déterminée par la norme juridique et non pas par les lois de la nature. Dans l'état actuel du droit positif, la filiation est un lien qui se tisse de trois fils principaux : la biologie (filiation par le sang), la volonté (adoption, reconnaissance), une présomption (telle la paternité supposée du mari de la mère) et le vécu (possession d'état). L'ère moderne, avec l'avènement des techniques de procréation artificielle, permet la dissociation entre sexualité et engendrement. Le progrès scientifique permettant le don de sperme, la congélation d'ovocytes, les fécondations *in vitro* et l'identification génétique des parents a provoqué une réaction irrationnelle face à laquelle les arguments faisant appel à l'origine biologique de la parenté ont rempli une fonction rassurante. La biologie commence à devenir ainsi le soubassement réel ou symbolique du système de parenté contre la modernité qui avait progressivement instauré la volonté au cœur dudit système¹.

Les lois de bioéthique permettent uniquement aux couples hétéros l'accès aux techniques d'assistance médicale à la

1. D. Borrillo, « La vérité biologique contre l'homoparentalité. Le statut des beaux-parents ou le "Pacs de la filiation" », *Droit et Société*, 72, 2009, p. 361-371.

procréation¹. La peur de l'absence du sexe opposé, comme conséquence de la reconnaissance d'un droit à la filiation pour les couples de même sexe, a provoqué un retour à une vision naturelle de la parenté qui favorisera, sans doute, une nouvelle hiérarchie des filiations..

La prééminence de la volonté et l'introduction de la vérité biologique uniquement dans le cadre d'un contentieux semblaient acquises jusqu'au jour où les homosexuels ont revendiqué des droits reproductifs. Lorsque les couples de même sexe souhaitent devenir des parents à part entière, des nouvelles normes viennent introduire progressivement l'exigence de la différence de sexes pour l'instauration d'un lien de filiation². Face au pluralisme qui menacerait l'ordre familial, le législateur se trouve ainsi tenté de vouloir proposer, dans la définition de la filiation, un « ordre naturel » fondé sur le droit aux origines³.

La difficulté à admettre une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine, pourtant conciliable avec l'esprit du droit civil⁴, a conduit à une remise en question de ce modèle en faveur d'une vision naturaliste de la filiation : l'expertise biologique s'impose dans les procès en contestation de la paternité⁵, la recherche des origines se revendique socialement, la différence de sexes devient une valeur juridique, bref, la vérité biologique apparaît comme l'argument

1. Il faut toutefois signaler que le Comité d'éthique, dans un avis du 27 juin 2017, s'est prononcé en faveur de la PMA pour les couples lesbiens et les célibataires.

2. En 1988, le Sénat rend le rapport Braibant, au sein duquel pour la première fois on parle « d'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté ». En 1994, la loi bioéthique définit juridiquement pour la première fois le couple comme l'union d'un homme et une femme. Et 1995, pour la première fois, le Conseil d'État parle d'absence de référé paternel dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référé n'est pas exigé par la loi.

3. D. Borrillo et E. Fassin, *Au-delà du Pacs*, *op. cit.*

4. L'adoption plénière par un individu seul est autorisée en France depuis 1966.

5. Voir en rétablissement de la présomption de paternité sur le fondement de l'article 329 du code civil.

dernier non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale (et, partant, pour créer une sorte de hiérarchie entre les filiations qui doivent désormais être basées sur la parenté naturelle) mais aussi pour désigner les familles monoparentales ou recomposées comme les responsables du dysfonctionnement individuel et social. Pour certains auteurs, la loi française est allée trop loin dans la négation de la vérité biologique. Ainsi, l'une d'eux propose la reconnaissance de la pluriparentalité qui « n'est pas seulement liée à la place de plus en plus importante de familles recomposées dans notre société. Elle a été aussi portée par la prise en compte croissante de la question identitaire qui s'est exprimée sous la forme revendicative d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, pour les enfants adoptés ou ceux qui sont nés de procréation médicalement assistée ¹ ». Elle regrette que « contrairement à l'Angleterre et l'Allemagne, la France reste à l'écart du modèle de la *open adoption* », c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique... Cette idéologie implique une remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, l'abandon de l'accouchement « sous X » et l'interdiction de l'anonymat en cas de don de sperme ainsi que l'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière.

Pour limiter les effets de l'homoparentalité, la nouvelle idéologie biologisante n'hésite pas à mettre en question la logique du droit civil. Et c'est à condition de préserver, dans l'institution, la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourrait, le cas échéant, s'inscrire dans l'ordre de la parenté. La question du biologique reprend ainsi une vigueur renouvelée, d'une part, en assurant la place de l'hétérosexualité au sein même de l'homoparentalité (ou pluriparentalité, pour reprendre l'expression d'Agnès Fine) et, d'autre part, en fondant la norme non pas sur la volonté mais sur l'immanence des origines (appelée

1. A. Fine, « Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales », *Spirale*, 21/1, 2002.

désormais « ordre générationnel » ou « ordre symbolique »)¹.

La tension actuelle peut s'expliquer comme le fruit de la coexistence d'un discours résiduel de la parenté fondée sur la vérité biologique et d'un discours émergent qui donne la prééminence au projet parental et à la volonté.

Pour mieux comprendre l'épaisseur et les enjeux de la question (qui va au-delà de l'homosexualité), un regard critique sur le modèle de parenté qui émerge dans nos sociétés me semble plus que jamais nécessaire. L'anthropologie structurelle de Lévi-Strauss nous a appris qu'au lieu de nous acharner à rechercher un agencement familial originaire et à croire dans l'existence d'un modèle universel de famille, il faudrait plutôt se concentrer sur les compositions spécifiques des unions socialement acceptées, créant des liens de génération entre ses membres². À partir de cette hypothèse, nous pouvons analyser les nouvelles formes d'organisation familiale qui se développent dans les démocraties occidentales depuis la fin du XX^e siècle. Cette démarche nous permet de nous débarrasser de l'*a priori* moral et des jugements de valeur pour nous consacrer à l'étude des éléments qui composent ces montages familiaux contemporains, sans préjugés. Il s'agit donc de dégager les éléments porteurs de ce système et de comprendre la manière dont ceux-ci participent de l'ensemble, à savoir la parenté.

L'accès à la filiation par des couples de même sexe constitue l'un de ces agencements et, à n'en pas douter, l'un des événements les plus marquants du droit de la famille actuel. L'étude des familles homoparentales nous permet de mieux comprendre la nature des liens des nouvelles associations intimes. Comme le note Derrida, « l'adaptation à des nouvelles structures parentales est en cours, elle se poursuivra

1. Pour une critique de la métaphysique laïque de la parenté, voir C. Robcis, *La Loi de la parenté. La famille, les experts et la République*, Paris, Fahrenheit, 2016.

2. C. Lévi-Strauss, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Puf, 1949.

irréversiblement¹ ». Des centaines de milliers d'enfants sont issus des couples de même sexe ou élevés par des familles homoparentales dans le monde. Le cadre dans lequel s'inscrit l'homoparenté se définit à la fois par les avancées scientifiques en matière de reproduction humaine et par la progressive acceptation de l'homosexualité en Occident. S'appuyant sur un certain nombre de travaux ethnologiques et sociologiques, l'anthropologue M. Godelier établit un double constat : celui d'une montée en puissance des liens de parenté « sociaux » au sein des familles contemporaines, et celui de la disjonction de la filiation et de la procréation au fondement de la définition de la parenté en Occident². Se développent, par exemple, dans les familles recomposées (où beaux-pères et belles-mères sont amenés à élever l'enfant qu'ils n'ont pas conçu) des formes familiales qui témoignent du caractère social de la parenté, longtemps occulté, comme en témoigne l'histoire de l'adoption.

Parallèlement, les nouvelles technologies biomédicales dissocient la parenté des rapports sexuels tout en interrogeant la paternité (dans les inséminations avec donneur) ainsi que la maternité qui devient, à travers le don d'ovocytes et le recours aux mères porteuses, un processus fragmenté où sont investis deux corps féminins. Enfin, dans les familles homoparentales, des couples de même sexe accèdent à la parenté en recourant aux nouvelles techniques de reproduction ou à l'adoption, et à la reconnaissance légale des liens qui les unissent à leurs enfants, contribuant encore à dissocier la procréation de la filiation, et ouvrant une nouvelle ère où la différence des sexes ne serait plus constitutive de la fondation d'une famille. La notion d'homoparenté recouvre des situations différentes. En effet, si la présence d'un parent homosexuel semble indispensable pour la définir, il arrive que l'un des parents légaux cohabite

1. J. Derrida, E. Roudinesco, *De quoi demain... Dialogue*, Paris, Fayard, 2001, p. 6 s.

2. M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.

avec une personne du même sexe et agisse comme parent social de l'enfant conçu dans une union hétérosexuelle antérieure. Aussi, un couple homosexuel peut adopter ou, dans certains pays, avoir accès à la procréation médicalement assistée et même à la gestation pour autrui. Enfin, dans la coparentalité, il peut y avoir deux à quatre personnes autour l'enfant : les parents géniteurs, c'est-à-dire une mère lesbienne et/ou un père gay, et leurs éventuels partenaires. À la différence des beaux-parents qui arrivent dans un second temps, les partenaires sont des coparents car ils sont prêts à s'engager vis-à-vis de l'enfant dès sa conception. Ils assurent le quotidien comme les parents naturels et se sentent des parents à part entière, même s'ils n'en ont pas le statut légal.

Ruptures épistémologiques et nouveaux paradigmes parentaux

Si, pendant les années 1960, la dissociation entre la sexualité et la reproduction (grâce à la légalisation des méthodes contraceptives) a permis la première rupture avec « l'ancien régime de la filiation », la reproduction sans sexualité, fruit de la procréation artificielle, achève dans les années 1990 ce que le père de la psychanalyse considérait comme l'ère nouvelle de la parenté. Freud écrivait en 1898 dans *Résultats, idées, problèmes I* :

Ce serait théoriquement l'un des plus grands triomphes de l'humanité, l'une des libérations les plus tangibles à l'égard de la contrainte naturelle à laquelle est soumise notre espèce, si l'on pouvait élever l'acte de la procréation au rang d'une action volontaire et intentionnelle à le dégager de son intrication avec la satisfaction nécessaire d'un besoin naturel.

Près d'un siècle plus tard, à la fin des années 1960, le mouvement LGBT commence à s'organiser politiquement en obtenant, dans un premier temps, la dépénalisation des rapports sexuels entre personnes du même sexe et en revendiquant plus tard le statut de famille pour leurs couples et

leurs enfants. La visibilité et la conséquente reconnaissance des familles LGBT ont mis en évidence, d'une manière plus éclatante, ce processus anthropologique qui, malgré des fortes résistances, a commencé par la maîtrise de la reproduction par des femmes au sein des couples hétérosexuels. C'est cette maîtrise qui a mis la liberté et la sécurité au cœur du dispositif parental. Émancipée de la contrainte biologique, la volonté devient le principal élément de légitimation du lien juridique qui crée un rapport d'ascendance familiale entre deux personnes, les désignant comme enfant d'une part, père ou mère, d'autre part, pour les rendre créanciers et débiteurs d'obligations progressivement mutuelles. La procréation peut désormais être conçue comme une liberté qui mérite une protection juridique spécifique en tant que manifestation de la vie privée. Les techniques de procréation assistée ont également permis une plus grande sécurité sur le plan médical en empêchant la transmission de maladies génétiques et en surveillant de près le développement embryonnaire.

