



INSTITUT D'ETUDES JUDICIAIRES

EXAMEN D'ACCES AU CRFPA

Session 2011

NOTE DE SYNTHÈSE

Vendredi 16 septembre 2011

13 H 00 - 18 H 00

Université de Cergy-Pontoise

Institut d'Etudes judiciaires

EXAMEN D'ACCES AU CRFPA

SESSION 2011

NOTE DE SYNTHÈSE

Rédigez, à partir des documents joints, une note de synthèse de quatre pages sur :

« *Le mariage homosexuel* »

Liste des documents

- Document 1 : Extraits de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
- Document 2 : « Une majorité de français pour l'adoption et le mariage gay », L'Express, 15 juin 2011
- Document 3 : CEDH, 24 juin 2010, affaire SCHALK et KOPF c/ Autriche (extraits)
- Document 4 : Article 12 CESDH
- Document 5 : Conseil Constitutionnel, n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011
- Document 6 : Extraits du journal Le Monde
- Document 7 : Extraits du Code civil
- Document 8 : article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2010
- Document 9 : Cass. Civ1ère. 13 mars 2007
- Document 10 : Rapport Assemblée Nationale, n°3462, 25 mai 2011 sur la proposition de loi visant à ouvrir le mariage aux couples de même sexe (extraits)
- Document 11 : H. Rihal, « La « voie sans issue » du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuels », AJDA 2010, 1772
- Document 12 : Cass. Civ1ère. 19 décembre 2007
- Document 13 : H. Fulchiron, « Le nouveau PACS est arrivé ! », Répertoire du Notariat Defrénois, 15 novembre 2006 (extraits)
- Document 14 : A. Pélissier, « La réception de l'homoparentalité en droit européen », AJ Famille 2006, p. 406
- Document 15 : Conseil Constitutionnel, n°99-419 DC, 9 novembre 1999, loi relative au PACS
- Document 16 : « Interdiction du mariage homosexuel : entre conformité à la constitution et appel à une réforme législative », Revue Lamy droit civil, 2011
- Document 17 : Conseil constitutionnel, n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010
- Document 18 : P. Chevalier, « En arithmétique fondamentale : 8+14 (Conv. EDH) feront-ils un jour 365 (Code civil) ? L'adoption simple par un couple homosexuel en question (s) », Dalloz 2011
- Document 19 : CEDH, 11 juillet 2002, affaire Goodwin c. Royaume-Uni (extraits)
- Document 20 : J. Hauser, « Le sexe et le mariage », RTD Civ. 2011, 326

Hormis les pages de présentation, ce sujet comporte 47 pages

**Document 1 : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
(extraits)**

Article 1^{er} : Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Article 2 : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

Article 4 : La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Article 6 : La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

**Document 2 : « Une majorité des français pour l'adoption et le mariage gay »,
L'express, publié le 25 juin 2011**

Les Français sont à une large majorité (63%) favorables au mariage homosexuel et à 58% à l'adoption par les couples homosexuels, selon un sondage Ifop à paraître dans Dimanche Ouest-France.

La droite a beau refuser aux personnes de même sexe le droit de se marier, l'opinion publique a l'air prête à évoluer. 63% des Français interrogés dans le cadre d'un sondage Ifop pour Dimanche Ouest-France se disent favorables au mariage homosexuel. 58% sont pour l'adoption. Plus d'un tiers des Français (37%) se montrent même "très favorables" au mariage et 30% "tout à fait" favorables à l'adoption. Les résultats sur le mariage sont proches de ceux observés en 2004 (64%) lors d'un sondage Ifop réalisé pour le magazine féminin Elle, mais montrent "une nette progression" au cours des quinze dernières années avec seulement 48% des Français favorables au mariage homosexuel en juin 1996. Sur la question du mariage comme de l'adoption, des clivages très forts se font sentir avec 68% des femmes favorables contre seulement 58% des hommes pour le mariage, et 64% des femmes contre 50% des hommes sur la question de l'adoption. Des différences importantes sont ressenties selon les tranches d'âge, avec les plus de 65 ans qui ne sont que 46% à être favorables au mariage homosexuel et 43% au droit d'adopter, contre 76% favorables au mariage et 72% à l'adoption chez les 18/24 ans. Mais les plus forts clivages apparaissent selon la tendance politique avec des sympathisants de gauche favorables à 82% au mariage et à 70% au droit à l'adoption contre 41% de favorables au mariage et 37% à l'adoption chez les sympathisants de droite.

Sondage réalisé par internet du 21 au 23 juin auprès d'un échantillon de 1006 personnes âgées de 18 ans et plus, selon la méthode des quotas.

Document 3 : CEDH, 24 juin 2010, affaire SCHALK et KOPF c/ Autriche

PREMIÈRE SECTION
AFFAIRE SCHALK ET KOPF c. AUTRICHE
(Requête n° 30141/04)
ARRÊT
STRASBOURG
24 juin 2010

En l'affaire Schalk et Kopf c. Autriche, [...]

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Les requérants sont nés respectivement en 1962 et 1960. Ils forment un couple homosexuel et vivent à Vienne.

8. Le 10 septembre 2002, les requérants demandèrent au bureau de l'état civil (*Standesamt*) de procéder aux formalités nécessaires pour leur permettre de se marier.

9. Par une décision du 20 décembre 2002, la mairie (*Magistrat*) de Vienne rejeta la demande des requérants. S'appuyant sur l'article 44 du code civil, elle dit que seules des personnes de sexe opposé pouvaient contracter mariage. [...].

11. Les requérants formèrent un recours constitutionnel pour se plaindre que l'impossibilité juridique de se marier où ils se trouvaient constituait une violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale et du principe de non-discrimination. Ils soutenaient que la notion de mariage avait évolué depuis l'entrée en vigueur du code civil en 1812. En particulier, la procréation et l'éducation des enfants ne feraient plus partie intégrante du mariage. A l'heure actuelle, le mariage serait plutôt perçu comme une union permanente englobant tous les aspects de la vie. Il n'y aurait aucune justification objective pour interdire aux couples homosexuels de se marier, et ce d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme aurait reconnu que les différences fondées sur l'orientation sexuelle devaient se justifier par des raisons particulièrement graves. D'autres pays européens soit autoriseraient le mariage homosexuel soit auraient amendé leur législation pour conférer un statut équivalent aux partenariats entre personnes de même sexe. [...]

13. Le 12 décembre 2003, la Cour constitutionnelle débouta les requérants. [...] Son arrêt se lit ainsi, en ses passages pertinents : Ni le principe d'égalité énoncé dans la Constitution fédérale autrichienne ni la Convention européenne des droits de l'homme (comme le montrent les termes « l'homme et la femme » utilisés à l'article 12) n'exigent que la notion de mariage, axée sur la possibilité fondamentale d'être parent, soit étendue à d'autres types de relations. [...] Le fait que des relations homosexuelles relèvent de la notion de vie privée et bénéficient à ce titre de la protection de l'article 8 de la Convention – laquelle interdit aussi en son article 14 la discrimination pour des motifs non objectifs – ne donne nullement naissance à l'obligation de modifier la législation sur le mariage.

Il est inutile en l'espèce de rechercher si et dans quel domaine la loi opère une discrimination injustifiée à l'encontre des relations homosexuelles en ce qu'elle prévoit des règles spéciales pour les couples mariés. Il n'incombe pas non plus à la Cour constitutionnelle de conseiller le législateur sur des questions constitutionnelles ni même sur des points de politique juridique.
En bref, il y a lieu de rejeter le grief pour défaut de fondement. »

II. LE DROIT INTERNE ET LE DROIT COMPARÉ PERTINENTS

A. Le droit autrichien

1. Le code civil : L'article 44 du code civil dispose : « Le contrat de mariage constitue la base des relations familiales. En vertu de pareil contrat, deux personnes de sexe opposé déclarent leur intention légitime de vivre ensemble et d'être unies par les liens indissolubles du mariage, de procréer et d'élever des enfants et de se porter aide et assistance mutuelles. » Cette disposition est restée inchangée depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 1812.

2. La loi sur le partenariat enregistré : 16. La loi sur le partenariat enregistré a été créée dans le but d'offrir aux couples homosexuels un mécanisme officiel reconnaissant leur relation et donnant à celle-ci un effet juridique. [...]

18. Les règles relatives à la création d'un partenariat enregistré, à ses effets et à sa dissolution sont proches de celles qui régissent le mariage.

19. Le partenariat enregistré implique que les partenaires cohabitent de façon permanente ; il peut être conclu par deux personnes de même sexe capables juridiquement et majeures (article 3). Ne peuvent conclure un partenariat enregistré les personnes ayant entre elles des relations étroites de parenté ou les personnes déjà mariées ou ayant conclu un partenariat enregistré encore valable avec quelqu'un d'autre (article 5). [...]

23. Toutefois, il subsiste certaines différences entre le mariage et le partenariat enregistré en dehors du fait que seules deux personnes de même sexe peuvent conclure un tel partenariat. Les différences suivantes ont fait l'objet d'un débat public avant l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré : alors que les mariages sont enregistrés par le bureau de l'état civil, les partenariats le sont par l'autorité administrative de district. Les règles portant sur le choix du nom diffèrent de celles valables pour les couples mariés : par exemple, la loi utilise les termes « nom propre » lorsque des partenaires choisissent le même nom, mais l'expression « nom de famille » lorsqu'il s'agit d'un couple marié. Les différences les plus importantes, toutefois, portent sur les droits parentaux : contrairement aux couples mariés, les partenaires enregistrés ne sont pas autorisés à adopter un enfant ; un partenaire ne peut pas non plus adopter l'enfant de son partenaire (article 8 § 4). L'insémination artificielle est également interdite (article 2 § 1 de la loi sur la procréation artificielle).

B. Le droit comparé

1. Le droit de l'Union européenne

24. L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée le 7 décembre 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, est ainsi libellé : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

25. La partie pertinente du commentaire relatif à la Charte déclare ce qui suit : « En dépit des tendances et évolutions apparues récemment dans le droit interne d'un certain nombre de pays visant à plus d'ouverture et à une meilleure acceptation des couples homosexuels, quelques Etats conservent des politiques publiques et/ou réglementations qui excluent explicitement le droit pour les couples homosexuels de se marier. Il existe à l'heure actuelle une très faible reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe en ce sens que le mariage n'est pas ouvert aux couples homosexuels. En d'autres termes, le droit interne de la majorité des Etats part de l'idée que les futurs époux sont de sexe différent. Néanmoins, dans un petit nombre de pays, par exemple aux Pays-Bas et en Belgique, le mariage de personnes de même sexe est autorisé par la loi. D'autres pays, comme les pays scandinaves, ont adopté une législation sur le partenariat enregistré, ce qui signifie notamment que la plupart des dispositions concernant le mariage, à savoir ses conséquences juridiques en matière de partage des biens, de droits de succession, etc., sont aussi applicables à ce type d'union. En même temps, il importe de signaler que la dénomination « partenariat enregistré » a été choisie intentionnellement pour établir une distinction avec le mariage et que ce type de contrat a été créé comme un mode différent de reconnaissance des relations personnelles. Cette nouvelle institution n'est donc accessible par définition qu'aux couples qui ne peuvent se marier, et le partenariat entre personnes de même sexe n'a pas le même statut et n'emporte pas les mêmes avantages que le mariage. (...). Afin de tenir compte de la diversité des législations concernant le mariage, l'article 9 de la Charte renvoie aux lois nationales. Comme son libellé le montre, cette disposition a une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments internationaux. Etant donné que, contrairement aux autres instruments de défense des droits de l'homme, l'article 9 ne mentionne pas expressément « l'homme et la femme », on pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. Les juridictions et comités internationaux ont jusqu'à présent hésité à ouvrir le mariage aux couples homosexuels. (...) » [...].

2. L'état de la législation pertinente dans les Etats membres du Conseil de l'Europe

27. A l'heure actuelle, six des quarante-sept Etats membres ouvrent le mariage aux couples homosexuels : la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal et la Suède.

28. En outre, treize Etats membres qui n'accordent pas aux couples homosexuels le droit au mariage ont adopté une forme de législation autorisant les couples homosexuels à enregistrer leurs relations. Ce sont l'Allemagne, l'Andorre, l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Islande, le Luxembourg, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suisse. En bref, les couples homosexuels ont la possibilité de se marier ou de conclure un partenariat enregistré dans dix-neuf Etats membres [...].

31. Les conséquences juridiques du partenariat enregistré sont variables : elles vont d'une équivalence quasi-totale au mariage à l'octroi de droits assez limités. [...]

EN DROIT [...] II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

39. Les requérants allèguent que le refus des autorités de leur permettre de se marier emporte violation de l'article 12 de la Convention, libellé en ces termes : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. ». Le Gouvernement conteste cette thèse. [...].

B. Fond. 1. Les arguments des parties [...]

43. Dans ses observations orales devant la Cour, le Gouvernement a plaidé que tant le libellé non équivoque de l'article 12 que la jurisprudence de la Cour indiquent que le droit de se marier est par nature limité aux couples hétérosexuels. Tout en admettant que l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, il a considéré qu'il n'existait pas encore de consensus en Europe pour octroyer le droit de se marier aux couples homosexuels, et que pareil droit ne pouvait pas non plus se déduire de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne puisque, en dépit d'une différence dans le libellé, cette disposition renvoyait aux lois nationales pour régir la question du mariage homosexuel.

44. Les requérants soutiennent que, dans la société d'aujourd'hui, le mariage civil est une union de deux personnes qui englobe tous les aspects de la vie et que la procréation et l'éducation des enfants n'en forme plus un aspect fondamental. L'institution du mariage ayant connu des changements considérables, il n'y aurait plus aucune raison de refuser l'accès au mariage aux couples homosexuels. L'article 12 ne devrait pas nécessairement être compris comme signifiant qu'un homme ou une femme ont seulement le droit d'épouser une personne du sexe opposé. De plus, même s'il renvoie aux « lois nationales » pertinentes, l'article 12 ne saurait signifier que les Etats jouissent d'une latitude illimitée pour réglementer l'exercice du droit au mariage.

2. Les arguments des tiers intervenants

45. Le gouvernement britannique [...] rappelle que, si la Cour a souvent souligné que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, elle n'a recouru à cette approche pour faire évoluer sa jurisprudence que dans les cas où elle a constaté une convergence des normes en vigueur dans les Etats membres. Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* ([GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI), par exemple, la Cour aurait revu sa position au sujet de la possibilité pour les transsexuels opérés de se marier avec une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, sachant qu'une majorité d'Etats contractants autorisait ce type de mariage. En revanche, il n'existerait aucune convergence des normes s'agissant du mariage homosexuel. Le gouvernement britannique indique qu'à l'époque où il a soumis son intervention, seuls trois Etats membres autorisaient le mariage homosexuel, tandis que des propositions à cet effet étaient à l'étude dans deux autres. Le mariage homosexuel concernerait un domaine sensible soulevant des controverses dans les champs social, politique et religieux. En l'absence de consensus, l'Etat bénéficierait d'une marge d'appréciation particulièrement large.

47. Les quatre organisations non gouvernementales appellent la Cour à saisir cette occasion pour élargir aux couples homosexuels l'accès au mariage civil. Le fait que les couples hétérosexuels puissent se marier alors que les couples homosexuels ne le peuvent pas constituerait une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. S'appuyant sur l'affaire *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, § 37, CEDH 2003-IX), elles plaident qu'une telle différence ne peut se justifier que par des « raisons particulièrement graves ». Or, à leur avis, il n'existe aucune raison de ce genre, puisque l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ne sert pas à protéger le mariage ou la famille au sens traditionnel. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne dévaloriserait pas non plus le mariage traditionnel. De plus, l'institution du mariage aurait été profondément bouleversée et, comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Christine Goodwin* (précité, § 98), l'incapacité à procréer ne saurait en soi passer pour priver du droit de se marier. Les quatre organisations reconnaissent que l'affaire *Christine Goodwin* et la présente espèce se distinguent par l'état du consensus européen. Toutefois, elles font valoir qu'en l'absence de justification objective et rationnelle de la différence de traitement en question, il convient d'accorder un poids bien moindre au consensus européen. [...].

3. Appréciation de la Cour

a. Principes généraux

49. D'après la jurisprudence constante de la Cour, par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il « obéit aux lois nationales des Etats contractants », mais les limitations en résultant ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (*B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, § 34, 13 septembre 2005, et *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 32, série A n° 128).

50. La Cour observe d'emblée qu'elle n'a pas encore eu l'occasion d'examiner la question de savoir si deux personnes de même sexe peuvent prétendre au droit de se marier. Toutefois, elle peut déduire certains principes de sa jurisprudence relative aux transsexuels.

51. Dans un certain nombre d'affaires, la question s'est posée de savoir si le refus de permettre à un transsexuel opéré de se marier avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe emportait violation de l'article 12. Dans ses premiers arrêts sur le sujet, la Cour a jugé que l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 fournissait à l'Etat défendeur un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage. Elle a ainsi considéré que cette matière relevait du pouvoir dont jouissent les Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se

marier (*Sheffield et Horsham*, précité, § 67, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, § 46, série A n° 184, et *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 49-50, série A n° 106).

52. Dans l'arrêt *Christine Goodwin* (précité, §§ 100-104), la Cour s'est écartée de cette jurisprudence : elle a considéré que les termes utilisés à l'article 12, à savoir le droit pour un homme et une femme de se marier, ne pouvaient plus être compris comme impliquant que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques. A cet égard, elle a noté que, depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société. De plus, elle s'est référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le libellé diffère de celui de l'article 12. Enfin, la Cour a noté que le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle recueillait une grande adhésion. Pour conclure, la Cour a jugé que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle avait emporté violation de l'article 12 de la Convention.

53. Deux autres affaires présentent un intérêt dans le présent contexte : *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV, et *R. et F. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 35748/05, 28 novembre 2006). Dans les deux cas, les requérantes formaient un couple marié composé d'une femme et d'un transsexuel passé du sexe masculin au sexe féminin à la suite d'une opération. Elles se plaignaient notamment sous l'angle de l'article 12 de la Convention de l'obligation de mettre un terme à leur mariage pour que la seconde requérante puisse obtenir la pleine reconnaissance juridique de son changement de sexe. La Cour a rejeté ce grief pour défaut manifeste de fondement après avoir noté que le droit interne ne permettait le mariage qu'entre personnes de sexe opposé, qu'il s'agisse du sexe à la naissance ou du sexe résultant d'une procédure de reconnaissance de l'identité sexuelle, et qu'il n'autorisait pas le mariage homosexuel. Elle a rappelé que, de même, l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme. La Cour a reconnu qu'un certain nombre d'Etats contractants avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe tout en précisant que ce choix reflétait leur propre conception du rôle du mariage dans leur société et ne découlait pas d'une interprétation du droit fondamental en cause tel qu'énoncé par les Etats contractants dans la Convention en 1950. La Cour a conclu que la question de savoir comment encadrer juridiquement les effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait de la marge d'appréciation de l'Etat. Elle a en outre estimé que, au cas où les requérantes décideraient de divorcer pour permettre au conjoint transsexuel d'obtenir une reconnaissance complète de sa nouvelle identité sexuelle, le fait que les requérantes aient la possibilité de conclure un partenariat civil contribuait à conférer un caractère proportionnel au régime de reconnaissance de l'appartenance sexuelle attaqué.

b. Application des principes précités en l'espèce [...].

55. La Cour observe que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et liberté à « toute personne » ou indiquent que « nul » ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément. De surcroît, il faut tenir compte du contexte historique dans lequel la Convention a été adoptée. Dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent.

56. Quant au rapport entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille, la Cour a déjà eu l'occasion de dire que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit de se marier (*Christine Goodwin*, précité, § 98). Cependant, ce constat n'autorise pas à tirer une quelconque conclusion au sujet du mariage homosexuel.

57. Quoi qu'il en soit, les requérants ne s'appuient pas principalement sur une interprétation littérale de l'article 12. Ils invoquent en substance la jurisprudence de la Cour selon laquelle la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 92, CEDH 2008-..., et *Christine Goodwin*, précité, §§ 74-75). D'après les requérants, à la lumière des conditions d'aujourd'hui, l'article 12 doit se comprendre comme accordant aux couples homosexuels le droit au mariage ou, en d'autres termes, comme obligeant les Etats membres à leur accorder ce droit dans leur législation.

58. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Bien que, comme elle l'a noté dans l'arrêt *Christine Goodwin*, l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six Etats contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe (paragraphe 27 ci-dessus).

59. Ainsi que le gouvernement défendeur et le gouvernement britannique, tiers intervenant, l'ont fait valoir à juste titre, il convient d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Christine Goodwin*. Dans cet arrêt (précité, § 103), la Cour a observé qu'il existait une convergence des normes s'agissant du mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle. De plus, cette affaire ne concernait que le mariage de partenaires n'appartenant pas au même sexe, cette notion étant définie non à l'aide de critères purement biologiques mais en tenant compte d'autres facteurs tels que le changement de sexe de l'un des partenaires. [...].

62. A cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (*B. et L. c. Royaume-Uni*, précité, § 36).

63. En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants.

64. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

65. Sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, les requérants se plaignent d'avoir subi une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle au motif que le droit de se marier leur a été refusé et qu'ils n'avaient pas d'autre possibilité de faire reconnaître juridiquement leur relation avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

L'article 8 est libellé en ces termes : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'article 14 dispose : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. » [...].

B. Fond

1. Les arguments des parties

76. Les requérants soutiennent que c'est la discrimination qu'ils ont subie en tant que couple homosexuel qui se trouve au cœur de leur grief. Considérant comme le Gouvernement que l'article 14 combiné avec l'article 8 est applicable, ils allèguent que, à l'instar des différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves. Or, à leur avis, le Gouvernement n'a pas fourni de raisons de cette nature pour justifier qu'on leur refuse l'accès au mariage.

77. Il découlerait de l'arrêt *Karner* (précité, § 40) que la protection de la famille traditionnelle constitue une raison importante et légitime, mais qu'il doive aussi être prouvé qu'une différence donnée est nécessaire pour réaliser ce but. Or rien ne montrerait qu'il faille exclure du mariage les couples homosexuels afin de protéger la famille traditionnelle.

78. Dans leurs observations orales, commentant la création de la loi sur le partenariat enregistré, les requérants ont soutenu que les différences subsistant entre le mariage, d'une part, et le partenariat enregistré, d'autre part, étaient encore discriminatoires. Ils ont notamment cité le fait que cette loi ne donne pas la possibilité de se fiancer, que les partenariats, contrairement aux mariages, ne sont pas enregistrés au bureau de l'état civil mais auprès de l'autorité administrative de district, qu'ils ne donnent pas droit à réparation lorsque le partenaire est victime d'un homicide par imprudence et qu'il n'est pas sûr que certains avantages accordés aux « familles » soient également consentis aux partenaires enregistrés et aux enfants de l'un d'eux vivant au domicile commun. Les requérants ont conclu que, bien que les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves, le Gouvernement n'a fourni nulle raison de ce genre.