**« Mon corps m'appartient » :
la gestation pour autrui (GPA)**

Figure paradigmatique de la contractualisation des liens de filiation, la GPA nous invite à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, à la parenté et à la filiation, trop attachées encore à une conception canonique de la famille. Désormais, on peut faire famille à plusieurs dans un cadre hétérosexuel ou homosexuel. Les nouvelles techniques procréatives ont mis le projet parental au cœur du dispositif juridique dans lequel la dimension spirituelle prévaut (volonté d'être parent) sur les compétences corporelles (engendrement). La volonté procréationnelle deviendrait ainsi la seule source légitime des nouvelles formes de procréation. Selon la représentation culturelle et les conceptions philosophiques qui la sous-tendent, plusieurs réponses juridiques ont été données

dans les différents pays. Nous pouvons les regrouper en trois grands groupes : prohibitionnisme, libéralisme et régulationnisme. Pour le courant prohibitionniste, la GPA constitue une pratique attentatoire à la dignité humaine. Considérée comme une nouvelle forme d’esclavage et une réification du corps de la femme, la GPA ne peut qu’être interdite en toutes circonstances. Ce courant considère qu’il est impossible pour une femme de consentir à la GPA, cette pratique étant assimilée à la vente et à l’achat d’enfants. La France peut être rangée dans cette catégorie malgré une opinion publique favorable¹ : outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat de GPA, celle-ci constitue une atteinte pénale à la filiation dès lors qu’elle est réalisée sur le territoire national. De surcroît, elle peut être une entrave à l’exercice d’autres droits comme l’acquisition de la nationalité française. Ainsi, dans un arrêt du 21 décembre 2017, la cour administrative d’appel de Nantes a validé la décision du ministre de l’Intérieur de rejeter la demande de naturalisation du requérant au motif, notamment, que ce dernier avait « méconnu un principe essentiel du droit français en ayant eu recours à l’étranger à la gestation pour le compte d’autrui² ». Le courant libéral part du principe de la libre disposition de soi et de la liberté procréative en assimilant la GPA à l’IVG. La GPA peut être altruiste, comme au Royaume-Uni depuis 1985, aux Pays-Bas, au Danemark (ou en Floride, dans l’Utah, le New Hampshire et l’État de Washington aux États-Unis), ou conçue comme un service rémunéré comme en Californie. Certains États admettent uniquement une indemnité, comme au Canada. Pour ce courant, les prestations des femmes porteuses sont assimilées à celles d’une nourrice. Le contrat suffit à garantir les droits de différentes parties du processus procréatif : s’il y a consentement libre, c’est-à-dire sans erreur, sans dol, sans

1. Dans un sondage Ifop pour le journal catholique *La Croix* paru le 3 janvier 2018, 64 % des français se disent favorables à la GPA.

2. CA de Nantes n° 16NT01141.

violence et sans lésion (contrainte économique), la GPA est licite. Souvent, lorsqu'il n'y a pas de lien génétique entre la femme porteuse et l'enfant, le contrat stipule qu'elle doit renoncer à l'enfant à sa naissance mais si elle apporte son ovule, elle peut garder l'enfant – droit au regret (en Floride par exemple). En Israël, la GPA est une pratique courante et ne pose aucun problème moral, elle est encadrée à la fois par la loi civile et par la religion. Même les orthodoxes approuvent cette technique. Il s'agit d'un acte rémunéré réservé toutefois aux couples hétérosexuels. Le courant régulationniste considère que la liberté des parties, celle de la femme de porter l'enfant et celle des parents d'intention de bénéficier d'une technique procréative, doit être encadrée dans un système de santé publique, seul garant de la justice des prestations. Chaque courant implique une vision spécifique de l'humain et de la société. Pour l'abolitionnisme, la notion de consentement doit être écartée au profit de celle de « système » où le choix n'a pas d'importance : tout devient aliénation et contrainte. En revanche, la conception libérale met le consentement au cœur de son dispositif moral et considère que, dans l'absence de préjudice à des tiers, l'autonomie de la volonté prime. Enfin, le régulationnisme se méfie de la liberté et préfère placer le dispositif sous le contrôle de l'État afin d'éviter les abus. La GPA serait ainsi prise en charge par la sécurité sociale comme tout autre traitement contre la stérilité. Enfin, une vision féministe moderne de la GPA trouve dans cette technique une dimension émancipatrice car, pour la première fois, la femme serait rémunérée pour un travail qu'elle a fait gratuitement depuis toujours.

La GPA et l'adoption constituent les deux modèles de la filiation élective, contrairement à la filiation charnelle dans laquelle l'accouchement impose la condition maternelle (*mater semper certa est*)¹. Dans ces deux cas de figure, la mère légale n'est pas la femme qui a accouché de l'enfant mais celle qui l'a voulu. En revanche, le statut du père est

1. M. Iacub, *L'Empire du ventre*, Paris, Fayard, 2004.

plus variable dans le cadre de la GPA puisqu'il peut être le géniteur.

Malgré l'interdiction de la GPA en France, lorsque les contrats de maternité de substitution sont reconnus par d'autres États démocratiques et que des ressortissants français se rendent à l'étranger pour accéder à ce service, la filiation qui en découle s'impose à l'état civil français par les règles du droit international privé. Aux États-Unis, les mères porteuses sont particulièrement protégées contre tout type d'abus. Elles doivent déjà avoir un enfant pour que l'impact émotionnel propre à l'expérience maternelle ne leur soit pas étranger. Ces femmes doivent également être représentées par un avocat et le contrat doit être homologué par un juge. Tous les frais médicaux et juridiques sont à la charge du couple commanditaire.

Comme l'ont souligné les juges américains, le critère déterminant de la maternité est celui de la volonté du couple d'intention, sans lequel l'enfant n'aurait jamais existé¹.

La GPA apparaît clairement comme un contrat de service, surtout lorsque la femme qui porte l'enfant n'est pas la gestatrice. Dans le cas où elle apporte l'ovule, une clause de repentance est ajoutée au contrat afin que la mère biologique puisse garder l'enfant si elle le souhaite. Afin d'éviter des conflits, et dans la mesure où le couple commanditaire correspond avec les parents biologiques, il est possible aux États-Unis de demander au juge, avant la naissance de l'enfant, une attribution de filiation de telle sorte que les noms des parents d'intention soient inscrits sur l'acte de naissance dès l'accouchement.

Autre filiation élective : l'adoption

Si l'homoparenté fut rendue possible grâce à la dissociation entre sexualité et reproduction (fruit des luttes féministes), ladite dissociation, à son tour, ne pouvait exister

1. Cour suprême de Californie, *Jonhson c/ Calvert*, 1993.

sans la rupture opérée deux siècles plus tôt par la Révolution française en matière familiale. L'individu devient le centre d'attention du droit et la famille qui n'est que l'une des manifestations de la vie sociale juridiquement protégée. Contrairement au droit canonique, le droit civil moderne n'a plus besoin de la nature pour justifier le fondement de ses institutions et si le code Napoléon atténue le contractualisme des révolutionnaires, l'autonomie de la volonté demeure la légitimation de la vie de famille. Au niveau du couple, le divorce par consentement mutuel confirme la dimension contractuelle du mariage et l'introduction de la filiation adoptive différencie le code civil de la loi canonique. Glissant vers le parrainage, l'adoption perdait déjà progressivement sa signification tout au long du Moyen Âge. Dans l'Occident chrétien, au tournant des X^e et XII^e siècles, la féodalité modifie la loi successorale en favorisant les enfants par le sang au détriment des enfants adoptifs incapables de succéder. Ne permettant plus la transmission patrimoniale, l'adoption ne subsiste que comme une institution charitable assurée par les hôpitaux et par l'Église.

Mais avec la modernité, les philosophes du droit naturel rappellent que les liens sociaux ne reposent plus sur la base de la révélation divine ou de la tradition, mais sur une décision libre des individus. Envisagé désormais comme création de l'esprit, le droit permet de repenser les liens sociaux à partir de l'individu et cette perspective nouvelle bouleverse la représentation médiévale du lien familial, désormais conçu et vécu autour de lui.

La parenté et la filiation n'ont plus l'évidence des liens du sang mais obéissent d'emblée à la loi du sentiment – et Montaigne de rappeler que l'on engendre par « l'âme et qui sont les enfantements de notre esprit ¹ ». Aussi, des jurisconsultes tels Bodin au XVI^e siècle ou Prost de Royer au XVIII^e siècle

1. À la fin de sa vie, Montaigne renonça à la solitude et à la compagnie de l'âme dont il avait fait l'éloge au livre premier de ses essais en adoptant Mademoiselle de Gournay.

redécouvrent l'institution romaine de l'adoption (tombée en désuétude au Moyen Âge) et réclament, dans leurs traités et dictionnaires, ce droit naturel de donner le nom de fils à celui que le cœur préfère¹. Répondant à cette demande, la Révolution française va restaurer l'adoption par un décret du 18 janvier 1792 sans en préciser toutefois le régime juridique. Celui-ci sera posé douze ans plus tard avec le code Napoléon. Mais l'adoption ne permet d'établir un lien de filiation qu'entre deux majeurs ; il faudra attendre une loi du 19 juin 1923 pour permettre l'adoption d'enfants mineurs. Depuis 1966, la loi reconnaît l'adoption plénière individuelle qui peut être demandée par une personne célibataire ou mariée – auquel cas le consentement du conjoint est nécessaire, même en l'absence de lien de filiation établi avec celui-ci sauf dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, autre figure de l'adoption individuelle.

La modernité comme retour à l'Antiquité

Le droit moderne opère, avec la filiation adoptive, un retour aux règles du droit civil romain, octroyant à l'autonomie de la volonté une place centrale dans l'établissement des liens conjugaux et de la filiation. De surcroît, c'est l'individu qui sera progressivement au centre du politique et non plus certaines communautés, telle la famille. Dans ce contexte, l'homoparenté ne constitue nullement une rupture mais ne fait que radicaliser ce qui n'a cessé de se développer tout au long du XIX^e et du XX^e siècle, c'est-à-dire la progressive prééminence de la volonté aussi bien au niveau du couple qu'à celui de la parenté. Depuis la Révolution, le mariage cesse d'être conçu comme un sacrement pour devenir une institution du droit laïc. Suite à cette sécularisation du *ius nubendi*, la consommation (*copula carnalis*) n'est

1. Prost de Royer, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, art. « Adoption », t. III, Lyon, Imprimerie d'Aimé de La Roche, 1783, p. 93-119.

plus nécessaire pour confirmer le consentement qui devient, à lui seul, la clé de voûte du dispositif matrimonial. À la chair sexuée de la règle canonique, le droit moderne oppose une volonté abstraite, libre et consciente. En matière de filiation, le modèle civiliste octroie également un rôle majeur à la volonté (au détriment du sang) : il permet de masquer l'identité des géniteurs (accouchement « sous X », donneur anonyme, adoption plénière...), il permet la reconnaissance volontaire exprimée *a priori* par la présomption de paternité du conjoint de la mère, il autorise l'établissement d'une filiation légale simplement vis-à-vis de celui ou celle qui s'est comporté comme parent (possession d'état). Désormais, ce n'est pas la nature qui détermine la parenté mais la culture (projet parental).

Bien évidemment, l'élément biologique sera toujours nécessaire pour la conception des enfants mais il ne constituera plus une fatalité à laquelle le droit devrait se soumettre. Toutefois, le coït hétérosexuel fécond n'a pas pu échapper à la logique biologique pour ce qui concerne l'homme. En effet, malgré les avancées de la science et de la morale, la loi peut assigner un enfant aux géniteurs, même si ceux-ci s'y opposent car la preuve génétique ou sanguine servira à établir ou contester en justice une filiation. En revanche, il est impossible qu'un enfant naisse accidentellement d'un projet homoparental ou d'une GPA (exemples par excellence du modèle émergent).