79. Le Gouvernement admet que l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer. Jusqu'à présent, la Cour aurait considéré dans sa jurisprudence que les relations homosexuelles relevaient de la notion de « vie privée » mais il pourrait y avoir de bonnes raisons d'estimer que la relation qui unit deux personnes de même sexe vivant ensemble tombe dans le champ d'application de la « vie familiale ».

80. S'agissant de l'observation des exigences de l'article 14 combiné avec l'article 8, le Gouvernement soutient que c'est au législateur qu'il appartient, dans le cadre de sa marge d'appréciation, de donner ou non aux couples homosexuels la possibilité de faire reconnaître leur relation par la loi sous une forme autre que le mariage. Il précise que le législateur autrichien a pris la décision d'offrir une telle possibilité aux couples homosexuels. En vertu de la loi sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, les partenaires de même sexe seraient en mesure de conclure un partenariat enregistré leur conférant un statut très proche de celui du mariage. [...].

2. Les arguments des tiers intervenants

81. Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 8, le gouvernement britannique soutient que, même si la jurisprudence élaborée jusqu'à présent par la Cour n'englobe pas les relations entre personnes de même sexe dans la notion de « vie familiale », il n'y a pas de raison d'exclure que cela puisse être le cas à l'avenir. A son

avis, toutefois, il ne faudrait pas considérer que l'article 8 combiné avec l'article 14 exige que les partenaires de même sexe aient droit soit au mariage soit à la création d'autres formes de reconnaissance juridique de leur relation. [...].

3. Appréciation de la Cour

a. Applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 [...].

90. Nul ne conteste en l'espèce que la relation qu'entretiennent deux personnes de même sexe telles que les requérants relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. Toutefois, à la lumière des commentaires des parties, la Cour juge approprié de se pencher sur la question de savoir si leur relation est également constitutive d'une « vie familiale ».

91. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante relative aux couples hétérosexuels, la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci (*Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 43, CEDH 2000-VIII, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290, et *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 56, série A n° 112).

92. Néanmoins, la Cour a seulement admis dans sa jurisprudence que la relation affective et sexuelle qui unit un couple homosexuel relève de la « vie privée », mais non qu'elle se rapporte au domaine de la « vie familiale », même lorsqu'est en jeu une relation entre deux personnes vivant ensemble. Elle est parvenue à cette conclusion après avoir observé que, malgré l'évolution constatée dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé, jouissent encore d'une grande marge d'appréciation (*Mata Estevez c. Espagne* (déc.), n° 56501/00, CEDH 2001-VI, et autres références citées). [...].

93. La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels [...].

94. Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.

95. La Cour conclut donc que les faits de la cause entrent dans le champ d'application de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au sens de l'article 8. Partant, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer.

b. Observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

96. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. [...].

99. Bien que les parties ne se soient pas expressément prononcées sur le point de savoir si les requérants se trouvaient dans une situation comparable aux couples hétérosexuels, la Cour se fonde sur la prémisse selon laquelle les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables. Les requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation.

100. Les requérants soutiennent qu'ils subissent une discrimination en tant que couple homosexuel, premièrement parce qu'ils n'ont toujours pas accès au mariage et, deuxièmement, parce qu'ils ne disposaient d'aucun autre moyen juridique de faire reconnaître leur relation jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

101. Pour autant que les requérants semblent faire valoir que le droit au mariage homosexuel peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 à défaut d'être inclus dans l'article 12, la Cour marque son désaccord avec cette thèse. Elle rappelle que la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres (*Johnston et autres*, précité, § 57). Eu égard à sa conclusion ci-dessus, à savoir que l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation.

102. Pour en venir à la seconde branche du grief des requérants, à savoir l'absence d'autre forme de reconnaissance juridique, la Cour note qu'à l'époque où les requérants ont introduit leur requête ils ne

disposaient d'aucune possibilité de faire reconnaître leur relation en droit autrichien. Cette situation a perduré jusqu'au 1^{er} janvier 2010, date à laquelle est entrée en vigueur la loi sur le partenariat enregistré.

[...]. 104. La question qui reste à trancher en l'occurrence est celle de savoir si l'Etat défendeur aurait dû fournir aux requérants un autre mode de reconnaissance juridique de leur relation plus tôt qu'il ne l'a fait.

105. Force est pour la Cour de constater que se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée. Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives [...].

106. La loi autrichienne sur le partenariat enregistré, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, reflète l'évolution décrite ci-dessus et s'inscrit ainsi dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître. Même s'il n'est pas à l'avant-garde, le législateur autrichien ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir créé plus tôt la loi sur le partenariat enregistré (voir, *mutatis mutandis*, *Petrovic*, précité, § 41).

107. Enfin, la Cour entend se pencher sur l'argument des requérants selon lequel ils subissent encore une discrimination en tant que couple homosexuel à raison des différences existant entre, d'une part, le statut conféré par le mariage et, d'autre part, celui découlant du partenariat enregistré.

108. La Cour part de ses constats précédents, à savoir que les Etats demeurent libres, tant au regard de l'article 12 qu'au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8, de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels. Néanmoins, les requérants paraissent soutenir que, si un Etat décide d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, il est obligé de leur conférer un statut qui, même s'il porte un nom différent, correspond à tous égards au mariage. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle pense au contraire que les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique. [...].

110. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, la demande du Gouvernement visant à rayer la requête du rôle de la Cour ;
2. *Déclare*, par six voix contre une, recevable le grief tiré par les requérants de l'article 12 de la Convention ;
3. *Déclare*, à l'unanimité, recevable le grief tiré par les requérants de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention ;
4. *Déclare*, à l'unanimité, la requête irrecevable pour le surplus ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention ;
6. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

Document 4 : article 12 CESDH

Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales

Article 12 – Droit au mariage

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

Document 5 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011

Conseil constitutionnel - vendredi 28 janvier 2011 - Décision N° 2010-92 QPC
Journal officiel du 29 janvier 2011, p. 1894 - NOR : CSCX1102828S

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Corinne C. et Sophie H., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 75 et 144 du code civil.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
Vu le code civil ;
Vu l'arrêt n° 05-16627 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 13 mars 2007 ;
Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;
Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 8 décembre 2010 ;
Vu les observations produites pour les requérantes par Me Emmanuel Ludot, avocat au barreau de Reims, enregistrées le 14 décembre 2010 ;
Vu les observations en interventions produites pour l'Association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens par Me Caroline Mécary, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 14 décembre 2010 ;
Vu les pièces produites et jointes au dossier ;
Me Ludot pour les requérantes, Me Mécary pour les associations intervenantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 18 janvier 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 75 du code civil :

« Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1. « Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.

« Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

« L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. « Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur. « Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 144 du même code : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144 ; que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ;

4. Considérant que, selon les requérantes, l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire portent atteinte à l'article 66 de la Constitution et à la liberté du mariage ; que les associations intervenantes soutiennent, en outre, que sont méconnus le droit de mener une vie familiale normale et l'égalité devant la loi ;
5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;
6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant ;
7. Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ;
8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ;
9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;
10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté ;
11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE

Article 1er. – Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.

Article 2. – La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Document 6 : Le monde (extraits)

Bioéthique : Traduisons l'évolution du modèle familial dans le droit -

Point de vue | LEMONDE.FR | 16.02.11 | par Najat Vallaud-Belkacem, secrétaire nationale du Parti socialiste (PS) aux questions de société

La révision de la loi bioéthique est l'occasion de nombreuses confrontations. Au cœur des débats, c'est la place de l'individu dans la famille et celle de la famille dans la société qui sont interrogées. Dans la transformation de la société que permettent le progrès scientifique et la progression des libertés individuelles, les principes d'égalité, de solidarité, de laïcité doivent prévaloir. L'accès à la contraception, la libération sexuelle et les progrès de la science ont profondément bouleversé le modèle familial français. L'arrivée de l'enfant est mieux préparée, parce qu'elle est le résultat de la volonté des parents. De nouvelles formes de vie familiale se sont banalisées. Les parents élèvent leurs enfants ensemble ou séparément, seuls ou avec leurs conjoints. Aux familles traditionnelles, monoparentales ou recomposées, s'ajoutent les familles devant faire appel à la procréation assistée, celles qui sont fondées par un couple homosexuel, ainsi que toutes les familles d'élection qui se constituent au cours de la vie, par nécessité ou par choix. La primauté de la filiation sociale sur la filiation biologique s'est ainsi imposée dans les faits depuis longtemps. Il revient aujourd'hui au législateur de la traduire dans notre droit.

C'est en application d'un modèle aveugle à ces réalités que notre législation n'ouvre la procréation médicalement assistée avec don de gamètes qu'aux couples hétérosexuels stables. Cette assistance est ainsi refusée aux couples de même sexe et aux femmes seules. Faut-il le rappeler ? L'assistance médicale à la procréation ne guérit pas de l'infertilité. Il s'agit bien de répondre à un désir d'enfant. De fait, le désir d'enfant n'est pris en charge par la société que pour les familles conformes au modèle traditionnel de la famille, composées d'un père et d'une mère. Il est temps de s'affranchir de cette définition naturaliste de la famille.

Bien loin d'obéir aux seules lois de la nature, les liens familiaux se tissent à travers l'engagement des parents et la reconnaissance de la société. Le projet familial résulte d'une volonté. C'est ce projet, cet engagement parental irrévocable, qui doit constituer le fondement du droit de la famille. Le parent est celui qui exprime une volonté de l'être, et de subvenir aux besoins matériels et moraux d'un enfant. On objectera que la société n'a pas à faire droit au désir d'enfant : *"on ne fait pas un enfant comme on achète un sac à main !"*. Cette objection est inacceptable. Il ne s'agit pas de donner libre cours à un désir superficiel et passager, mais de permettre un projet parental, une décision profonde et souvent mûrie de très longue date. N'est-il pas dans l'intérêt de l'enfant de naître dans une famille aimante, une famille dont il est le projet ? L'intérêt de l'enfant justement, doit être apprécié dans le silence des préjugés : nous avons maintenant le recul nécessaire pour constater que l'orientation sexuelle des parents, par exemple, ne porte pas préjudice aux enfants, déjà si nombreux à vivre au sein de familles homoparentales. En revanche, tous les obstacles légaux qui se dressent devant les projets familiaux atypiques desservent gravement ces enfants en les isolant, en les privant de droits, en les stigmatisant.

PLUS DE LIBERTÉ ET D'ÉGALITÉ

Dès lors, la vraisemblance biologique ne doit plus servir d'obstacle à l'ouverture de la procréation médicalement assistée, cette réponse formidable que la science et la société apportent depuis quarante ans à la fatalité du sort. Députés, sénateurs, vous avez, avec cette révision de la loi bioéthique, une occasion sans pareille de poursuivre, avec souffle et ambition, le chemin emprunté depuis un demi-siècle par le droit de la famille, vers davantage de liberté et d'égalité. Liberté de choix entre l'union libre, le pacs ou le mariage. Liberté de fonder une famille. Liberté de faire évoluer cette famille, au gré des séparations et des recompositions, sans renoncer à exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Liberté donc, mais aussi égalité. Égalité entre les parents, qui exercent conjointement cette autorité. Égalité entre les enfants, naturels ou légitimes. Et bientôt, égalité entre les familles dans toute leur diversité, hétéroparentales comme homoparentales. Liberté, égalité, deux valeurs cardinales de la République, sans lesquelles il ne saurait y avoir de fraternité, cette fraternité indispensable à la lutte

contre toutes les formes d'exclusion et à la reconnaissance des différences. A vous d'offrir la protection des lois de la République à l'ensemble de nos concitoyens qui espèrent en la procréation assistée pour construire une famille. Ce n'est pas de l'imprudence mais de la justice.

Les homosexuels de New York en liesse après la légalisation du mariage gay **le Monde 26.06.11**



Des ballons forment le drapeau arc-en-ciel à la gay pride de New York, dimanche.AFP/STAN HONDA

New York - C'est "*une victoire incroyable, incroyable*". Le mot revient en boucle dans sa bouche. Galluccio est venu à la Gay Pride de New York avec son mari, Michael, et deux de leurs trois enfants : Adam et Madison, 14 et 15 ans. Seule manque Rosa, 28 ans : "*On l'a adoptée quand elle était déjà adolescente*", explique cet employé d'une cinquantaine d'années. La Gay Pride s'est déroulée cette année dans une atmosphère d'euphorie inouïe. L'avant-veille, le gouverneur de New York, Andrew Cuomo, avait signé la loi votée le jour-même par le Sénat de son Etat, qui a légalisé par 33 voix contre 29 le mariage entre couples du même sexe.

Vendredi, le gouverneur de New York, Andrew Cuomo, a signé la loi votée le jour-même par le Sénat de son Etat, qui a légalisé le mariage entre couples du même sexe. La fête, toute la journée, fut à la hauteur de ce qu'Amy Beth Rich désigne comme un mélange bizarre de certitude et d'incrédulité : "*Je savais que je verrai cela arriver de mon vivant, mais jamais je n'aurai cru pouvoir le vivre dans l'instant.*" D'abord la parade, ou plutôt la "*marche*", comme disent les militants (en référence assumée aux marches des droits civiques), depuis la 42e rue, "*Midtown*" (au milieu de Manhattan) jusqu'au croisement des rues Christopher et Greenwich, près de l'université NYU, où ont émergé il y a presque un demi-siècle les prémices de ce qui allait devenir le mouvement militant LGBT (Lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres). Ensuite la PrideFest, sorte de foire publique accueillant à la fois des forums de débats, des spectacles et des activités commerciales. Enfin la fête proprement dite – Dance on the Pier –, qui devait se prolonger sur les quais de la rivière Hudson jusqu'à 22 h 30 (la loi locale interdit toute manifestation en extérieur après cette heure). Amy, qui s'occupe de l'association de recherche sur l'homosexualité féminine Lesbian Herstory Archives (le titre est basé sur un jeu de mots, History et Her-story, la part féminine de l'histoire), vit avec sa fille, Emma Rae, 13 ans, et son "*autre mère*", Michelle.

Le nombre d'enfants présents dans cette marche avec leurs parents – le plus souvent des couples – indique d'ailleurs combien la percée des législateurs newyorkais reste encore loin des préoccupations et des enjeux contemporains de la communauté homosexuelle newyorkaise : au-delà du mariage, l'accession au statut parental. L'autre surprise vient des associations présentes dans le cortège. On y trouve, évidemment, des centaines de groupes militants de tout ordre, de la Black Men Initiative jusqu'au Gay Menhouse Crisis, la plus ancienne association d'aide aux victimes du Sida, en passant par The Trevor Project, qui réunit des jeunes homosexuels luttant pour abaisser le taux très élevé de suicides parmi leurs homologues adolescents. [...].

Sylvain Cypel

Contre l'homoparentalité, l'UMP veut "promouvoir la famille durable" LEMONDE.FR | 20.07.11 |

Un mois après le rejet, par l'Assemblée nationale, d'une proposition de loi PS de l'opposition visant à "ouvrir le mariage aux couples de même sexe", l'UMP a exposé, dans un rapport présenté le 13 juillet, ses propositions pour "valoriser la famille durable", un contre-pied au projet socialiste qui ne fait pas l'unanimité au sein même du parti présidentiel. A l'issue d'un groupe de travail qui a réuni 53 députés UMP, les auteurs du texte, Anne Grommerch et Hervé Mariton, ont listé une trentaine de propositions visant à "promouvoir la famille durable." "Nous faisons le choix de soutenir l'institution du mariage, point de départ de la famille, et meilleur garant de la protection de cette cellule et de chacun de ses membres", argumentent les parlementaires en préambule. Parmi ces propositions, se détachent notamment le maintien et la hausse d'un intérêt fiscal au mariage, la réaffirmation de ce dernier comme le "lien de deux personnes de sexe différents", et la priorité donnée à l'adoption d'enfants par des couples plutôt que par des personnes célibataires.

LES COUPLES HÉTÉROSEXUELS PRIVILÉGIÉS

Conformément à sa proposition de loi rejetée au printemps par la majorité, le Parti socialiste s'est engagé, dans son programme pour la présidentielle, à ouvrir à "tous les couples le droit au mariage". Le projet UMP vise à "maintenir une différence subjective et créancière" de droits entre le pacs ou le concubinage et le mariage. "Un contrat civil comme le pacs, qui s'inscrit dans l'instant, ne peut porter les mêmes droits que l'institution du mariage", estiment les parlementaires UMP qui proposent également de rétablir, seulement pour les nouveaux mariés, la triple déclaration d'impôts la première année de l'union, fiscalement avantageuse.

Les couples hétérosexuels doivent être privilégiés dans la procédure d'adoption, selon l'UMP, qui estime qu'"avoir deux parents de sexe différent [est] un bien élémentaire de l'enfant". Le parti veut donc "prioriser l'adoption par les couples ou par les célibataires du cercle familial. (...) La monoparentalité peut être une circonstance de la vie, elle ne doit pas fonder le projet." L'adoption par des célibataires devrait donc être limitée aux "accidents de la vie" (décès des parents) et réservée aux seuls membres de la famille (oncle, tante...). Un point de vue qui rejoint celui de Christine Boutin, présidente du Parti chrétien-démocrate et candidate à la présidentielle. L'ex-ministre du logement de Nicolas Sarkozy s'est en effet prononcée pour l'interdiction pure et simple de l'adoption par une personne célibataire, afin d'éviter que des couples homosexuels "détournent la loi".

DIVERGENCES À L'UMP

Toutefois, selon Edwige Antier, députée UMP et membre du groupe de travail qui a donné lieu à ce rapport, les propositions de ses collègues Anne Grommerch et Hervé Mariton ne correspondent pas entièrement au débat qui a été mené. "Notre mission était de formuler des propositions visant à concilier travail et vie familiale, et la conclusion du rapport déborde sur la question de l'adoption par des parents célibataires, le mariage homosexuel... Des points qui n'ont pas été réellement débattus", observe la députée, qui émet des "réserves" sur plusieurs des propositions de ses collègues. "On ne peut revenir sur le droit pour une personne célibataire d'adopter un enfant acquis en 1966" estime-t-elle. "Aujourd'hui, beaucoup d'enfants sont élevés par des couples homosexuels et des parents seuls... Il n'est pas possible de jeter un voile sur l'existence de cette partie de la population française." Selon l'Insee, la France comptait en 2006 environ 2 millions de familles monoparentales ou recomposées ; depuis 2004, plus de 130 000 divorces sont prononcés en France chaque année.

LE PS DÉFEND LE MARIAGE HOMOSEXUEL

"Le rapport souligne encore qu'il est préférable pour un enfant d'être élevé par ses deux parents, mais est-ce une règle absolue ? Je n'en suis pas certaine" poursuit Edwige Antier qui, en réponse aux conclusions de ses collègues, propose la création d'une nouvelle mission, clairement anglée sur les questions liées à la composition de la famille. "Il y a au sein de l'UMP des débats à mener sur le statut des beaux-parents, sur l'homoparentalité" estime cette élue UMP qui, en juin, n'avait pas voté contre la proposition de loi socialiste pour le mariage homosexuel. Au sein de l'opposition socialiste, le débat sur la question du mariage et l'adoption pour les couples de même sexe ne fait plus débat. "Le PS a pris position très clairement sur sa volonté de modifier le Code civil, tant en ce qui concerne le mariage homosexuel que l'homoparentalité" expliquait le député socialiste Patrick Bloche au Monde.fr en juin. "Ces engagements ont été validés dans le projet socialiste pour 2012 et engagent tous les candidats à la primaire socialiste", précise le parlementaire. Quant à la supériorité d'un modèle familial sur un autre, le point est également tranché rue de Solferino: "Ce qui compte avant tout, c'est la qualité du projet familial pour l'intérêt même de l'enfant. Et, en cela, nous considérons que l'orientation sexuelle ne doit pas être un élément de discrimination", résume Patrick Bloche.

Eric Nunès

Document 7 : Code civil (extraits)

Code civil : Livre Ier : Des personnes - Titre V : Du mariage - Chapitre Ier : Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage

Article 144

Modifié par Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 - art. 1 JORF 5 avril 2006

L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus.

Code civil : Livre Ier : Des personnes - Titre XIII : Du pacte civil de solidarité et du concubinage - Chapitre Ier : Du pacte civil de solidarité - Chapitre II : Du concubinage

Article 515-1

Modifié par Loi 2007-308 2007-03-05 art. 1 3° JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009

Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

Article 515-4

Modifié par LOI n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 9

Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. [...]

Article 515-8

Modifié par Loi 2007-308 2007-03-05 art. 1 3° JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009

Le concubinage est 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.

Document 8 : article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000

Article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 :

« Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

Document 9 : Cass. Civ. 1., 13 mars 2007

**Cour de cassation
chambre civile 1
Audience publique du mardi 13 mars 2007
N° de pourvoi: 05-16627
Publié au bulletin Rejet**

**M. Ancel , président
M. Pluyette, conseiller rapporteur
M. Domingo, avocat général
SCP Thouin-Palat, avocat(s)**

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 19 avril 2005), que, malgré l'opposition notifiée le 27 mai 2004 par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, le maire de la commune de Bègles, en sa qualité d'officier d'état civil, a procédé, le 5 juin 2004, au mariage de MM. X... et Y... et l'a transcrit sur les registres de l'état civil ; que cet acte a été annulé, avec mention en marge des actes de naissance des intéressés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'action du ministère public, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en vertu de l'article 184 du code civil, tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué par le ministère public ; qu'aucun de ces textes ne pose comme critère de validité du mariage la différence de sexe des époux ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, la cour d'appel a violé l'article 184 du code civil ;

2°/ qu'en dehors des cas spécifiés par la loi, le ministère public ne peut agir que pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, sans dire en quoi les faits qui lui étaient soumis, non contraires aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 du code civil, avaient porté atteinte à l'ordre public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 423 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 423 du nouveau code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; que la célébration du mariage au mépris de l'opposition du ministère public ouvre à celui-ci une action en contestation de sa validité ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen, pris en ses cinq branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir annulé l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, avec transcription en marge de cet acte et de leur acte de naissance, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en retenant que la différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage, cependant que cette condition est étrangère aux articles 75 et 144 du code civil, que le premier de ces textes n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence expressément aux termes "mari et femme", la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ qu'il y a atteinte grave à la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle du requérant ; que le droit pour chaque individu d'établir les détails de son identité d'être humain est protégé, y compris le droit pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; que le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ; qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ alors que si l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, ces termes n'impliquent pas obligatoirement que les époux soient de sexe différent, sous peine de priver les homosexuels, en toutes circonstances, du droit de se marier ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ; qu'en retenant que les couples de même sexe ne seraient pas concernés par l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne MM. X... et Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette la demande de MM. X... et Y... ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize mars deux mille sept.

Document 10 : rapport Assemblée Nationale, n° 3462, 25 mai 2011 (extraits)

N° 3462

ASSEMBLÉE NATIONALE
CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958
TREIZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 mai 2011.