Échapper à la biologie

Dans les sociétés chrétiennes d'Europe et d'Amérique, il existe une confusion entre la reproduction et la descendance. Cette confusion est entretenue, en partie, par le fait que nos visions de la reproduction et de la filiation sont fondées sur la symétrie des sexes : l'homme et la femme contribuent à parts égales aussi bien à fabriquer l'enfant qu'à lui

donner une identité sociale. Comme l'a montré D. Schneider, « par tradition, nous avons l'illusion que la chair et la reproduction, c'est la même chose et que la parenté est une question de plus ou moins grande proximité de sang¹ ». Mais il s'agit bien d'une illusion, car comme le note M. Godelier : « Quelles que soient les conditions dans lesquelles des cellules reproductrices sont utilisées, ce n'est pas leur origine biologique qui fonde la parenté. Il faut toujours qu'une autorité morale, religieuse ou politique vienne le dire². » En échappant à la contrainte biologique, l'homoparenté met définitivement fin à cette illusion et apparaît désormais comme la figure paradigmatique de la filiation fondée sur la volonté et son corollaire, le projet parental. Aussi, contrairement à l'hétéroparenté par procréation artificielle, l'homoparenté au travers de ces mêmes moyens techniques ne fait pas semblant de reproduire la nature. Un exemple permettra de mieux comprendre la portée de mon propos : lorsqu'un couple hétérosexuel fait appel à la procréation artificielle, celle-ci se fonde sur un mensonge en faisant croire que la filiation est le fruit de l'acte sexuel des parents d'intention alors qu'il s'agit en réalité d'une procédure complètement fictive qui peut, de surcroît, faire intervenir un tiers (le donneur de sperme ou d'ovocyte), lequel disparaîtra au bénéfice du conjoint. Autre exemple, l'adoption par un couple hétérosexuel d'un enfant lui ressemblant physiquement permettait de faire croire que l'origine de la filiation était l'acte sexuel des parents adoptifs si ceux-ci décidaient de ne pas révéler la vérité à l'enfant. L'homoparenté ne permet plus de faire semblant de construire les liens de filiation à partir de l'acte sexuel. Elle oblige à assumer totalement la dimension culturelle de la parenté dès lors que la différence de sexes n'est plus la *conditio sine qua non* de la filiation. En détachant la filiation de l'acte hétérosexuel

1. D. Schneider, *American Kinship : A Cultural Account*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, vol :384, 1968.

2. M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.

reproductif, y compris sur le plan symbolique, l'homoparenté permet d'achever le paradigme de la modernité, c'est-à-dire de fonder la filiation non plus sur l'engendrement mais sur la volonté. La parenté devient un acte choisi et non plus une fatalité subie. La filiation se déplace du corps vers l'esprit. L'homoparenté justifie également la dissociation entre parenté et couple, l'enfant pouvant avoir plus de deux parents. Comme le souligne M. Godelier : « Une nouvelle forme de parenté est en train de se construire en Occident, où la famille ne coïncide pas nécessairement avec le couple¹. »

Il s'agit d'une parenté fondée sur ce principe universel – mais que nous avons tendance à oublier – selon lequel les parents ne sont pas forcément ceux qui font les enfants, mais les adultes qui les nourrissent, les élèvent et assurent leur avenir. Peu de pays ont reconnu cette forme de parenté sociale, le droit canadien demeurant l'exception, grâce à une loi de la Colombie-Britannique du 18 mars 2013 qui reconnaît la pluriparenté hétérosexuelle et homosexuelle.

Nous sommes ainsi progressivement en train de glisser du modèle bio-conjugal de type hétérocentré à celui d'une pluralité parentale fondée sur l'engagement et le projet parental.

Les structures élémentaires des nouvelles parentés

L'homoparenté apparaît comme la figure emblématique des nouvelles structures de la parenté telle que nous l'avons analysée. En effet, ne pouvant pas résulter d'un acte sexuel procréatif spontané, l'homoparenté provient soit de la recomposition familiale (ou de la coparentalité), soit du recours aux techniques procréatives. La parenté sociale et la rupture avec le biologique apparaissent ainsi comme les deux grandes constantes des formes contemporaines de la

1. *Ibid.*

filiation. À la différence de l'hétéroparenté, ces deux formes ne sont pas subies dans l'homoparenté (soit par l'éclatement familial, soit par la stérilité d'un des membres du couple) mais choisies dans le cadre d'un projet familial réfléchi. Ainsi, au moyen d'une insémination artificielle avec donneur anonyme, l'enfant aura une mère biologique et une mère sociale (la conjointe de la mère biologique avec laquelle a été conçu et développé le projet parental). Dans le cas d'une insémination « artisanale », le donneur est connu et peut participer à l'éducation de l'enfant qui aurait ainsi une mère biologique et deux parents sociaux. Tout cela dépendra, bien évidemment, du degré de reconnaissance juridique de la filiation homoparentale. Mais ces familles existent indépendamment du droit et elles n'ont pas attendu le code civil pour construire une vie affective. Des nombreux accords se passent chaque jour pour constituer une famille. Cette dimension contractuelle, contrairement à la dimension statutaire des familles traditionnelles, caractérise les projets homoparentaux et devient le modèle émergent de la parenté en général.

L'universalité de la règle n'est plus à chercher dans l'articulation entre la nature et la culture, comme l'a proposé Lévi-Strauss dans sa théorie de la prohibition de l'inceste ; elle se trouve désormais dans la convention elle-même. L'homoparenté permet ainsi d'assumer sans entrave la dimension culturelle de la filiation, mettant un terme à toute sacralisation de la production « naturelle » des enfants. L'homoparenté démontre d'une manière éclatante la production sociale de la filiation. Celle-ci est fondée désormais sur la liberté de procréer¹. La filiation d'élection (où la pluri-parenté est possible) ainsi que la définitive disjonction entre différence de sexes et famille constituent les nouvelles structures élémentaires de la parenté, et ce grâce à l'émancipation de la contrainte biologique et à l'élévation de l'acte

1. R. Dworkin, *Life's Dominion : An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993.

de la procréation au rang d'une action volontaire, si chère au père de la psychanalyse.

Le contrat de procréation

La parenté contemporaine pourrait ainsi prendre la forme d'une convention que l'on dénommerait *contrat de procréation* par lequel une ou plusieurs personnes – en couple ou non – s'obligeraient à mettre à disposition d'une ou plusieurs autres leurs capacités reproductives (ovules, sperme, utérus, ventre...). Il peut s'agir d'un contrat gratuit ou onéreux (la maternité de substitution est gratuite au Royaume-Uni et rémunérée en Californie). Le contrat de procréation est un contrat synallagmatique et aléatoire puisqu'il fait naître des obligations réciproques à la charge des parties dont leurs prestations dépendent d'un acte incertain (le résultat de la procréation). De par l'importance des effets produits, le contrat de procréation apparaît comme un contrat solennel et sa validité serait ainsi soumise à la rédaction d'un écrit (acte notarié). Puisque les prestations s'échelonnent dans le temps, il s'agirait d'un contrat à exécution successive dont l'objet consisterait dans l'obligation de mettre les forces procréatrices au service d'un projet parental, ce dernier apparaissant comme la cause du contrat, c'est-à-dire le but qui conduit les parties à s'engager. Comme la stipulation pour autrui, le contrat de procréation crée des droits au profit d'un tiers : l'enfant bénéficiaire, lequel n'a pas besoin de son consentement pour devenir créancier des promettants.

Les structures élémentaires de la parenté contemporaine ne seraient plus à chercher dans des éléments extérieurs à la volonté individuelle puisque c'est elle-même qui constituerait le soubassement sur lequel se construiraient les différents projets parentaux, sources de la filiation. Toutefois, une justice procréative qui aille au-delà des capacités physiologiques à engendrer et qui permette de concrétiser tout

projet parental responsable reste à construire. Si le droit ne tient pas compte de cela, il risque de produire des règles non seulement injustes et discriminatoires, mais aussi incapables d'organiser la complexité des rapports familiaux contemporains. Ce nouveau contrat permettrait d'inclure toutes les formes de parentés possibles et imaginables comme la trans-parentalité et la monoparentalité, même si cette dernière n'est pas nécessairement le fruit d'un acte volontaire. En effet, les causes peuvent être le décès d'un parent, le divorce ou la séparation, la naissance alors que la mère ne vivait pas en couple, le refus du géniteur (père ou mère) d'assumer son rôle de parent ou la décision d'adopter un enfant seul(e).

Monoparentalité et parentalité transsexuelle

En France, deux millions de familles sont composées d'un seul adulte qui vit sans conjoint avec un ou plusieurs enfants de moins de vingt-cinq ans dans un même logement. Dans 85 % des cas, il s'agit d'une mère et de ses enfants. Neuf familles monoparentales sur dix le sont parce que les parents vivent séparément. Parfois, ces derniers n'ont même jamais vécu ensemble : 15 % des familles monoparentales se sont formées ainsi.

La désignation générique par l'expression « famille monoparentale » pose problème car, sous l'illusion de l'apparente homogénéité, se cache un ensemble de situations différentes : séparation des parents, décès du conjoint, choix délibéré d'élever seul(e) un enfant. De plus, certaines mères célibataires sont en fait engagées dans une union stable mais non scellée par un mariage ou un Pacs ; de ce fait, elles ne sont célibataires que pour l'état civil tandis que leurs enfants sont élevés par un couple parental uni. Il n'est d'ailleurs pas rare que le mariage vienne régulariser *a posteriori* ces situations. Enfin, les configurations monoparentales sont souvent temporaires car débouchant plus ou moins rapidement sur une recomposition conjugale. En effet, il s'agit d'une étape

fréquente avant l'arrivée d'un beau-parent. Cependant sa durée est de plus en plus courte car les histoires de vie des adultes, et du coup celles de leurs enfants, comportent de plus en plus d'épisodes.

Concernant la transparentalité, deux situations sont à distinguer, selon que l'établissement de la filiation intervient avant ou après le changement de sexe. Lorsque la filiation est établie avant le changement de sexe, la jurisprudence ne la remet pas en cause. L'acte de naissance des enfants du transsexuel reste inchangé et aucune mention de la décision de changement de sexe du parent n'y sera portée. Lorsque le transsexuel a obtenu la modification de son état civil, sa possibilité de créer un lien de filiation demeure encore nuancée. De manière constante, les juges déclarent nulle la reconnaissance maternelle de l'enfant du transsexuel MF suite au changement de son état civil en raison « de son caractère mensonger du fait de son impossibilité physiologique de concevoir ». La nullité ne saurait, en outre, être purgée par la possession d'état, également écartée au motif qu'elle « est contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et de l'impossibilité physiologique pour le transsexuel de procréer »¹.

Au contraire, l'adoption en couple doit pouvoir être ouverte aux époux, même si l'un d'eux est transsexuel, conformément à l'article 346 du code civil, puisque le droit au mariage est reconnu aux personnes transsexuelles. De même, l'adoption individuelle étant admise par l'article 343-1 du code civil, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un transsexuel seul y ait recours. À plus forte raison, cette possibilité devrait être reconnue si l'on se réfère à la jurisprudence européenne selon laquelle « est discriminatoire en raison du sexe, une distinction qui trouverait son origine dans la conversion

1. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, commentaire n° 153, obs. P. Murat.

sexuelle¹ ». L'accès aux techniques de reproduction assistées demeure cependant interdit aux personnes et aux couples transsexuels.

Depuis que l'identité de genre, en tant que faculté de l'individu à changer son sexe juridique, est acceptée socialement et protégée par le droit, un bouleversement s'est produit non seulement en matière de droits fondamentaux mais également en ce qui concerne la représentation sociale de la parenté. En effet, selon les règles de la filiation, la personne qui accouche est considérée comme la mère de l'enfant. C'est pourquoi un homme transgenre de nationalité étasunienne, Trystan Reese, est devenu mère en 2017. Comme en France, la loi américaine n'oblige pas l'individu à se soumettre à une modification physiologique pour changer son sexe juridique à l'état civil. Monsieur Reese a ainsi pu conserver son utérus. La situation n'est pas nouvelle : en février 2012, une affaire analogue avait déjà défrayé la chronique outre-Manche. Selon le vieil adage latin, *mater semper certa est*, la personne (et non pas la femme) qui accouche est présumée, de manière irréfragable, être la mère juridique de l'enfant. Ainsi, un homme transgenre, en conservant ses capacités procréatives, peut légalement devenir la mère de l'enfant. Or, en changeant de sexe, il voudra vraisemblablement être reconnu socialement comme père (et non pas comme mère) mais, dans la situation actuelle du droit, cela demeure impossible. Un changement du droit de la filiation s'impose donc. Il consisterait à remplacer les termes « mère » et « père » par le mot, neutre, « parent ». De même, pour le couple, on ne devrait plus parler de « mari » et de « femme » mais de « conjoint ».

D'une manière plus générale, la question se pose de la pertinence de la mention du sexe dans les actes de naissance. Si le genre n'est plus une question d'ordre public mais renvoie

1. CEDH, 30 avril 1996, affaire *P. c/S. et Cornwall County Council*, *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, commentaire n° 2, note Sophie Paricard.

à l'intimité (comme la religion, la race ou les opinions politiques), maintenir cette catégorie dans les pièces d'identité et les livrets de famille ne constitue-t-il pas une ingérence injustifiée de l'État dans la vie privée ? Ces modifications du droit permettront non seulement de résoudre un certain nombre de questions pratiques, surtout pour les personnes intersexes et transgenres, mais aussi de mettre fin à un dispositif essentialiste et discriminatoire. S'appuyant tour à tour sur la foi, la nature, la raison, le sens commun ou l'ordre symbolique, la binarité sexuelle sert effectivement à maintenir la différence des sexes et des sexualités comme différence hiérarchique. Comme catégorie d'État tendant à l'identification officielle des individus, le genre alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. L'assignation des individus à un genre est le résultat d'une grille de lecture de la société durablement fragmentée par le poids identitaire du sexe. Le genre apparaît comme le premier des communautarismes, et le plus sournois, car présenté comme universel et naturel. C'est précisément cette idéologie (énonciation répétitive d'un état de fait non interrogé et formulé de surcroît comme état de droit) qui a rangé la neutralité et l'objectivité du côté masculin. Le véritable universalisme ne peut donc se fonder que sur un sujet de droit neutre vis-à-vis du genre. Toute personne pourra désormais devenir parent car ce n'est plus la biologie qui définit la fonction mais la volonté et la responsabilité individuelles.

Vers un nouveau paradigme de la vie familiale

La démocratisation de la vie privée nécessitait comme préalable une reformulation des liens familiaux qui permettait d'échapper à l'emprise multiséculaire de la naturalisation. Ce fut le long travail du droit civil depuis sa

sécularisation. La contestation de l'ordre familial « naturel » n'est en définitive que l'accomplissement de la promesse de la modernité selon laquelle la volonté, et non pas la biologie, constitue la base de l'alliance et de la parenté. La filiation dissociée de l'engendrement permet de justifier un système juridique fondé non pas sur la vérité biologique, mais sur le projet parental responsable. Peu importe donc l'agencement familial (monoparental, homoparental, trans-parental, nucléaire, recomposé, traditionnel...), si les prémices du contrat ainsi que ses effets sont respectés (capacité, liberté et égalité). L'État devrait donc traiter sur le même plan l'ensemble des familles et les autres formes d'intimité. À cet effet, il conviendrait de faire le deuil d'un droit de la famille fondé sur le dogme paternel¹ et de penser les règles qui gouvernent les familles à partir de la négociation et la contractualisation. La coexistence du mariage, du Pacs et du concubinage répond à cette exigence, tout comme l'ouverture du droit à l'adoption, à la PMA et aux maternités de substitution pour tous, au-delà des cas de stérilité.

Fondée sur la volonté, l'adoption pourrait apparaître comme un instrument plus apte que la vérité biologique à assurer la stabilité des liens familiaux. Contrairement à la filiation charnelle, la filiation choisie trouverait son fondement dans la liberté non seulement d'accueillir les enfants des autres, mais également d'abandonner ses propres enfants biologiques à leur naissance, ce qui est uniquement possible pour les femmes (accouchement « sous X ») mais devrait pouvoir être élargi également aux hommes à travers une déclaration formelle de renonciation à la paternité.

La généralisation de l'abandon, d'une part, et l'extension de la filiation adoptive (y compris pour ses propres enfants par l'acte de reconnaissance), d'autre part, permettraient de placer définitivement la volonté au cœur du dispositif parental. Désormais, celui-ci reposerait exclusivement sur la volonté du ou des géniteurs qui donnent l'enfant et celle de

1. M. Tort, *La Fin du dogme paternel*, Paris, Flammarion, 2005.

ou des adoptants qui l'accueillent. De surcroît, l'adoption apparaît comme une institution moralement supérieure car conçue à partir du droit de l'enfant à avoir une famille, contrairement à la filiation biologique qui apparaît comme un dispositif du droit à l'enfant. L'adoption comme modèle universel de la filiation, et non pas la capacité reproductive, permettrait également de fonder la parenté sur la responsabilité et sur un projet parental réfléchi en esquivant ainsi tous les figures malheureuses des maternités ou des paternités non désirées. Assumer une théorie contractualiste des affects – aussi bien horizontalement au niveau du mariage-contrat que verticalement par l'élargissement de la figure de l'adoption, au niveau de la filiation – n'implique nullement de se désintéresser des vulnérables (les mineurs, les personnes âgées, les incapables...). Bien au contraire, la technique particulièrement rodée de l'équilibre des prestations et de la protection des plus faibles¹ permet de garantir, plus efficacement les droits fondamentaux pour l'ensemble des membres de cette communauté affective et patrimoniale.

La pensée néoconservatrice : la filiation de souche

La dimension conventionnelle de la filiation ne posait guère de problèmes lorsque celle-ci pouvait fonctionner comme un artifice imitant la nature. La vraisemblance biologique du couple d'adoptants avec le couple des géniteurs permettait d'assumer la création d'un lien de filiation complètement dissocié de la vérité biologique. On pouvait instituer le vivant (*vitam instituere*, pour reprendre l'expression du droit romain vulgarisée par l'idéologue conservateur Pierre Legendre) dès lors que la base de ladite institutionnalisation était effectivement l'hétérosexualité. Aujourd'hui, grâce à la loi permettant l'adoption pour les couples de

1. Je pense notamment aux contrat d'adhésion, au contrat de consommation, aux clauses léonines et à la théorie de la lésion...

même sexe, le droit ne peut plus faire comme si les parents d'intention coïncidaient avec le couple procréatif, comme c'était le cas lorsque seuls les couples hétérosexuels pouvaient adopter. Mais, plutôt que d'assumer la dimension conventionnelle de la filiation et considérer que la volonté suffit à fonder l'ordre parental, le néobiologisme s'acharnera à le refonder sur la base de la vérité des origines¹.

Comme l'homoparenté ne peut reposer sur un montage dont le point de départ est la ressemblance biologique, au lieu de s'affranchir de celle-ci en affirmant la dimension conventionnelle de toute filiation, il est question désormais de creuser encore plus profondément dans le biologique pour trouver le point de départ qui faciliterait la mise en place d'un schéma symbolique inédit, certes, mais toujours plus proche de la nature. Pour ce faire, la pensée néoconservatrice commence par dénoncer la ressemblance biologique, considérée comme de l'ordre du pseudo-procréatif pour, par la suite, octroyer aux origines une place juridique. Ainsi, un personnage nouveau fera son apparition sur la scène parentale : le géniteur. La pensée néobiologiste prend ainsi le relais des slogans de La Manif pour tous, en considérant indispensable d'organiser l'ordre de la filiation sur un ancrage « solide ». Désormais, il faudra enraciner la filiation dans le tréfonds sécurisant de la « vraie » biologie. À la différence des manifestants contre le mariage pour tous, une certaine expertise se garde bien d'assimiler la filiation à la procréation. Son geste n'est pas pour autant moins biologisant. En effet, à l'argument de la vraisemblance biologique utilisé pour justifier l'adoption et la PMA hétérosexuelles, ces experts opposeront la certitude des origines génétiques. À l'heure où la filiation risque d'être « brouillée » par la filiation monosexuée, il est question d'assurer la permanence de l'humain à travers le marquage de ses origines.

1. Comme le fait le Rapport Théry Leroyer : *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, pour les ministères des Affaires sociales, de la santé et ministère délégué de la Famille en 2014.

Paradoxalement (ou tout au moins en apparence), c'est justement en s'appuyant sur l'homoparenté que le nouveau montage idéologique prendra forme. Celle-ci n'apparaît plus comme impensable ou terrifiante (comme à l'époque du Pacs) mais, au contraire, comme l'événement permettant de repenser la filiation adoptive ou par PMA non plus sur la base de la ressemblance naturelle qui n'est que « mensonge », mais sur celle de la certitude biologique de l'engendrement. Ainsi, le droit n'aurait plus besoin de la vraisemblance biologique pour construire le nouvel ordre de la parenté. La vérité de l'engendrement lui permet d'ancrer la filiation sans ambiguïté dans une assise biologique, à une seule et unique condition : la levée de l'anonymat des géniteurs.

Loin d'être bannie, l'homoparenté jouera désormais un rôle capital dans le nouveau dispositif. Elle devient ainsi la « fiction raisonnable » contre les mensonges de la PMA et de l'adoption plénière hétérosexuelle. L'homoparenté constitue une « fiction crédible » puisqu'incapable de gommer les origines, présentées désormais comme l'« identité narrative », expression empruntée abusivement à Paul Ricœur pour mieux dissimuler l'aspect biologisant de cette entreprise.

L'homoparenté (si le statut des géniteurs venait à être dévoilé) permettrait donc d'abolir la fiction « pseudo-procréative » d'une certaine hétéroparenté (adoption, PMA avec donneur, accouchement sous X...) en restaurant une fiction fondée non pas sur la vraisemblance biologique mais sur la vérité de l'engendrement. Et ce afin de relier l'histoire de l'humain à l'origine, à la fois biologique et symbolique, de l'humanité¹. Une fois le statut du géniteur reconnu par la loi civile, l'homoparenté n'apparaîtrait plus comme opposée à la loi naturelle mais, en revanche, comme la confirmant.

1. P. Legendre, *L'Inestimable objet de la transmission*, t. IV : *Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985.

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

La fiction que l'adoption plénière institue est qualifiée de « mensonge institutionnalisé », auquel on opposerait le droit de l'enfant à connaître ses origines. Un tel « mensonge » n'est pourtant pas propre aux couples de personnes de même sexe qui, bien au contraire, sont dans une situation telle qu'il n'a pas lieu d'être. La critique vaut ainsi essentiellement pour l'adoption par des couples de sexes opposés et met en débat la question de l'adoption plénière elle-même qui coupe les liens avec la filiation d'origine et permet une substitution totale dans les actes d'état civil¹.

La situation

invite dès lors à s'interroger sur l'accès aux origines sans que cela ne soit, encore une fois, propre à l'adoption par des couples de même sexe [...] la CNCDH recommande que la réflexion sur l'accès aux origines soit prise en compte dans une réforme du droit de la famille².

Plus loin les sages de la CNCDH ajoutent :

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

L'avis de la CNCDH suit l'opinion de plusieurs psychanalystes, anthropologues et sociologues qui, lors des auditions

1. Avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (Assemblée plénière du 24 janvier 2013), § 22.

2. *Ibid.*, § 23.

parlementaires, avaient demandé l'inscription des géniteurs dans la loi. C'est pourquoi l'archevêque de Paris, le grand rabbin, le président du culte musulman, le représentant des évêques orthodoxes ou la Fédération protestante n'ont pas eu besoin de mobiliser d'arguments théologiques. Ceux utilisés par les gardiens de l'ordre symbolique « laïc » suffisent car leur soubassement idéologique est commun : la réalité biologique de la différence de sexes doit être inscrite dans la loi puisqu'elle donne sens non seulement à la filiation, mais à la relation humaine tout entière.