RAPPORT

FAIT

Au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 586) de mm. Patrick Bloche, François Hollande, Jean-Marc Ayrault, mme Annick Lepetit, m. Joël Giraud et plusieurs de leurs collègues, *VISANT A OUVRIR LE MARIAGE AUX COUPLES DE MEME SEXE*,

PAR M. Patrick BLOCHE
Député

MESDAMES, MESSIEURS, « *Le mariage est une institution vivante, et une institution vivante ne se défend pas de façon négative et apeurée, comme une citadelle assiégée* » écrivait Mme Irène Théry dans un rapport remis en juin 1998 au ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur *le couple, la filiation et la parenté aujourd'hui*. Ce rapport, qui analysait les mutations qu'a connues la famille au cours des trente années précédentes - baisse de la nuptialité et du taux de fécondité, augmentation de la proportion de couples non mariés et des naissances hors mariage... -, préconisait une reconnaissance du concubinage homosexuel accompagnée de droits ; l'adoption de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS) est intervenue depuis lors, avec le succès que l'on sait. Le législateur est aujourd'hui invité à franchir **une nouvelle étape** dans la reconnaissance de l'égalité des droits des citoyens. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé en janvier dernier que les dispositions en vigueur de notre code civil réservant le mariage aux couples de sexes différents ne sont pas contraires à la Constitution mais qu'il est loisible au législateur d'adopter en la matière des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité. Répondant à cette invitation, le groupe Socialiste, Radical et Citoyen de l'Assemblée nationale a donc décidé d'inscrire à l'ordre du jour de notre assemblée, dans le cadre d'une de ses « séances réservées », l'examen de la présente proposition de loi, déposée une première fois, sous la précédente législature, le 28 juin 2006 puis, à nouveau le 15 janvier 2008, et qui vise à reconnaître aux couples formés de deux personnes de même sexe la faculté de s'unir de la même façon que les couples de personnes de sexes différents, c'est-à-dire par le **mariage**. Ainsi, votre assemblée est appelée à se prononcer sur un enjeu de société qui sera sans nul doute l'un des débats de la campagne électorale pour la prochaine élection présidentielle : *jusqu'ou veut-on lutter contre les discriminations dans notre pays ?*

Après avoir dépenalisé l'homosexualité, après avoir donné au citoyen homosexuel les outils de l'égalité avec les lois luttant contre les discriminations, après avoir reconnu, avec le PACS, le lien amoureux qui fonde le couple, qu'il soit de même sexe ou de sexes différents, il est proposé ici de **construire une nouvelle réponse républicaine** aux attentes des couples homosexuels, en leur accordant la liberté de choix de la nature juridique du lien les unissant, sans réduire en quoi que ce soit les droits des couples hétérosexuels mariés. Ne nous y trompons pas, il n'est pas ici question d'instaurer une quelconque « *exception française* ». Le présent texte s'inscrit en effet dans un grand

mouvement qui a conduit à la reconnaissance légale d'unions civiles ou de mariages entre personnes de même sexe dans de nombreux États. Les dix pays qui ont à ce jour légalisé le mariage homosexuel sont les Pays-Bas (en 2000), la Belgique (en 2003), l'Espagne (en 2005), le Canada (en 2005), l'Afrique du Sud (en 2006), la Norvège (en 2008), la Suède (en 2009), le Portugal (en 2010), l'Islande (en 2010) et l'Argentine (en 2010), auxquels s'ajoutent la ville de Mexico, cinq États des États-Unis et Washington. Notre pays se grandirait d'autoriser – enfin, et sans attendre – le mariage entre personnes de même sexe ; alors qu'en 1999, la France a joué un rôle pionnier avec la reconnaissance légale d'une union civile entre personnes de même sexe, notre pays ne doit pas demain se retrouver à la traîne des autres pays européens, dont les sociétés – certaines de culture catholique très marquée – n'ont assurément pas été ébranlées par la reconnaissance du mariage homosexuel...

Il vous est donc proposé d'adopter ce texte dès aujourd'hui, d'autant que la population française semble, contrairement à ce que l'on croit souvent, prête pour ce changement : une récente étude du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC) a ainsi montré que « 61 % de la population considèrent que deux personnes de même sexe devraient pouvoir s'unir civilement à la mairie, contre 55 % en 2007 ».

Le mariage, une institution qui a beaucoup changé au gré des évolutions de la société

[...] Depuis le code Napoléon, le mariage civil – [...] – n'a varié que sur des détails, le plus souvent pour en simplifier la procédure. [...] Le XX^{ème} siècle s'ouvre sur des incertitudes : dans l'atmosphère revancharde qui domine le pays après 1871, la peur de voir la France se dépeupler attise la méfiance à l'égard du *mariage-contrat* au profit de la conception du mariage comme institution : le mariage implique le respect d'obligations (fidélité, devoir conjugal) qui en font bien plus qu'un simple contrat. [...] Le XX^{ème} siècle est aussi marqué par les combats des mouvements féministes en faveur de l'union libre [...]. Les progrès liés à la contraception et l'émancipation des femmes ont bouleversé le modèle familial et notre conception du mariage. La pleine égalité des conjoints n'existe dans les textes que depuis la loi du 4 juin 1970 : depuis lors, l'article 213 du code civil dispose que « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* ». [...] Des conceptions très différentes ont tour à tour dominé cette histoire, au gré des tensions entre les familles, désireuses de contrôler les alliances de leurs enfants, l'Église et le pouvoir civil. Les buts premiers du mariage ont ainsi beaucoup varié selon les époques : préservation des biens ; procréation et éducation des enfants au sein d'un noyau familial stable ; alliances politiques ; promotion d'un statut social ; amour, plus récemment...

Aujourd'hui, le mariage n'apporte plus réellement un statut social, davantage conféré par l'emploi qu'on occupe ; le développement de l'union libre et les possibilités de reconnaître en droit les enfants nés hors mariage rendent plus ténu le lien entre mariage et procréation. S'il conserve sa valeur symbolique, le mariage ne peut plus être considéré comme un modèle unique [...].

Produit de l'histoire de notre société, le mariage a lui-même beaucoup évolué au cours des siècles passés. Ainsi que le rappelle Jean-Claude Bologne dans son ouvrage Histoire du mariage en Occident ⁽¹⁰⁾, « *en deux mille ans d'histoire, l'institution du mariage aura accompagné toutes les mutations de la civilisation occidentale* », l'auteur ajoutant que « *le mariage a été et demeure un miroir fidèle de la société* ». Le XX^{ème} siècle aura été marqué par le combat des féministes pour obtenir l'égalité des droits des hommes et des femmes ; un autre combat reste aujourd'hui à mener, celui de la reconnaissance de la pleine égalité des droits de tous les couples, qu'ils soient composés de personnes de sexes différents ou de même sexe.

L.– l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : la réponse à une demande sociale à laquelle ont déjà fait droit de nombreux états européens

A. Une nouvelle étape doit être franchie au nom de l'égalité des droits

1. Les acquis du pacte civil de solidarité ...

La longue marche vers l'égalité des droits, d'abord marquée par la dépenalisation de l'homosexualité, puis l'interdiction de la discrimination homophobe, a conduit à la reconnaissance du couple homosexuel avec la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité : la

reconnaissance légale du concubinage – jusqu'ici simple situation de fait – et la création du PACS, faisant du couple, quelle que soit sa composition, un objet de droit, ont assurément constitué une étape importante dans la reconnaissance des modes de vie de nos concitoyens. Le PACS est une convention conclue entre deux personnes physiques majeures, de sexes différents ou de même sexe, souhaitant organiser leur vie commune. Il ne peut être signé entre deux personnes dont l'une d'elles est, soit sous tutelle, soit mariée ou déjà engagée dans un PACS non dissout, ou encore entre des personnes ayant entre elles des liens de famille en ligne directe ou collatérale jusqu'au 3^{ème} degré inclus.

Votre rapporteur souligne que, conformément à la volonté de ses initiateurs inscrite dans une démarche républicaine, le PACS, s'il constitue aujourd'hui le seul cadre contractuel possible pour les couples de même sexe, ne leur est nullement réservé. Depuis la création du PACS, le nombre des partenariats enregistrés n'a cessé de progresser : a ainsi été observée une progression de + 43% en 2008, + 20% en 2009 et + 13% en 2010 par rapport aux années précédentes. Le nombre de un million de pacsés a été atteint en 2010 [...]. Une étude de l'INSEE, publiée en février 2011, montre que le PACS est devenu une nouvelle forme de reconnaissance d'union de plus en plus prise par nos concitoyens, preuve que la loi de 1999 a répondu à une véritable demande sociale : en 2010, trois PACS ont été conclus pour quatre mariages célébrés. La progression du nombre de PACS fait plus que compenser la baisse constatée du nombre de mariages, ce qui amène la même étude à conclure que « *le PACS offre à certains couples qui ne souhaitent pas (au moins dans l'immédiat) ou ne peuvent pas se marier, la possibilité d'officialiser leur union* ». [...].

La proportion des personnes de même sexe sur l'ensemble de celles qui concluent un PACS diminue chaque année : elles ne représentent plus, du fait de l'explosion du nombre de PACS conclus entre personnes de sexes différents, que 6 % des pacsés en 2010.

2. ... ne permettent pas d'assurer pleinement l'égalité des droits

Avec la loi de 1999, le couple homosexuel a d'ores et déjà acquis une reconnaissance symbolique importante. Le PACS, qui est une « *convention solennelle* », donne des droits aux partenaires et crée des devoirs à leur endroit : les parties signataires d'un PACS se doivent aide mutuelle et matérielle, ce qui laisse supposer que si l'une d'elles se trouve dans le besoin elle pourra obtenir des aliments, au besoin en justice, comme c'est le cas des époux. Les signataires d'un pacte sont solidaires à l'égard des tiers pour l'exécution des engagements que l'un d'eux prend pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses du logement - ce qui exclut les emprunts, et les investissements. Les signataires d'un pacte, à l'instar des couples mariés, établissent une déclaration fiscale commune et peuvent prétendre à la qualité d'ayant droit l'un de l'autre pour la protection sociale. Toutefois, malgré les avancées permises par le PACS, [...] il demeure des différences entre les droits reconnus aux couples mariés et ceux reconnus aux couples unis par un PACS.

S'agissant de la conclusion même du contrat, alors que le mariage se célèbre à la mairie devant familles et témoins, la convention de PACS ne fait l'objet que d'un simple enregistrement au greffe du tribunal d'instance - ou, depuis la loi du 28 mars 2011, d'enregistrement direct par le notaire lorsque la convention est passée en la forme authentique. Les modalités de séparation divergent également : aux règles encadrées du divorce s'opposent un droit de dissolution unilatérale par signification faite par huissier de Justice et notification au greffe du tribunal d'instance et l'absence de toute prétention au bénéfice d'une prestation compensatoire. En matière de successions, si la loi du 23 juin 2006 a aligné les droits du partenaire survivant sur ceux de l'époux survivant en lui permettant, sauf disposition testamentaire contraire, de bénéficier de la jouissance du domicile commun pendant un an, le partenaire de PACS n'est pas héritier légal, contrairement à l'époux survivant : en l'absence de testament, il ne peut hériter de son partenaire décédé. Le partenaire survivant n'est pas éligible au versement de la pension de réversion, qui peut en revanche être accordée à l'époux survivant. Il n'est pas non plus considéré comme le plus proche parent de l'autre pour les questions liées aux soins médicaux.

Ouvrir le mariage aux couples de même sexe leur permettrait d'acquérir certains droits nouveaux, notamment de donner son nom à l'autre ; sur un plan symbolique, cela donnerait à la célébration une plus grande solennité que la procédure actuelle de déclaration au greffe du tribunal d'instance ; cela renforcerait enfin l'engagement du couple, les règles relatives au divorce étant plus strictes que la simple dissolution unilatérale du PACS.