Lorsque la CNCDH demande que la vérité biologique de l'engendrement ne soit pas occultée, elle participe à cette refondation de l'ordre de la parenté. Le géniteur sera désormais appelé « donneur d'engendrement ¹ » et deviendra un personnage central du dispositif néobiologique. Ainsi, l'accès aux origines ne se résume nullement à la simple connaissance des personnes qui ont participé à la « fabrication » de l'enfant (connaissance qui nous semble parfaitement légitime). La question des origines va bien au-delà du droit à connaître ses géniteurs pour devenir la clé de voûte du rapport entre l'institutionnel et le corps (si cher à Pierre Legendre) : « Cela n'engage rien moins que la condition de mortalité situant chacun de nous à l'intérieur d'un monde humain signifiant qui a commencé avant notre naissance, qui continuera après notre mort, et dans lequel nous devons passer notre vie ². » Ce n'est pas l'archevêque qui s'exprime de la sorte mais la sociologue consultée par le gouvernement socialiste lors de la dernière proposition de réforme du droit de la famille. Le groupe de travail en question, dont la finalité est de garantir l'accès aux origines biologique des personnes, prend le nom évocateur de « Filiation, origines,

1. I. Théry, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 3, 2013.

2. http://www.ldhfrance.org/IMG/pdf/H_L147_Dossier_7._Pour_la_lev_ee_de_l_anonymat_des_dons.

parentalité ». L'association de la question des origines biologiques à la filiation n'est ici nullement innocente. Rapprocher la question des origines d'une réforme du droit de la parenté dévoile cette entreprise consistant à établir une sorte de « filiation de souche » qui renvoie à la reproduction, tandis que les autres formes de filiation viendraient s'ajouter, une fois établie dans la loi ce « nécessaire » arrière-plan biologique grâce à la levée de l'anonymat. Dans ce contexte, la question des origines ne fait que réactiver les vieux mécanismes iusnaturalistes consistant à fonder les institutions juridiques non pas sur la délibération démocratique mais sur certains fondements, prétendument invariables et auxquels la volonté doit impérativement se soumettre (ordre symbolique, identité narrative, loi naturelle...) sous peine de compromettre la coexistence sociale à cause d'un relativisme individualiste.

Les habits neufs de l'ordre naturel

Les habits neufs de l'ordre naturel, entendu à la fois comme discours fondé sur un principe immuable et permettant la perpétuation d'une métaphysique de la différence de sexes, trouve son origine dans le montage idéologique que nous venons d'analyser mais aussi à travers une pratique juridique caractérisée par la prééminence de la preuve sanguine et génétique dans le contentieux de la filiation. Depuis le 28 mars 2000, suite à une décision de la Cour de cassation, l'expertise sanguine est devenue une exigence en matière de filiation¹. Avant cet arrêt, ladite expertise n'était pas systématique, elle relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce renversement jurisprudentiel apparaît clairement exprimé dans les propos de l'avocate générale Cécile Petit : « L'incertitude identitaire quant à la filiation est pour un enfant source de graves déséquilibres sur le plan

1. D. Borrillo, « La vérité biologique... », art. cit.

de la construction de sa personnalité¹. » L'engendrement devient ainsi la certitude identitaire qui devrait fonder la filiation... Un arrêt du 12 mai 2004 (pourvoi n° 02-16.152) a franchi un pas important en matière d'action en recherche de paternité en n'exigeant plus des présomptions ou indices graves pour apporter la preuve de la paternité et en permettant la preuve directe par l'expertise.

La revalorisation de l'adoption simple au détriment de l'adoption plénière participe également de cette mouvance. Outre le rapport de la CNCDH inspiré par le conservatisme de gauche, la doctrine de juristes commence à revendiquer l'adoption simple pour les couples de même sexe. La reconnaissance en France de l'adoption plénière effectuée à l'étranger par un couple homosexuel apparaissait pour la Cour de cassation comme contraire à l'ordre public international, au motif qu'elle aboutissait à la délivrance d'actes d'état civil masquant l'origine hétérosexuée de l'enfant². Une partie de la doctrine des juristes (inspiré par le néobiologisme) a vu dans cette décision une avancée car si l'origine biologique n'était pas masquée, il n'y aurait pas d'obstacle à la reconnaissance de l'adoption homoparentale. En effet, comme le note Louis d'Avout :

Dans ces affaires internationales qui, porosité des frontières oblige, ne diffèrent guère de leurs homologues internes françaises, la Cour de cassation esquisse rationnellement ce que pourrait être la réforme équilibrée voulue par le président : un rehaussement mesuré du droit des couples de même sexe à

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

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

élever, comme les siens, les enfants qui par le sang sont étrangers à l'un ou aux deux des prétendants parents. Ceci passerait par la reconnaissance d'un droit à l'adoption simple, qui ajoute à la filiation naturelle, non pas à l'adoption plénière, qui efface la filiation naturelle non vécue et lui substitue un équivalent juridique assumé¹.

Et, même si cette situation fut réglée par la loi sur le mariage pour tous en 2013, il ne faut pas oublier que la CNCDH et la doctrine des juristes trouvèrent en La Manif pour tous un allié objectif car, selon la fondatrice de ce mouvement, « seule une loi ouvrant aux couples homos mariés le droit à une adoption simple – et non pas plénière car cela reviendrait à effacer la filiation biologique et à écraser la nature – serait susceptible d'apaiser mes troupes² ». Aussi, Laurent Wauquiez, président des Républicains, est opposé à l'adoption plénière qui prive l'enfant de la connaissance de ses origines, à laquelle il dit préférer donc l'adoption simple.

La personnification du don de gamètes et le statut du géniteur constituent le troisième pilier du néobiologisme. Dans ce contexte, le modèle de la PMA hétérosexuelle (considéré par les conservateurs de gauche comme « pseudo-procréatif ») est dénoncé comme étant « un déni des dons et des donneurs ». Le donneur devrait désormais être considéré comme une « personne singulière » puisqu'il ne donne plus une substance de son corps mais la vie elle-même.

Or, en réalité, il n'est pas exact que ces gamètes soient nécessairement destinés à l'engendrement. Ils peuvent être affectés à la recherche scientifique ou tout simplement être détruits. En effet, la loi autorise la recherche sur l'embryon, sur les cellules-souches embryonnaires et fœtales humaines ainsi que sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental.

1. L. d'Avout, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption. Réflexions d'actualité », *Recueil Dalloz*, 31, 2012, p. 1973.

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

Considérer cela comme de l'engendrement est contraire non seulement au droit positif mais à l'évolution même du statut de l'embryon en France.

Cette personnification des produits du corps renvoie aux vieilles controverses philosophiques sur le statut de la semence et sa capacité à porter en elle la vie de l'embryon. Souvenons-nous de la doctrine aristotélicienne selon laquelle le sperme du mâle contient le principe de la forme tandis que celui de la femelle n'a que la matière. Si l'individu cesse d'être donneur d'un simple produit du corps (sperme ou ovocyte) pour devenir donneur d'engendrement, cela voudrait dire que la loi doit faire comme si les gamètes contenaient en eux-mêmes la vie humaine. Cette personnification des donneurs nous amène aux tréfonds de l'imaginaire religieux. Comment ne pas penser au récit biblique de la mort d'Onan pour « avoir laissé la semence se perdre à terre » (Genèse 38, 8-10), récit qui est à l'origine de la condamnation de la masturbation masculine ? Même les autorités théologiques n'osent plus revendiquer cette conception de la reproduction. Et pour cause, puisqu'elles placent l'origine de la vie non pas dans les gamètes eux-mêmes, mais dans la fécondation¹. Comme souvent, la réactualisation d'une pensée est plus conservatrice que l'original...

Enfin, la levée de l'anonymat des donneurs apparaît dans le contexte politique actuel non pas tant comme un droit au renseignement mais comme un droit de l'humanité « à la non-falsification de la filiation ». Il ne s'agit pas simplement de l'accès à une information (accès tout à fait légitime), mais de faire de celle-ci le soubassement de la parenté.

La primauté de la preuve génétique dans le contentieux de la filiation, la prééminence de l'adoption simple, la levée de l'anonymat, la mise en question de l'accouchement « sous X » et le statut des donneurs des gamètes constituent

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

les habits neufs de l'ordre naturel, lequel permettrait de donner à la filiation un ancrage « solide » à partir duquel la fiction juridique puisse opérer tout en respectant l'ordre symbolique hétérosexuel. Avec le Mariage pour tous, le législateur français a su surmonter les préjugés en garantissant le droit au mariage et à l'adoption aux couples de même sexe, et ce contre l'opposition de la droite et d'une bourgeoisie catholique fortement mobilisée. Néanmoins, la loi de 2013 ne met pas fin à l'inégalité : la PMA demeure réservée aux couples hétérosexuels. Cependant, le Défenseur des droits et le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes en 2015, puis le Comité d'éthique en 2017 se sont prononcés en faveur d'une ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules qui souhaitent procréer sans partenaire masculin grâce à un don de sperme. La révision des lois bioéthiques de 2018 permettra sans doute cette ouverture, mais elle risque aussi de mettre fin à l'anonymat des donneurs, à l'accouchement sous X, et à l'adoption plénière qui serait remplacée par l'adoption simple (*open adoption*). La certitude de l'engendrement apparaît ainsi comme le rempart contre « l'individualisme et l'hédonisme narcissiste qui désintègre la société ¹ »... Et, lorsque cette famille nucléaire n'existe pas dans la réalité sociologique, il faut la réintroduire symboliquement à travers le statut des géniteurs. Cette entreprise constitue le degré le plus avancé dans le processus de biologisation du genre. En effet, l'hétérosexualité est ici réduite à sa dimension la plus élémentaire : le spermatozoïde et l'ovule. À partir de ce soubassement « glandulaire » et en personnalisant le donneur jusqu'alors

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

anonyme, l'ordre symbolique de la différence de sexes se trouve finalement sauvegardé. L'homoparenté est donc admise à condition qu'elle se soumette à cette exigence : « que l'établissement de la filiation dans un couple homoparental n'institue par un enfant comme "né" de ce couple, que la réalité biologique de l'engendrement ne soit pas occultée », tel que le recommande la CNCDH. La famille homoparentale devient ainsi une forme de famille recomposée dont l'origine se trouverait dans l'engendrement biologique...

Au-delà de la question familiale, cette entreprise de naturalisation de l'ordre des filiations n'a nullement comme objet la protection de l'intérêt de l'enfant *in concreto* mais le maintien *in abstracto* de l'ordre symbolique de la différence de sexes, autrement dit, la suprématie de l'hétérosexualité.

L'accouchement « sous X » au masculin et la fin de la présomption de paternité

Destiné à préserver le secret de la naissance, l'accouchement anonyme est une sorte d'abandon légal de l'enfant qui permet aux femmes de le proposer en adoption sans dévoiler leur identité. Après l'accouchement, la femme dispose de deux mois pour se rétracter et établir ainsi un lien de filiation avec sa progéniture. Si ce n'est pas le cas, l'enfant est confié à l'État et rentre dans le circuit de l'adoption.

La pratique de l'abandon des nouveau-nés est aussi vieille que l'humanité. Si bien qu'au Moyen Âge, afin de faire diminuer le nombre d'infanticides, est apparu le « tour d'abandon » (*ruote dei trovatelli* en italien), lieu où les mères pouvaient laisser l'enfant en sécurité pour sa prise en charge par une institution de charité. Ce système avait le double avantage de ne pas exposer les nouveau-nés à l'extérieur des églises et les mères à la vue des tous. Napoléon I^{er} propose un réaménagement des tours d'abandon par un décret impérial

du 19 janvier 1811 prévoyant que : « Dans chaque hospice destiné à recevoir des enfants trouvés il y aura un tour ou ils devront être déposés. » Plus tard, au XX^e siècle, afin que l'enfant puisse naître dans des bonnes conditions physiques et morales, la loi française a instauré l'accouchement « sous X » permettant ainsi, par une adoption rapide, l'accès à un foyer stable et à une sécurité juridique et affective favorisant le développement de l'enfant. L'article L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles stipule que

Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est renseignée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, celle-ci ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues par la loi. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance. Pour l'application des deux premiers alinéas, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

Réservé à la femme, l'accouchement « sous X » crée une situation d'inégalité vis-à-vis de l'homme qui est contraint d'assumer, à la naissance de l'enfant, une paternité comme conséquence d'un coût fécond. Alors qu'une femme peut encore échapper à une grossesse accidentelle en avortant sans le consentement du partenaire ou en abandonnant l'enfant à

la naissance, le géniteur ne dispose d'aucune mesure juridique pour échapper à une filiation non voulue : la génitrice peut obliger, par un simple test d'ADN, son partenaire (stable ou occasionnel) à assumer une responsabilité paternelle, patronymique, financière, successorale et morale¹.