3. Les arguments contre cette ouverture ne résistent pas à l'analyse

[...]. Certaines objections, d'inspiration naturaliste, se fondent sur la **visée sensément procréatrice du mariage**. La procréation naturelle ne pouvant résulter que de l'union d'un homme et d'une femme, il conviendrait de réserver le mariage à un couple ainsi composé. Pour autant, le droit actuel réserve-t-il effectivement le mariage à un couple qui peut procréer ? La réponse est évidemment négative, sinon comment permettre le mariage de couples stériles ou n'ayant plus l'âge de procréer ? Et même au-delà, exige-t-on des couples qui se marient qu'ils aient la volonté d'avoir des enfants ? À l'heure où de nombreux couples mariés renoncent à avoir des enfants et où plus de la moitié des enfants naissent hors mariage, on voit bien que l'argument ne tient pas.

D'autres arguments dénoncent **une démarche sensément communautariste de la revendication de l'ouverture du mariage aux homosexuels**. Or, c'est une démarche républicaine d'égalité, éloignée de tout esprit communautariste qui guide les auteurs de la présente proposition de loi. Elle vise à ouvrir le mariage à tous, sans distinction de sexe ou d'orientation sexuelle ; elle vise à offrir aux couples de même sexe la même liberté de choix qu'aux couples hétérosexuels du mode juridique de leur vie en commun : concubinage, partenariat ou mariage.

La proposition vise ainsi, dans une logique analogue à celle qui a présidé à la naissance du PACS, à **ouvrir un droit supplémentaire à certains, sans réduire les droits des autres** ; le PACS est ouvert aux hétérosexuels, qui l'ont plébiscité ; leur liberté de choix de leur mode de vie en couple a été enrichie par ce dispositif ; dès lors, pourquoi refuser cette même liberté de choix aux couples homosexuels ? Pourquoi leur refuser le choix d'une autre forme juridiquement organisée de vie en couple ?

B. L'Europe connaît un mouvement général de progrès dans la lutte contre les discriminations et la reconnaissance du mariage homosexuel

Aux arguments qui viennent d'être développés s'ajoute le fait que la démarche engagée par les auteurs de la présente proposition de loi s'inscrit dans un mouvement général de reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe, en Europe, comme d'ailleurs dans le reste du monde. Pays-Bas, Belgique, Espagne, Suède ont ouvert ce droit aux couples gays, tout comme certains États américains (Alaska, Hawaï, Massachusetts, notamment) ou l'Afrique du Sud. Ces différents exemples ont démontré que **l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, loin de remettre en cause les fondements de la société comme il est parfois allégué, permet de faire progresser l'ensemble de la société sur le chemin de l'égalité**.

1. Plusieurs résolutions du Parlement européen plaident pour l'ouverture du mariage aux couples homosexuels au nom de la lutte contre les discriminations

Plusieurs résolutions du Parlement européen – de portée certes non contraignante – ont demandé aux États membres de l'Union européenne de mettre en place une législation mettant fin aux discriminations à l'égard des couples homosexuels, notamment s'agissant de la question du mariage. Dès 1994, le Parlement européen, « *considérant que le changement de société exige que de nombreux États membres adaptent leurs dispositions civiles, pénales et administratives en vue d'abolir les discriminations liées à la tendance sexuelle* », a demandé aux États membres de mettre fin à « *l'inégalité de traitement des personnes de même tendance sexuelle au niveau des dispositions juridiques et administratives* ». Le Parlement a en outre émis le souhait qu'un terme soit mis à « *l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes* ». [...].

2. Sept États européens reconnaissent aujourd'hui le mariage entre personnes de même sexe

[...] Les **Pays-Bas** ont été le premier pays à reconnaître le mariage homosexuel en Europe : il y est autorisé depuis le 1^{er} avril 2001[...]. Dans le droit néerlandais, le mariage exige les mêmes conditions et produit les mêmes effets pour les unions hétérosexuelles et homosexuelles.

Le mariage de personnes de même sexe est autorisé en **Belgique** depuis une loi du 13 février 2003. Depuis juin 2006, la loi leur reconnaît en outre le droit à l'adoption.

En **Espagne**, dès 1998, le Parlement de la communauté autonome de Catalogne a adopté un projet de loi sur les formes de vie commune autres que le mariage : ce texte a permis aux couples non mariés, hétérosexuels ou homosexuels, d'avoir un statut aussi proche que possible de celui des couples mariés dans toutes les matières relevant de la compétence de la communauté autonome. En 2004, les gouvernements régionaux de la Catalogne, de la Navarre, du Pays Basque et de l'Aragon ont autorisé l'adoption par les couples homosexuels. À l'initiative du Gouvernement socialiste, une loi a été adoptée au plan national qui autorise les mariages homosexuels depuis juillet 2005.

C'est en juin 2008 que le parlement **norvégien** a adopté un projet de loi autorisant le mariage homosexuel, ainsi que l'adoption d'enfants et la possibilité de bénéficier d'une assistance à la fécondation.

La **Suède**, quant à elle, a, en avril 2009, adopté une loi autorisant le mariage homosexuel qui est entrée en vigueur le 1er mai 2009. [...].

Le 11 juin 2010, le Parlement **islandais** a voté à l'unanimité l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, devenant ainsi le septième pays européen dans lequel les homosexuels peuvent se marier au même titre et dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels ; la Première ministre du pays a épousé sa compagne le jour de l'entrée en vigueur de la loi, le 27 juin.

3. La question de la reconnaissance en France des mariages célébrés à l'étranger

La reconnaissance par ces différents États européens du mariage entre personnes de même sexe a, du fait de la libre circulation des personnes au sein de l'Union, des implications dans les autres pays, notamment en France, et ce d'autant plus que certains États, notamment les Pays-Bas ou la Belgique, ouvrent largement le mariage homosexuel aux étrangers résidant habituellement dans le pays, même si la loi nationale de ces derniers l'interdit ; il en va de même si l'un des époux est de nationalité néerlandaise ou belge. Il ressort de la réponse du Garde des Sceaux à une question écrite posée en 2005 par M. Thierry Mariani que la validité d'un mariage célébré à l'étranger s'apprécie au regard de la seule loi personnelle de chacun des époux. Ainsi, un mariage homosexuel célébré à l'étranger d'un couple de Français ou d'un couple formé d'un ressortissant français et d'un ressortissant étranger ne peut être reconnu en France, ce type d'union étant, en l'état actuel du droit, prohibé sur notre territoire. [...]. Votre rapporteur s'interroge sur la solidité juridique d'un tel raisonnement qui pourrait conduire à une condamnation de notre pays pour inégalité de traitement prohibée dans l'espace communautaire, voire obstacle à la liberté de circulation des citoyens européens au sein de l'Union. [...].

II.- Une loi sans attendre pour ouvrir aux couples de même sexe le droit de se marier

A. La reconnaissance du mariage homosexuel ne peut être que législative

Le mariage célébré entre deux hommes le 5 juin 2004 par notre collègue Noël Mamère dans la ville dont il est maire, Bègles en Gironde, a été l'occasion pour les tribunaux français de préciser la portée des articles du code civil relatifs au mariage. Ce mariage a été annulé sur décision du tribunal de grande instance de Bordeaux du 27 juillet 2004, l'annulation étant confirmée en appel en avril 2005 et en cassation en mars 2007. [...]. Lors de l'audience de la première chambre civile de la Cour de cassation, l'avocat général avait déclaré que, compte tenu des enjeux de société importants et de la dimension politique des réponses pouvant être apportées à la question, « *abandonner à la seule autorité judiciaire le soin de se prononcer (...) paraît exiger du juge qu'il accomplisse une tâche excédant les limites permises de son action* ». Par la suite, ni le Conseil constitutionnel, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont jugé que l'interdiction faite aujourd'hui par notre législation aux couples homosexuels de se marier était contraire à la Constitution ou à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

En janvier dernier, le **Conseil constitutionnel**, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, transmise par la Cour de cassation, posée par deux femmes Corinne C. et Sophie H. désirant se marier ensemble, a déclaré conformes à la Constitution l'article 75 du code civil, qui décrit la cérémonie de

célébration du mariage et dispose, notamment, que l'officier d'état civil « *recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* » et l'article 144 du même code, ce dernier prévoyant quant à lui que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». Le Conseil a notamment estimé que ces articles « *ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage (...) ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité* » et que, par conséquent, ils « *ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale* ». Le Conseil constitutionnel, rappelant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités, « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité* ».

Dans un arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* datant de juin 2010 la Cour européenne des droits de l'Homme, relevant l'absence de consensus des États membres du Conseil de l'Europe sur ce point, a jugé que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'impose pas aux États parties l'obligation de permettre le mariage des couples homosexuels. [...]. Votre rapporteur rappelle que, dans son arrêt rendu en 2002 *Christine Goodwin c/ Royaume Uni*, dans lequel la Cour avait jugé que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle avait emporté violation de l'article 12 de la Convention, la Cour avait noté que depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société. Elle s'était en outre également référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée le 7 décembre 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, dont le texte diffère sensiblement de celui de l'article 12 de la Convention, puisqu'il dispose : « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». [...]. Votre rapporteur tient en outre à souligner que la Cour a observé dans l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* que « *pris isolément, les mots de l'article 12 peuvent être interprétés comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes* ». Un autre point doit attirer l'attention : dans cet arrêt la Cour a clairement admis pour la première fois qu'une relation entre deux personnes de même sexe peut être qualifiée de « *vie familiale* », alors que jusque-là elle entrait dans le cadre de la protection de la « *vie privée* ». Elle ne considère en revanche pas que cette reconnaissance implique l'obligation positive pour les États de leur offrir un statut légal.

Ces différentes jurisprudences nous invitent à un **choix politique** : il revient en effet aujourd'hui au législateur de déterminer sa conception du mariage en 2011.

B. LES DISPOSITIONS DE LA PROPOSITION DE LOI

Prenant la mesure des attentes fortes de nos concitoyens et des enjeux que soulève cette question, la présente proposition de loi entend **ouvrir le mariage aux couples de même sexe, sans modifier les règles actuelles régissant le mariage hétérosexuel**. Il n'est ici question que d'ajouter un droit nouveau, non de réduire les droits des couples mariés hétérosexuels. Le texte se compose de quatre articles, répartis en trois chapitres. L'**article premier**, qui constitue le cœur de la proposition de loi, rétablit au sein du code civil un article 143 précisant désormais que « *Le mariage peut être contracté par deux personnes de sexes différents ou de même sexe* ». Les articles suivants tirent les conséquences de cette reconnaissance en matière d'interdiction de mariage au sein des familles (**article 2**) et procèdent à un toilettage des termes utilisés dans différents articles du code civil pour tenir compte de ces évolutions (**article 4**). Afin de ne remettre en cause aucun droit des couples hétérosexuels mariés, les dispositions relatives à la filiation biologique sont maintenues en l'état dans tous les cas, le principe de la présomption de paternité figurant à l'article 312 du code civil étant désormais explicitement réservé aux seuls couples mariés composés d'un homme et d'une femme (**article 3**). [...].

EXAMEN DES ARTICLES

Chapitre 1^{er}

Dispositions relatives au mariage

Article 1^{er}

(art. 143 [nouveau] du code civil)

Reconnaissance du mariage contracté par deux personnes de même sexe

Le présent article rétablit au sein du code civil un article 143 précisant que : « *Le mariage peut être contracté par deux personnes de sexes différents ou de même sexe* ».

Cet article constitue le cœur de la proposition de loi ; sans retirer aucun droit aux couples de sexes différents, il ouvre la faculté de contracter mariage aux couples de même sexe, à l'image de la loi du 15 novembre 1999 qui a institué le pacte civil de solidarité pour tous les couples, quelle que soit leur composition.

* *

La Commission rejette l'article 1^{er}.

Article 2

(art. 162, 163 et 164 du code civil)

Conséquences sur les différentes interdictions de se marier au sein des familles

Certains articles de notre code civil prohibent le mariage entre personnes d'une même famille ; le présent article les modifie afin de tirer les conséquences de la reconnaissance par l'article 1^{er} des mariages entre personnes du même sexe.

Le **I** du présent article modifie l'article 162 du code civil qui prohibe aujourd'hui le mariage entre « *le frère et la sœur* » pour que désormais soit prohibé le mariage « *entre frère ou sœur* » afin d'interdire également le mariage entre deux frères ou entre deux sœurs.

Le **II** du présent article modifie l'article 163 qui prohibe le mariage entre l'oncle et la nièce et entre la tante et le neveu ; seraient désormais interdits les mariages entre « *oncle ou tante et nièce ou neveu* » afin que soit également interdit le mariage entre un oncle et son neveu ou entre une tante et sa nièce.

Le **III** du présent article modifie quant à lui l'article 164 qui permet au Président de la République de lever, pour des causes graves, certaines prohibitions portées par le code civil ; un des cas de figures mentionnés par cet article est celui visé à l'article 163 et il convient d'en modifier la rédaction par coordination avec le II du présent article : désormais, le Président de la République pourrait en conséquence lever l'interdiction du mariage entre un oncle et sa nièce ou son neveu et entre une tante et son neveu ou sa nièce.

* *

La Commission rejette l'article 2.

Chapitre II

Dispositions relatives à la filiation

Article 3

(art. 312 du code civil)

Coordination en matière de filiation afin de préserver la présomption de paternité au sein des couples mariés hétérosexuels

Dans sa rédaction actuelle, l'article 312 du code civil relatif à la présomption de paternité dans le cadre du mariage, dispose que : « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ». Compte tenu de l'instauration par l'article 1^{er} de la proposition de loi du mariage entre personnes de même sexe, une coordination était nécessaire, à laquelle procède le présent article qui restreint son application aux mariages entre un homme et une femme ; il sera désormais précisé que « *l'enfant conçu pendant le mariage d'un homme et d'une femme a pour père le mari* ». Cette disposition montre bien qu'il n'est nullement dans les intentions des auteurs de la proposition de loi de réduire les droits des couples hétérosexuels.

* *

*La Commission rejette l'amendement de précision CL 1 du rapporteur.
Puis elle rejette l'article 3.*

Chapitre III

Dispositions visant à mettre en cohérence le vocabulaire du code civil

Article 4

(art. 75, 108, 144, 197, 412 et 980 du code civil)

Mise en cohérence de divers articles du code civil

Le présent article assure la mise en cohérence de la terminologie de plusieurs articles du code civil avec l'ouverture du mariage à des couples de même sexe.

Le I du présent article modifie le dernier alinéa de l'article 75 du code civil relatif aux formalités liées à la célébration du mariage par l'officier d'état civil : celle-ci se déroule en principe à la mairie mais peut, en cas d'empêchement grave, se dérouler au domicile d'un des futurs époux, sur décision du procureur de la République. Lors de la célébration, l'officier d'état civil doit interpellé les futurs époux d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage. Le dernier alinéa de l'article fait obligation à l'officier d'état civil de recevoir de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration « *qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* » ; il prononce alors « *au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage* » et en dresse acte sur-le-champ. Le I du présent article substitue à l'expression « *se prendre pour mari et femme* », la formulation, plus neutre, « *se prendre pour époux* ».

Le II du présent article réécrit l'article 144 du code civil, dont la rédaction actuelle – « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* » - est liée à la définition actuelle du mariage en tant qu'union entre un homme et une femme. Il est donc nécessaire, par coordination, de modifier cet article qui disposerait désormais que « *nul ne peut contracter mariage avant dix-huit ans révolus* », rédaction plus neutre, compatible tout autant avec les mariages entre personnes de sexes différents qu'avec les mariages entre personnes de même sexe.

Dans le cadre des dispositions relatives aux demandes de nullité de mariage, l'article 197 du code civil dispose, dans sa rédaction actuelle, que dans le cas où il existe des « *enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme* » et que ces deux individus sont tout deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état non contredite par l'acte de naissance. Le III du présent article assure une coordination à cet article en précisant, de manière plus neutre, que ces individus auront vécu publiquement « *comme deux époux* ».

Le IV procède à deux coordinations aux articles 108 et 980 du code civil.

L'article 108 précise que « *le mari et la femme* » peuvent avoir un domicile – défini par l'article 102 comme le lieu du principal établissement – distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie. Le présent IV remplace la formulation « *le mari et la femme* » par la formulation « *les deux époux* ».

L'article 980 du code civil est relatif à la qualité des témoins qui peuvent être appelés à signer un testament par acte public avec le notaire ; il précise que ces témoins doivent être majeurs, jouir de leurs droits civils et comprendre la langue française et que le mari et la femme ne peuvent être témoins dans le même acte. Le présent IV substitue à la formulation « *le mari et la femme* », la formulation « *les deux époux* ».

Le V entend modifier l'article 412 du code civil. Toutefois, il s'agit de modifier l'ancien article 412 relatif au conseil de famille, abrogé à compter du 1^{er} janvier 2009 par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Cet article précisait que le mari et la femme, membres d'un conseil de famille dans le cadre d'une tutelle d'un mineur, peuvent se représenter l'un l'autre au sein de ce conseil. Le présent V remplaçait la formulation par une formulation plus neutre : « *les époux peuvent se représenter l'un l'autre.* » Du fait de l'abrogation de l'article par la réforme des tutelles, il n'a plus lieu d'être et votre rapporteur a présenté un amendement supprimant la disposition par coordination.

* *

La Commission rejette l'amendement de coordination CL 2 du rapporteur.

Elle rejette l'article 4.

Puis elle rejette l'ensemble de la proposition de loi.

* *

En conséquence, la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République vous demande de rejeter la proposition de loi visant à ouvrir le mariage aux couples de même sexe (n° 586).

Document 11 : « La « voie sans issue » du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuels », Hervé Rihal, AJDA 2010, p. 1772

AJDA 2010 p. 1772 - La « voie sans issue » du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuels - Hervé Rihal, Professeur de droit public à l'université d'Angers

L'essentiel

A la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 janvier 2008, qui marque un revirement de sa jurisprudence et souligne les failles du droit français, la question de l'adoption en France par des célibataires homosexuelles est posée en termes nouveaux. Comme le montrent les deux jugements commentés, qui annulent les refus d'agrément des présidents des conseils généraux du Jura et de l'Ariège, la position ferme, adoptée par le Conseil d'Etat depuis l'arrêt *Frette* de 1996, n'est plus tenable et l'intervention du législateur semble être la seule issue possible au feuilleton juridique du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuels.

S'il est une question de société qui divise, c'est bien celle de l'adoption par des célibataires ou des couples homosexuels et plus largement celle de l'homoparentalité ; le rédacteur d'une note de jurisprudence sur ce sujet s'en aperçoit dès qu'il indique à une personne de son entourage qu'il étudie cette question ! Il n'est pourtant pas dans notre rôle d'émettre une quelconque opinion sur la pertinence d'une telle revendication des communautés homosexuelles ni de se prononcer sur le point de savoir si une telle adoption est nuisible ou non à l'intérêt de l'enfant. Plus modestement, il appartient au juriste de démontrer que la position du Conseil d'Etat, consistant à refuser systématiquement l'agrément en matière d'adoption à des célibataires homosexuels, est aujourd'hui juridiquement intenable. En effet, il devient quasiment impossible, dès lors que ces célibataires remplissent certaines conditions, que le président du conseil général leur refuse l'agrément, comme en témoignent les deux jugements commentés, dont l'un seulement a suscité un fort intérêt médiatique et doctrinal, celui du tribunal administratif de Besançon. [...].

Une position ferme du juge administratif

[...] La question de l'adoption par un célibataire homosexuel fut abordée, pour la première fois, dans l'une des deux affaires dont fut saisie la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire *Frette*. Dans un premier temps, le tribunal administratif de Paris mit en avant la liberté d'adopter et le respect de la vie privée pour annuler un refus d'agrément opposé par le maire de Paris, président du conseil général, à un professeur homosexuel (TA Paris 25 janv. 1995, *Frette*, D. 1995. 647, note F. Boulanger. Mais, en appel, le Conseil d'Etat fixa sa jurisprudence en ce domaine par un arrêt très ferme du 9 octobre 1996 (*Département de Paris c/ Frette*, req. n° 168342, [...]): « Eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines », le requérant « ne présentait pas de garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ». Pourtant, M. *Frette* était décrit par les différents rapports comme « réfléchi, attentif aux autres, constant dans ses amitiés, scrupuleux et altruiste » (concl. Maugué préc.). En faisant référence à ses « conditions de vie », formule euphémistique s'il en est, le juge décidait de rejeter toute demande d'agrément en vue d'adoption présentée par un célibataire, dès lors que son homosexualité était avérée ou au moins qu'il n'avait pas tenté ou pas réussi à la dissimuler auprès des agents du département. Dans ses remarquables conclusions, M^{me} Maugué avait pourtant vu la faille du raisonnement. Depuis la loi du 11 juillet 1966 (art. 343-1 C. civ.) l'aptitude à l'adoption est reconnue aux célibataires sans préciser qu'ils ne doivent pas vivre en couple et *a fortiori*, en couple homosexuel. « Décider dans ces conditions par voie prétorienne qu'un célibataire homosexuel ne présente pas de garanties suffisantes au plan psychologique ou familial pour adopter un enfant revient à introduire une discrimination non voulue expressément par le législateur entre les candidats à l'adoption en fonction de leurs choix de vie privée ». Mais pour M^{me} Maugué, on ne pouvait tirer un quelconque enseignement d'une loi trentenaire : « En ce domaine, il faut se garder de tout anachronisme qui conduirait à interpréter la loi à travers le prisme de l'évolution actuelle des mœurs. Le fait que la loi n'ait pas limité aux seuls célibataires

hétérosexuels la possibilité d'adopter un enfant ne signifie pas que le législateur ait acquiescé à une pratique qui ne se posait pas à l'époque et dont il ne pouvait imaginer qu'elle se développerait un jour » [...].

Dans l'affaire *Frette*, le Conseil d'Etat n'allait pas être contredit par la Cour européenne des droits de l'homme qui, rendant un arrêt par quatre voix contre trois, tint compte « de la grande marge d'appréciation à laisser aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu » (CEDH 26 févr. 2002, *Frette c/ France*, req. n° 36515/97, AJDA 2002. 401, étude I. Poirot-Mazères [...]).

L'affaire M^{lle} Emmanuelle B. dont le jugement commenté du tribunal administratif de Besançon apparaît comme le cinquième épisode au plan juridictionnel et qui dure depuis douze ans, pose au juge administratif de plus redoutables problèmes. A l'appui de son premier refus d'agrément, le président du conseil général du Jura s'était fondé sur deux motifs : l'absence d'image et de référent paternel susceptible de favoriser le développement harmonieux d'un enfant adopté, la place qu'occuperait l'amie de l'adoptante dans la vie de l'enfant. Dans un premier temps, comme il le fit près de dix ans après pour le deuxième refus d'agrément, le tribunal administratif de Besançon avait annulé le refus en estimant que, « bien insérée dans son milieu social », cette institutrice présente des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique (TA Besançon 24 févr. 2000, Dr. adm., mars 2000, p. 14, concl. contraires P. Garde). Mais ce jugement fut infirmé par la cour administrative d'appel de Nancy (21 déc. 2000, *Département du Jura*, req. n° 00NC00375, D. 2001. 1575 note R. Piastra ; [...]). Cet arrêt se fonde de nouveau sur les conditions de vie de l'intéressée pour refuser l'agrément. Il ajoute deux éléments qui auront leur importance par la suite. D'une part, l'autorité administrative peut rechercher si la personne candidate à l'adoption peut offrir dans sa famille ou son entourage une image ou un référent paternel. D'autre part et surtout, il admet que si la personne célibataire, « auteur de la demande, vit une relation stable avec une autre personne, qui sera nécessairement appelée à contribuer à l'accueil de l'enfant », l'administration compétente peut « même dans le cas où cette relation ne se traduit pas par un lien juridique », vérifier que le comportement et la personnalité de ce tiers, appréciés en fonction de considérations objectives, « sont de nature à favoriser un tel accueil ».