Pour en finir avec cette discrimination, le droit pourrait mettre en œuvre une forme d'engendrement « sous X » pour les hommes qui ne souhaitent pas devenir pères. M. Iacub avait proposé cette idée en soulignant que « au moment où un homme prend connaissance d'une grossesse dont il ne souhaite pas assumer les conséquences, il devrait pouvoir faire appel à cette procédure qui le protégerait d'un recours, aussi bien de la femme que de l'enfant. Il deviendrait ainsi "géniteur sous X", laissant à la femme la responsabilité de mettre au monde l'enfant qu'elle aurait pu effectivement avorter² ». Si la famille ne se fonde plus sur la différenciation sexuelle, cette asymétrie en matière de procréation n'a plus lieu d'être dans notre système parental. Il suffirait pour cela d'établir cette clause d'exemption de filiation lorsque le géniteur ne souhaite pas devenir parent.

Une conception volontariste de la filiation ne peut pas non plus coexister avec les présomptions. Dans un couple marié, la filiation paternelle s'établit automatiquement : l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari (art. 312 du code civil). Son nom est indiqué sur l'acte de naissance. Il n'a pas besoin de procéder à une reconnaissance et n'a aucune démarche à effectuer pour établir la filiation de son enfant : *Pater is est, quem nuptiae demonstrant*. Si une telle présomption avait du sens dans le système traditionnel (filiation légitime) en raison de l'obligation de fidélité, dans le système contractualiste, elle n'aurait plus lieu d'être dès

1. Dans une décision du 23 novembre 2007, la Cour de cassation a confirmé que pour obtenir un test ADN il n'y a aucun besoin de rapporter des indices ou des présomptions de paternité. Le test est de droit, c'est-à-dire que le juge ne peut pas s'y opposer.

2. M. Iacub, « Géniteur sous X », *Libération*, 25 janvier 2005.

lors que la filiation découlerait d'une reconnaissance formelle de chaque parent.

La parenté volontaire

L'adoption plénière, la contraception et l'IVG hier, la PMA aujourd'hui et la GPA demain, constituent, avec l'abandon légal élargi aux géniteurs et la fin des présomptions, les principales figures de la parenté élective. Celle-ci est le résultat d'un projet individuel ou pluriel, englobant le désir d'être parent et le souhait d'assumer les obligations qui découlent de la filiation. La volonté procréative irradie également la filiation charnelle en tant que source du droit de la filiation car les géniteurs et génitrices doivent procéder à une reconnaissance de leurs propres enfants biologiques. L'accouchement ne peut plus désigner la mère, tout comme une fécondation naturelle ou artificielle. La parenté volontaire implique nécessairement un acte positif de l'esprit, indépendamment de l'acte sexuel. Aucune présomption ne peut se substituer à la volonté d'être parent. L'élément qui détermine la parenté n'est pas le lien biologique mais le lien volitif qui peut coïncider ou pas avec l'apport génétique. Si le droit a finalement compris qu'il était non seulement impossible mais aussi injuste d'imposer une maternité à une femme qui ne souhaite pas devenir mère, il semble tout aussi juste de ne pas empêcher une femme de porter un enfant pour une autre femme ou pour un couple et de le lui donner à la naissance. De même, obliger à un homme à devenir père est non seulement discriminatoire et violent, mais également injuste vis-à-vis de lui-même et de l'enfant.

La parenté volontaire apparaît ainsi comme la condition *sine qua non* d'une véritable démocratisation de la famille, à la fois par sa remise en question de la fatalité biologique et par sa capacité à assumer la dimension conventionnelle de la filiation.

Conclusion

Tout au long de ce bref essai, nous nous sommes attaché à affranchir le phénomène familial de toute trace de son passé canonique et moral. La contractualisation des liens familiaux constitue, avec la libre disposition de soi, les deux piliers de la démocratie individuelle.

Le contrat de vie commune et le contrat de parenté, dont la GPA est l'exemple paradigmatique, permettraient de réguler la vie familiale d'une manière plus adaptée aux situations actuelles et aux aspirations individuelles des membres du groupe familial tout en veillant à l'intérêt de l'enfant. Désormais, nos sociétés sont face à un choix capital : fonder la vie familiale sur la libre volonté et le projet responsable des individus ou soumettre ces derniers au déterminisme de la biologie, des présomptions juridiques et des solidarités imposées. Sur le plan extrapatrimonial, le devoir de fidélité et celui de cohabitation (*debitum conjugalis*) tout comme la parenté par alliance (famille politique) apparaissent, dès lors qu'ils sont imposés par l'État et non pas consentis par les époux, comme des vestiges d'une société statutaire et moraliste. Aussi, l'accouchement n'est pas à même de désigner la mère, les exemples de la GPA et de la transparence en témoignent. De même, la présomption de paternité constitue une manière coercitive d'imposer une filiation.

Sur le plan patrimonial, la solidarité pour dettes, les pensions de veuvage et de réversion, les régimes matrimoniaux et la réserve héréditaire représentent autant d'entraves à la liberté individuelle et à l'égalité sociale. Si le divorce demeure la faculté qui fait ressortir le caractère contractuel de l'union conjugale, il devrait également être élargi aux relations verticales de filiation. Après tout, rien ne justifie que, une fois majeurs, les enfants ne puissent pas « divorcer » de leurs parents – tout comme ces derniers de leur progéniture.

Au familialisme patriarcal, la théorie du contrat oppose la possibilité de construire des relations, des solidarités et des engagements fondés sur le consentement libre des intéressés. À l'heure où un retour du biologique – à la fois au niveau de la nation (remise en question du *ius soli*, valorisation de la nationalité de souche...) et au niveau familial (remise en question de l'accouchement « sous X », de l'anonymat du donneur et revendication de l'accès aux origines) – semble compromettre notre capacité à fonder nos institutions sur le choix individuel et la délibération (principe démocratique) au profit d'une nouvelle métaphysique de la cohésion sociale et du collectif naturalisés, la théorie du contrat conserve toute sa puissance émancipatrice et sa capacité à fabriquer du lien et à protéger contre l'arbitraire. Penser la famille à partir du contrat nous permet de la considérer définitivement comme un instrument au service de la pluralité des projets conjugaux et parentaux.

Bibliographie

- AIDAN, Géraldine (avec E. Debaets), *L'Identité juridique de la personne humaine*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2013.
- BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty* (1969), Oxford, Oxford University Press, 1990.
- BORRILLO, Daniel, « Fantômes des juristes *vs* Ratio Juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in D. Borrillo et E. Fassin, *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, Puf, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1999.
- , « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité », in A. Cadoret, M. Gross, C. Mecary et B. Perreau, (dir.). *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, Paris, Puf, 2006.
- , « La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion », in V. Fortin, M. Jezequel et N. Kasirer (dir.), *Les Sept Péchés capitaux et le droit privé*, Montréal, Thémis, 2007.
- , *Le Droit des sexualités*, Paris, Puf, 2009.
- , « La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut du beau-parent ou le "Pacs de la filiation" », *Droit et Société*, 72, 2009, p. 361 s.
- , « Le droit en matière de reproduction : une approche critique », in E. Dorlin et E. Fassin (dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Bibliothèque du Centre Pompidou, 2010, p. 25-34.
- , « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation », in E. Dorlin et E. Fassin (dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Bibliothèque du Centre Pompidou, 2010, p. 121-136.
- , *Bioéthique*, Paris, Dalloz, coll. « À savoir », 2011.

- , « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? », in A. Schuster (dir.), *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Udine, Forum, 2011, p. 41-51.
- , « Pour une théorie du droit des personnes et des familles émancipée du genre », in N. Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualités*, Bruxelles/Paris, LGDJ/Anthémis, 2012.
- BORRILLO, Daniel et FASSIN, Éric, *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, Puf, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1999.
- BORRILLO, Daniel et LASCOURMES, Pierre, *Amours égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.
- BORRILLO, Daniel et PITOIS-ÉTIENNE, Thierry, « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », *Revue de droit de McGill*, 4/49, Montréal, octobre 2004, p. 1035-1056.
- BOURDIEU, Pierre, « Des familles sans nom », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 113, juin 1996 (*La Famille dans tous ses états*), p. 3-5.
- BROWN, Peter, *The Body and Society : Men, Women, and Sexual Renunciation in Early Christianity*, New York, Columbia University Press, 1988.
- CARVER, Terrell, *Gender is Not a Synonym for Women*, Lynne Rienner Publishers Inc., 1995.
- COMMAILLE, Jacques et MARTIN, Claude, *Les Enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.
- DESCOUTURES, Virginie, *Les Mères lesbiennes*, Paris, Puf/Le Monde, 2010.
- EGEA, Vincent, *La Contractualisation du lien familial. L'apport du droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.
- ENGELS, Friedrich, *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, Zurich, 1884.
- ÉRIBON, Didier, *Sur cet instant fragile*, Paris, Fayard, 2004.

- FASSIN, Éric, « L'illusion anthropologique : homosexualité et filiation », *Témoin*, 12, mai 1998, dossier « Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale », p. 43-56.
- , « Entre famille et nation : la filiation naturalisée », *Droit et société*, 2/72, 2009, p. 373-382.
- , « Les “forêts tropicales” du mariage hétérosexuel. Loi naturelle et lois de la nature dans la théologie actuelle du Vatican », *Revue d'éthique et de théologie morale*, HS 261, 2010.
- FENOUILLET, Dominique et VAREILLES-SOMMIERES, Pascal DE, *La Contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001.
- FULLER, Lon, *Legal Fictions*, California, Stanford University Press, 1967.
- GIDDENS, Anthony, *The Transformation of Intimacy : Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Stanford, Stanford University Press, 1993.
- GOFFMAN, Erving, *Gender Advertisement*, New York, Harper & Row, 1979.
- GUILLARME, Bertrand, « Louer son ventre », *Raisons politiques*, 12/4, 2003, p. 77-83.
- HALLEY, Jannet, « Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ? », *Jurisprudence. Revue critique*, 2, 2011.
- IACUB Marcela, *Naître sous X. Savoirs et clinique*, 4, 4, 1/2004.
- LABBEE Xavier, *Les Rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Villeeneuve-d'Asq, Presses universitaires du Septentrion, 1996.
- LEGENDRE, Pierre, *L'Inestimable objet de la transmission*, t. IV : *Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985.
- , *Le Dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Paris, Fayard, 1988.
- LENOIR, Rémi, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, 2003.

- MECARY Caroline, *L'Amour et la Loi. Homos, hétéros, même droits, mêmes devoirs*, Paris, Alma, 2013.
- MEMMI, Dominique, *La Revanche de la chair. Essai sur les nouveaux supports de l'identité*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2014.
- MILLARD, Éric, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, Éditeurs juridiques associés (EJA)/LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1995.
- PATERNOTTE, David, *Revendiquer le « mariage gay ». Belgique, France, Espagne*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2011,
- PARSONS, Talcott, « The American Family : Its Relations to Personality and the Social Structure », in T. Parsons et R. F. Bales (dir.), *Family Socialization and Interaction Process*, New York, Free Press, 1955.
- PATEMAN, Carole, *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988.
- PERREAU, Bruno, *Penser l'adoption*, Paris, Puf, 2012.
- PROKHORIS, Sabine, *Le Sexe prescrit*, Paris, Aubier, 2000.
- RAWLS, John, *Théorie de la justice* (1971), Paris, Points, 2009.
- ROBCIS, Camille, *La Loi de la parenté. La famille, les experts et la République*, Paris, Fahrenheit, 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, 1762.
- ROUSSEL, Louis, *La Famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989.
- SINGLY, François DE, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, coll. « 128 », 1993.
- , *Libres ensemble*, Paris, Nathan, coll. « Essais & Recherches », 2000.
- SWENNEN, Frederik, *Contractualisation of Family Law : Global Perspectives*, Springer, 2015.
- TORT, Michel, *La Fin du dogme paternel*, Paris, Flammarion, 2005.

ANNEXES

Modèle de contrat de vie commune

Monsieur (ou Madame).... né(e) le..., de nationalité... et
Monsieur (ou Madame)..... né(e) le..., de nationalité...
et Monsieur (ou Madame)..... né(e) le..., de nationalité...
ci-après dénommés : les partenaires

Décident par le présent contrat de s'engager dans une vie
commune à partir de la date suivante...

Patrimoine

Chaque partenaire demeurera seul propriétaire des biens
acquis avant l'enregistrement du présent contrat et en parti-
culier des biens figurant sur l'inventaire annexé au présent
contrat. Chaque partenaire est seul propriétaire des biens
acquis sur ses propres deniers après l'enregistrement du pré-
sent contrat. Les autres biens sont présumés indivis par
moitié si l'acte d'acquisition n'en dispose autrement.

En cas de décès de l'une des parties, la distribution des
biens se fera selon les termes du testament de la personne
décédée

Logement (si le logement est loué)

Le (ou les) partenaire(s) qui déciderait(ent) de mettre fin
unilatéralement au contrat s'engage(nt) à laisser libre
l'appartement loué conjointement.

Le (ou les) partenaires délaissé(s) sera (seront) libre(s) de
poursuivre le bail en cours ou de donner congé au bailleur
à la date qui lui conviendra (leur conviendront).

Si les partenaires sont propriétaires de leur logement, en
cas de rupture du contrat par la volonté unilatérale de Y
ou X, le logement pourra être occupé par ... jusqu'à la vente
de l'immeuble.

Engagement des partenaires

Les dépenses courantes seront assumées par les parties dans la proportion qu'elles souhaitent (dans l'absence d'entente, s'appliquera le prorata de leur revenu annuel net).

Il n'existe pas de solidarité pour dettes entre les parties sauf clause contraire.

Les partenaires décident d'organiser ainsi qu'il suit leurs obligations mutuelles :

Concernant la vie commune :

Concernant leur résidence commune :

Concernant l'éducation des enfants :

Concernant les animaux de compagnie :

Les dépenses communes seront ainsi réparties :

.....

En cas de non-respect de son engagement, et après un délai de 8 jours à compter de la réclamation du partenaire, le défaillant sera tenu de payer la somme de... euros par jour de retard à l'autre ou autres partenaires.

Situation extrapatrimoniale

Les parties peuvent se donner une représentation légale réciproque.

Dissolution du contrat

Les parties pourront mettre fin ou modifier à tout moment ce contrat. La rupture peut être de commun accord ou par décision unilatérale avec un préavis de jours.

Liquidation des biens

Chacun des partenaires reprendra les biens qui lui sont propres. En cas de rupture le partage des autres biens sera effectué de la façon suivante :

- le partenaire 1 sera propriétaire des biens établis dans l'annexe I ;
- le partenaire 2 sera propriétaire des biens établis dans l'annexe II ;
- le partenaire 3 sera propriétaire des biens établis dans l'annexe II.

Les partenaires répartissent ainsi qu'il suit les biens qu'ils possèdent actuellement en indivision :

- seront attribués à X
..... ;
- seront attribués à Y
.....

Aliénation des biens indivis : en cas d'aliénation de tout ou partie de droits indivis, les co-indivisaires bénéficient des droits de préemption et de substitution prévus par les articles 815-14 et suivants du code civil.

Liquidation des droits et des obligations

- Comptes bancaires :
- Procurations :
- Dettes personnelles et communes :
- Conséquences financières de la rupture :

Inventaire des biens

Signatures :

Fait à..... le

Modèle de contrat d'assistance à la gestation pour autrui

Préambule

I. L'agence X se charge de gérer les accords de gestation pour autrui en aidant les futurs parents à entrer en contact avec la femme porteuse et en mettant à leur disposition des professionnels du domaine médical, juridique et psychologique. Elle se charge également de gérer les frais liés au processus.

II. Les parents d'intention font appel aux services de l'agence afin de recevoir de l'aide pour trouver la femme qui participera au processus de gestation pour autrui (« gestatrice »). Cette femme acceptera, par un accord libre, le transfert à son utérus des embryons des parents d'intention et mettra au monde leur enfant.

III. Les parents d'intention ont décidé dans le programme de gestation pour autrui que les embryons seront produits grâce à la technique de la fécondation *in vitro* (FIV) à partir des ovocytes de la mère d'intention ou d'une donneuse et du sperme du conjoint ou d'un donneur. Cette technique sera réalisée sous le contrôle d'un médecin spécialiste en FIV, choisi et engagé par les parents d'intention.

IV. Les parties reconnaissent et comprennent que cet accord ne contient que les droits et devoirs concernant l'agence et les parents d'intention. Une fois que les parents d'intention auront sélectionné une « mère » porteuse, un contrat sera rédigé (« contrat de gestation pour autrui ») entre la « mère » porteuse et les parents d'intention, sous assistance juridique. Dans ce contrat de GPA seront détaillés les droits, les devoirs, les engagements et les attentes aussi bien des parents d'intention que de la mère porteuse, y compris tous les aspects financiers du processus de gestation pour autrui.

Le contrat de gestation pour autrui sera révisé par le représentant légal de la « mère » porteuse et, une fois toutes les révisions effectuées, il sera signé par les parents d'intention, la « mère » porteuse ainsi que son conjoint, si elle en a un.

Les parents d'intention comprennent que l'agence ne participera pas audit contrat et qu'elle n'aura donc aucune obligation à son sujet. Toutefois, ils assument le fait que les accords financiers reflétés dans ce contrat de GPA rempliront les conditions requises en matière de compensation financière aux mères porteuses établies par le programme de l'agence.

V. Les parents d'intention reconnaissent par la présente que l'agence les a informés pour la recherche de conseil juridique pouvant les aider à comprendre les termes et la signification légale de cet accord. Ils reconnaissent également avoir compris cet accord et le signent librement et volontairement.

Par conséquent, au vu du contenu du présent document, les parties conviennent ce qui suit :

Article 1. Services de gestation pour autrui

L'agence assurera la coordination et fournira les services administratifs opportuns pour procurer l'assistance nécessaire aux parents d'intention tout au long du processus de gestation pour autrui. Ces services incluent une aide dans le choix de la « mère » porteuse, le soutien des professionnels des domaines médicaux, juridiques et psychologiques en offrant dans les relations avec la « mère » porteuse un appui administratif.

Article 2. Honoraires

Les parents d'intention s'engagent par la présente à verser à l'agence la somme de X euros pour la prestation de services. Ces honoraires sont considérés comme entièrement

perçus et non remboursables. Cette somme n'inclut aucune autre charge, frais ou compensation financière à verser à la « mère » porteuse. Les honoraires de l'agence s'effectuent en un paiement unique.

L'engagement, le temps, l'expérience et les moyens que l'agence doit prendre en compte avant d'offrir les services mentionnés ci-dessous sont quantitatifs et difficiles à évaluer. Par conséquent, aucune partie des honoraires de l'agence ne sera remboursable, que les parents d'intention parviennent à avoir un enfant ou que, au contraire, ils décident d'abandonner le traitement. Ils ne seront remboursables que si l'agence manque à ses obligations ou met fin à cet accord conformément à ce qui est établi dans l'article 10 ci-dessous.

Article 3. Compte en fidéicomis du client

Avant la signature du présent accord, l'agence doit fournir aux parents d'intention un document avec le coût approximatif dérivé des frais et des honoraires liés au programme de gestation pour autrui. Les prix indiqués sur ledit document ne seront que des estimations et pourront subir des changements à tout moment sans que les parents d'intention en soient informés au préalable.

Les parents d'intention s'engagent à verser la somme de X euros sur un compte (« compte en fiducie ») géré par l'agence, lequel comporte un bon de fidélité et remplit les conditions requises par la loi.

Ces fonds (« fonds en fiducie ») seront déposés sur le compte en fiducie dans les deux jours suivant la signature de l'accord entre les parents d'intention et la « mère » porteuse. Les fonds en fiducie du client, ainsi que les responsabilités prises par les parents d'intention, seront destinés à couvrir les frais suivants :

- frais liés aux examens psychologiques et médicaux auxquels se soumettra la mère porteuse. Ces frais seront remboursés à l'agence au cas où la mère porteuse paye elle-même ces examens ;

- assurance santé de la « mère » porteuse (si nécessaire et comme stipulé dans le contrat de gestation pour autrui) ;
- tarif de la « mère » porteuse et autres frais énumérés dans le contrat de gestation pour autrui ;
- frais de justice incombant à la « mère » porteuse en rapport avec ce qui est stipulé dans le contrat de gestation pour autrui ;
- tout autre frais raisonnablement nécessaire pour mener à bien les termes du contrat de gestation pour autrui ;
- les honoraires de l'agence que les parents d'intention n'ont pas encore payés.

Toute l'assistance juridique se fera en français, car tous les contrats et les avis seront valides en France. L'agence dispose d'un groupe de professionnels qui fournira l'aide nécessaire à la compréhension des documents. Toutefois, si vous souhaitez que tous ces documents soient traduits dans votre langue maternelle, vous devrez payer des frais supplémentaires.

Tous les fonds en attente sur le compte en fiducie après la clôture de cet accord pour quelque motif que ce soit ou après la naissance de l'enfant seront remboursés aux parents d'intention qui devront déclarer sur l'honneur qu'ils ont payé correctement tous les honoraires, remboursements et bénéfices correspondants, qu'ils ont respecté la clause disant qu'ils doivent payer intégralement la mère porteuse et que toutes les taxes, dépenses et frais médicaux de la « mère » porteuse prévus pour lesquels le compte en fiducie a été ouvert ont été payés dans leur totalité.

Il sera peut-être nécessaire de garder le compte en fiducie ouvert pendant quelques mois après la fin de l'accord ou la naissance de l'enfant afin de garantir le paiement de ces factures.

Le compte en fiducie devra rester ouvert au moins un mois après la fin de cet accord ou la naissance de l'enfant. Si la « mère » porteuse avec laquelle les parents d'intention ont décidé de travailler dispose d'une assurance médicale complète qui exige des parents d'intention de payer une taxe et

que ces derniers souhaitent utiliser cette police d'assurance pour la grossesse, ils devront payer une taxe de X euros sur un compte en fiducie qui restera ouvert pendant deux ans après la naissance de l'enfant.

Si la « mère » porteuse possède une assurance de base et que les parents d'intention souhaitent utiliser la police d'assurance de la « mère » porteuse, ils devront souscrire une extension de la couverture santé. Si les parents d'intention ne veulent pas prendre d'assurance supplémentaire, ils seront dans l'obligation de souscrire une police d'assurance complète pour la « mère » porteuse.

L'agence fournira tous les mois aux parents d'intention un registre où seront inscrites toutes les dépenses faites en leur nom à partir du compte en fiducie du client. Dans le registre apparaîtra le solde courant actuel du compte en fiducie du client. Si le solde est considéré comme insuffisant pour permettre de couvrir les frais anticipés prévus pour le processus de gestation pour autrui, les parents d'intention devront payer les sommes que l'agence estimera appropriées pour couvrir les frais prévus.

Une fois le processus de gestation pour autrui terminé, comme le prévoient le présent accord et le contrat de gestation pour autrui, l'agence restituera immédiatement aux parents d'intention tout excédent de fonds du compte en fiducie. Les honoraires de l'agence pour les gestions du compte en fiducie du client s'élèvent à X euros.

Article 4. Choix de la « mère » porteuse et honoraires

L'agence aidera les parents d'intention lors du processus de sélection de la future « mère » porteuse, sélection qui se basera sur des critères de préférences explicites. Les parents d'intention auront le droit d'accepter ou de refuser une « mère » porteuse, pour quelque motif que ce soit.

Si la « mère » porteuse choisie par les parents d'intention en venait à ne pas commencer le traitement hormonal dans

les 90 jours après que les parents d'intention auront fait appel aux services de l'agence, cette dernière se réserve alors le droit de mettre cette « mère » porteuse à la disposition d'autres patients.

La compensation financière versée aux « mères » porteuses peut varier avec le temps et ne peut pas être préétablie par l'agence.

Article 5. Génétique médicale, services juridiques et psychologiques

L'agence n'offre aucun service médical, juridique ou psychologique d'évaluation. Elle souhaite garantir que les soins de la « mère » porteuse choisie par les parents d'intention seront prodigués par des professionnels hautement qualifiés dans le domaine médical, juridique et de la santé mentale. L'agence se chargera donc de conseiller les parents d'intention, s'ils le souhaitent, afin d'entrer en contact avec les spécialistes en question.

Néanmoins, la responsabilité de choisir et d'engager des spécialistes indépendants dans ces domaines et de leur faire connaître tous les aspects en relation avec la procédure de GPA incombe aux parents d'intention. Ces derniers assumeront plus concrètement les actions suivantes :

- sélectionner et prendre un ou plusieurs avocats qui les représenteront lors de l'élaboration, la négociation et la finalisation du contrat de gestation pour autrui, ainsi que pour tout processus juridique en cours ou prévu ;
- sélectionner et engager un psychologue/psychothérapeute hautement qualifié dans le domaine de la gestation pour autrui afin qu'il évalue la « mère » porteuse durant tout le processus de gestation ;
- sélectionner et engager un médecin spécialiste de la FIV afin d'apporter les services et les soins médicaux nécessaires stipulés dans le contrat de gestation pour autrui.

Tout professionnel engagé par les parents d'intention se doit de prendre ses responsabilités à titre individuel quant

aux services prodigués. L'agence ne peut garantir que les conditions légales ou que les documents légaux signés aient été respectés, que la « mère » porteuse est en bonne condition psychologique pour pouvoir agir en tant que telle ou encore que les procédures médicales réalisées sont appropriées ou nécessaires.

Les parents d'intention doivent également assumer le fait que l'agence travaille avec des « mères » porteuses qui n'ont passé aucun contrôle médical, psychologique ou génétique. Une fois qu'ils ont sélectionné la « mère » porteuse, les parents d'intention devront assumer les frais liés aux tests médicaux, psychologiques et génétiques, que la mère porteuse se révèle ou non apte.

Article 6. Évaluations médicales

Dans le cadre de la gestation pour autrui, les parents d'intention doivent accepter de réaliser certains tests ou examens médicaux recommandés par les professionnels de la santé physique et mentale qu'ils auront sélectionnés et engagés.

Article 7. Autres accords

Aucun accord supplémentaire ne pourra être conclu, à moins qu'il ne s'agisse d'un accord écrit où apparaissent les signatures des parents d'intention et de la « mère » porteuse et que l'agence en soit informée. Si les parents d'intention entament une procédure entre eux et la « mère » porteuse sans le consentement écrit préalable de l'agence, cela pourra entraîner des obligations ou des charges financières supplémentaires qui pourraient être considérables.

Article 8. Informations fournies par les parents d'intention

Les parents d'intention déclarent que toute l'information fournie par eux-mêmes à l'agence en ce qui concerne le processus de gestation pour autrui et qui apparaît dans le présent contrat, est exacte et complète à leur connaissance.

Les parents d'intention acceptent de fournir immédiatement les informations pertinentes à l'agence s'ils viennent à se rendre compte que cette information ou une partie de celle-ci est inexacte ou incomplète. Les parents d'intention acceptent que l'agence partage avec les professionnels des domaines médicaux, psychologiques et juridiques, ainsi qu'avec les candidates à mère porteuse, les informations fournies.

En signant cet accord, les parents d'intention autorisent l'agence à partager leurs informations avec les parties intervenant dans le processus de gestation pour autrui.

Article 9. « Mère » porteuse supplémentaire

Si les parents souhaitent que la « mère » porteuse qui leur est assignée réalise un cycle supplémentaire de FIV ou s'ils ont besoin d'aide pour sélectionner une nouvelle « mère porteuse », l'agence leur fournira conseil et suivi sans frais additionnels, pendant une période de deux ans maximum. Les parents d'intention prendront en charge la compensation financière à la « mère » porteuse.

Article 10. Résiliation du contrat de gestation pour autrui

Résolution de la part des parents d'intention

Les parents d'intention pourront résilier cet accord à tout moment avant le transfert des embryons à la « mère » porteuse, en en faisant la demande par écrit. En cas de résiliation de contrat, toutes les taxes et tous les frais à la charge des parents d'intention devront être immédiatement payés.

Les honoraires versés à l'agence ne sont pas remboursables. Conformément à l'article 3, si les parents d'intention ont déposé des fonds sur le compte en fiducie, ces fonds seront utilisés par l'agence pour payer les taxes et couvrir les frais de la « mère » porteuse, de l'agence ou de tierces parties ayant participé au processus de gestation pour autrui.

Tous les fonds restants seront immédiatement rendus aux parents d'intention après que l'agence aura raisonnablement considéré qu'il ne restera plus aucune obligation pour laquelle le compte en fiducie du client devra être utilisé. Si le contrat de gestation pour autrui a été conclu entre les parents d'intention et la « mère » porteuse, celui-ci ne pourra être résilié qu'en vertu des clauses établies. Si les parents d'intention résilient cet accord mais continuent à travailler avec la mère porteuse fournie par l'agence, les honoraires destinés à l'agence en vertu de l'article 2 susmentionné resteront valides, effectifs et applicables, et l'agence, sous son critère exclusif, pourra donner assistance à la mère porteuse si celle-ci le souhaite.

Résolution de la part de l'agence

Au vu du caractère exclusif et personnel du processus de gestation pour autrui, l'agence peut considérer l'impossibilité d'entretenir une relation professionnelle satisfaisante avec les parents d'intention. Par conséquent, l'agence peut résilier cet accord par son critère exclusif en informant les parents d'intention préalablement et par écrit, trois jours ouvrables avant la résiliation. Cette résiliation n'est possible que si le transfert des embryons à la mère porteuse n'a pas encore été réalisé.

En cas de résiliation, l'agence devra rembourser aux parents d'intention les honoraires payés par ces derniers en faveur de l'agence (sauf les frais générés par les parents d'intention et pris en charge par l'agence).

**Article 11. Aucune garantie, caution
ni représentation n'est assumée**

Après avoir signé cet accord, les parents d'intention assument ne pas avoir utilisé de représentation autre que celle exposée ici. Ils assument également le fait que la gestation pour autrui et la copaternité ne sont pas des questions résolues par la loi.

Les parents d'intention sont d'accord sur le fait que l'agence ne peut ni cautionner ni garantir, entre autres, les points suivants :

- que les embryons transférés à la « mère » porteuse ou les ovocytes prélevés à la future mère/à la donneuse seront fécondés et donneront lieu à une grossesse, ou un enfant sera conçu suite à cet accord ;
- que l'enfant, s'il vient à être conçu, sera en bonne santé physique et mentale et ne présentera aucun défaut ou aucune anomalie congénitale ;
- que la « mère » porteuse et son mari/conjoint (s'il existe) remplissent les conditions établies dans le contrat de gestation pour autrui ou suivent les conseils des professionnels participant au processus ;
- que les informations fournies par la « mère » porteuse ou par son mari/conjoint sont exactes et complètes.
- que la « mère » porteuse n'essayera pas de garder l'enfant et renoncera à ses droits maternels et/ou consentira à la copaternité ;
- que les parents d'intention qui auront été reconnus comme tels pourront établir ou confirmer leurs droits parentaux sur l'enfant.

Tout professionnel impliqué dans le processus, médecin, avocat, psychologue ou conseiller en génétique, fournira ses services de manière satisfaisante aux parents d'intention.

Le coût réel total du processus de gestation pour autrui ne sera pas supérieur aux estimations faites par l'agence.

L'assurance maladie, si elle existe, couvrira la totalité des frais médicaux de la mère porteuse occasionnés par le processus de gestation pour autrui. Les parents d'intention

Modèle de contrat d'assistance à la gestation pour autrui 161

assument le risque que l'assurance de la mère porteuse ne couvre pas ses frais médicaux occasionnés par le processus et acceptent de payer tous les frais non pris en charge par l'assurance.

Article 12. Conciliation

En cas de litige entre les parents d'intention et l'agence, par rapport à cet accord ou par rapport au processus de gestation pour autrui, les parties devront mener ledit litige par une procédure de médiation non contraignante. Toutes les parties impliquées assumeront les frais et les taxes dérivés de cette procédure.

Article 13. Impôts/Immigration

Les parties assument que l'agence n'effectue aucune manifestation ou déclaration de garantie en ce qui concerne les conséquences fiscales dérivées des paiements effectués pour le processus de gestation pour autrui contemplé par la présente, et aucune déclaration en matière d'immigration.

Article 14. Législation applicable

Cet accord sera régi et compris conformément aux lois de la France.

Article 15. Interprétation neutre

Chacune des parties a eu l'occasion de consulter son avocat au sujet de ce qui est exposé dans cet accord, d'en lire et d'en comprendre les termes et les dispositions. Aucune des parties n'a signé cet accord par de fausses déclarations, sous la contrainte, la menace ou sous toute autre forme illégale. Cet accord est donc interprété de manière neutre et

toute ambiguïté liée à celui-ci sera résolue sans mentionner le fait que cet accord a été élaboré par l'agence.

Article 16. Divisibilité

Au cas où un tribunal compétent invaliderait quelques-unes des clauses de cet accord, les clauses restantes resteraient toujours en vigueur, sauf si le respect de ces clauses était contraire aux intentions et aux objectifs des parties impliquées dans cet accord.

Article 17. Accord total

Cet accord constitue l'accord total entre les parties en ce qui concerne les services fournis par l'agence aux parents d'intention, et remplace tout autre accord tacite ou écrit préalable entre les parties en relation avec ces services.

Article 18. Amendements

Cet accord ne pourra pas être modifié sauf si les parties en font la demande de manière écrite.

Table des matières

Introduction.....	7
La famille n'existe pas	18
I. Le mariage : du sacrement au contrat.....	29
L'idéal catholique : le <i>ius connubium</i>	32
Le triomphe du mariage laïque.....	35
Le mariage est-il vraiment sécularisé ?	39
L'orthodoxie matrimoniale demeure : le <i>debitum conjugale</i>	41
Le rôle moralisateur du divorce pour faute	50
Le mariage des marginaux : les fous et les sodomites	51
Du Pacte civil de solidarité (Pacs) au Mariage pour tous.....	58
Les tentatives pour retourner au mariage traditionnel.....	59
La fin de l'indissolubilité du lien conjugal	67
Contractualiser la rupture : vers un divorce sans juge	69
La privatisation de la vie conjugale	71
Le Pacs : une contractualisation décomplexée ?.....	74
La contractualisation des liens conjugaux	83
Les barrières patrimoniales à la liberté contractuelle	91
II. La filiation : de la biologie à la volonté.....	99
La contractualisation des liens de filiation.....	99
Ruptures épistémologiques et nouveaux paradigmes parentaux.....	108
« Mon corps m'appartient » : la gestation pour autrui (GPA)	109
Autre filiation élective : l'adoption	112
La modernité comme retour à l'Antiquité	114
Échapper à la biologie	115

Les structures élémentaires des nouvelles parentés ..	117
Le contrat de procréation	119
Monoparentalité et parentalité transsexuelle	120
Vers un nouveau paradigme de la vie familiale	123
La pensée néoconservatrice : la filiation de souche..	125
Les habits neufs de l'ordre naturel.....	130
L'accouchement « sous X » au masculin et la fin de la présomption de paternité	135
La parenté volontaire	138
Conclusion	139
Bibliographie.....	141
Annexes	145
Modèle de contrat de vie commune.....	147
Modèle de contrat d'assistance à la gestation pour autrui	151

Cet ouvrage a été mise en pages par