Le Conseil d'Etat campait ainsi sur une position très ferme. S'il est logique en effet que l'on s'intéresse à l'entourage de la personne homosexuelle, rechercher dans cet entourage une altérité sexuelle revient inéluctablement à refuser tout agrément en matière d'adoption. C'est cette attitude qu'allait condamner la Cour européenne des droits de l'homme en 2008, grâce à la faille résultant de l'article 343-1 du code civil.

La Cour européenne des droits de l'homme face aux contradictions du droit français

C'est en grande chambre et par dix voix contre sept que la Cour européenne des droits de l'homme a, par un revirement jurisprudentiel, provoqué l'écroulement de la construction jurisprudentielle du Conseil d'Etat dans un arrêt concernant Emmanuelle B. du 22 janvier 2008 (CEDH 22 janv. 2008, req. n° 43546/02, AJDA 2008. 117; RDSS 2008. 380, obs. C. Neirinck; D. 2008. 2038, note P. Hennion-Jacquet). La Cour européenne reconnaît que la Convention européenne des droits de l'homme est muette sur le point de l'adoption par des couples homosexuels mais estime que, dès lors que le droit français reconnaît la possibilité d'adoption par des célibataires, l'agrément ne peut être refusé en se fondant sur l'absence de référent de l'autre sexe dans l'éducation de l'enfant. En effet ce motif a « finalement pour conséquence d'exiger de la requérante qu'elle justifie, dans son entourage proche, de la présence d'un référent de l'autre sexe risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément » (arrêt 73). En revanche, le juge européen admet le sérieux du motif du refus d'agrément suivant lequel la compagne de M^{lle} B. ne se sentait pas engagée par la demande : en effet « rien ne permet d'établir qu'un tel motif serait fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante » (arrêt 78). Cependant, elle retient que « le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision » (arrêt 80). Estimant que les « orientations sexuelles de la requérante n'ont cessé d'être au centre du débat », elle conclut à l'existence d'une discrimination liée à la vie sexuelle de M^{lle} B. et à la violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sans condamner de manière absolue la recherche du référent de l'autre sexe, la Cour

estime que ce critère a pris trop d'importance dans la décision de refus d'agrément ; elle appelle à la vigilance face à un risque fort de discrimination. [...].

Un grand pas vers l'homoparentalité par l'adoption

Bien évidemment, forte de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme et bien qu'elle ait atteint l'âge de quarante-sept ans, Emmanuelle B. a de nouveau tenté sa chance devant le président du conseil général du Jura qui, comme on pouvait s'y attendre a également refusé sa demande d'agrément, tout comme l'avait fait le président du conseil général de l'Ariège, deux ans auparavant, à l'égard de Jean-Christian B. Les deux jugements annulent les refus d'agrément réduisant fortement la marge d'appréciation du président du conseil général. [...]. Retenant la stabilité de la relation qui dure depuis dix-huit ans et sa solidité, le tribunal fait application des critères dégagés par l'article R. 225-4 du code de l'action sociale et des familles pour retenir que les conditions offertes par la requérante sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté. Le juge de Besançon assortit cette annulation d'une injonction de délivrer l'agrément dans les quinze jours et d'une astreinte de 100 € par jour de retard.

C'est un raisonnement très proche qui est retenu par le tribunal administratif de Toulouse dans la deuxième espèce. Pour rejeter la demande d'agrément, le président du conseil général de l'Ariège se fondait sur l'absence de repères différenciés quant au rôle de chacun dans le couple. Il se fondait aussi - transposant maladroitement le principe de précaution - sur le risque pour l'enfant adopté dont les conséquences ne peuvent être anticipées mais qu'il convient de prévenir. Le tribunal accepte, comme y invitait la Cour européenne des droits de l'homme, de vérifier si le comportement et la personnalité du compagnon étaient de nature à favoriser ou non l'accueil d'un enfant. Citant longuement les rapports, il retient leur caractère favorable, ces rapports soulignant que l'enfant pourra trouver dans son entourage des identifications féminines. Quant aux risques allégués, ils ne sont pas corroborés par les pièces du dossier. Ainsi, que le célibataire demandeur soit de sexe masculin ou féminin, dès lors que sa relation homosexuelle s'avère stable et solide, ses « conditions de vie » ne semblent plus pouvoir s'opposer à l'octroi d'un agrément en vue d'une adoption. Le Conseil d'Etat est alors placé dans un grand embarras dont seule une intervention du législateur pourrait venir le tirer.

Une intervention nécessaire et urgente du législateur

Comme on l'a vu, la loi du 11 juillet 1966, en permettant l'adoption par des célibataires, n'a nullement interdit l'adoption par des célibataires homosexuels vivant en couple. Dire qu'elle l'a permis est donc juridiquement exact même si, en pratique, il est plus conforme à la réalité de dire que cette question n'a nullement été envisagée. Il va alors en résulter une profonde inégalité entre les candidats à l'adoption selon leur département de résidence. La plupart des présidents de conseil général n'hésiteront plus désormais à accorder des agréments à des célibataires homosexuels ; ceux qui continueront à refuser devront, au cas où le couple est stable et déterminé, trouver des motifs très précis tenant à une réelle différence d'implication entre les membres du couple ou à des divergences de conceptions quant à l'âge, à la nationalité ou au handicap éventuel de l'enfant à adopter. [...]. Il serait beaucoup plus conforme à la séparation des pouvoirs que le législateur s'empare de la question pour décider de manière claire si cette adoption est possible. Il pourrait alors soit amender l'article 343-1 du code civil en limitant la possibilité d'adoption aux célibataires hétérosexuels ou ne vivant pas en couple, au risque d'encourager la dissimulation, soit au contraire reconnaître la possibilité d'adopter à l'ensemble des personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité, ce qui pourrait inclure les personnes homosexuelles, soit enfin reconnaître le mariage homosexuel, autre manière de régler le problème. [...].

Dans l'immédiat, le juge doit faire preuve d'audace comme vient de le montrer la première chambre civile de la Cour de cassation en acceptant l'*exequatur* d'un jugement d'un tribunal américain reconnaissant le partage de l'autorité parentale entre une personne ayant mis au monde un enfant par insémination artificielle et sa compagne qui avait adopté l'enfant, ce partage ne heurtant pas les principes essentiels du droit français (Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 ; D. 2010, 1787).

Document 12 : Cass. Civ. 1, 19 décembre 2007

**Cour de cassation
chambre civile 1**

Audience publique du mercredi 19 décembre 2007
N° de pourvoi: 06-21369
Publié au bulletin Rejet

M. Bargaue, président
Mme Monéger, conseiller rapporteur
M. Domingo, avocat général
SCP Thouin-Palat, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :
Sur le moyen unique :

Attendu que Mmes Y... et X..., après plusieurs années de vie commune, ont conclu un pacte civil de solidarité le 28 septembre 2000 ; que Mme Y... a donné naissance à un enfant, Baptiste, le 16 décembre 2003, par procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme ; que Mme Y... ayant consenti à l'adoption de son fils, Mme X... a présenté une requête en adoption simple de l'enfant en sollicitant qu'il porte le nom de Y-X... ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Riom, 27 juin 2006) d'avoir rejeté la demande en adoption de Baptiste Y... et par voie de conséquence sa demande relative au nom, alors selon le moyen, qu'il résulte des arrêts rendus par la Cour de cassation les 20 février 2007 et 13 mars 2007 qu'une des deux personnes de même sexe unies par un pacte civil de solidarité n'a d'autre choix, si elle entend adopter simplement l'enfant de son partenaire, que de détruire son foyer et son pacte cependant que son partenaire doit renoncer à élever son propre enfant, dès lors que l'article 365 du code civil, tel qu'interprété par la Cour suprême, s'oppose à ladite adoption si la famille demeure unie en ce qu'il dépouille le parent naturel de l'autorité parentale au profit du seul parent adoptif sans qu'une délégation partielle de cette autorité au parent naturel soit possible, ce qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant, et que, de la seule exception au transfert obligé de l'autorité parentale que le texte susmentionné admet, en faveur des conjoints, sont nécessairement exclues les personnes de même sexe, le mariage étant, selon la loi française, l'union d'une femme et d'un homme ; qu'ainsi, l'article 365 du code civil dicte une solution hors de proportion avec la préservation des intérêts de l'enfant et constitue autant une discrimination à l'encontre des personnes de même sexe vivant en union stable et continue dans les liens d'un pacte civil de solidarité qu'une atteinte à leur vie privée et familiale ; qu'en appliquant néanmoins ce texte pour prononcer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne Mmes X... et Y... aux dépens ; [...]

Document 13 : « Le nouveau PACS est arrivé ! », Hugues Fulchiron, Répertoire du Notariat Defrénois, 15 novembre 2006 (extraits)

LE NOUVEAU PACS EST ARRIVÉ ! (Commentaire de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions) par Hugues FULCHIRON, Doyen de la Faculté de droit de Lyon (Université Jean Moulin - Lyon 3), Directeur du Centre de droit de la famille.

Né en 1999 dans le bruit et la fureur, le PACS vient de faire l'objet d'une réforme tout en douceur, dans la torpeur d'un quasi-consensus. L'intervention du législateur était attendue et généralement souhaitée, tant les malfaçons du texte d'origine étaient évidentes. Mais la loi du 23 juin 2006 ne se contente pas d'amender et de corriger : elle transforme la nature même du PACS. Abandonnant la fiction d'un simple contrat entre deux personnes désireuses d'organiser leur vie commune, elle en fait un véritable statut, sur le modèle des partenariats enregistrés étrangers. Par là-même, le PACS se rapproche un peu plus du mariage. Dans sa version de 1999, le PACS était un objet juridique hybride et paradoxal. Il se définissait comme un contrat (art. 515-1, C. civ.), mais il appartenait, quoi qu'en aient dit ses promoteurs, à l'état des personnes. Il reposait sur la volonté individuelle, mais emportait d'importants effets légaux. Il était censé briser le carcan du droit matrimonial, mais ses effets patrimoniaux, avec ses présomptions d'indivision plus ou moins irrefragables, étaient plus contraignants et souvent plus injustes que ceux du mariage.

Loin des polémiques politiques ou doctrinales, le PACS avait, il est vrai, rencontré un réel succès : 204 055 PACS furent enregistrés entre 1999 et 2005, 60 223 pour la seule année 2005. Mais il est difficile d'analyser précisément ces chiffres. D'une part, le souci de protection de la vie privée - la hantise d'un fichier des homosexuels - avait conduit le législateur à interdire les statistiques relatives au sexe des partenaires : il est donc impossible de faire la part des couples homosexuels et des couples hétérosexuels qui y ont souscrit [...]. Quel que soit le succès réel ou artificiel du PACS, l'incohérence juridique du système imaginé en 1999 ne laissait pas d'inquiéter, avec ses présomptions d'indivision mal maîtrisées, ses règles de fonctionnement lacunaires, sa publicité tronquée et sa liquidation aléatoire. [...] Ce ne sont d'ailleurs pas les dangers potentiels du PACS qui ont déclenché l'intervention du législateur, mais la campagne qui se développait en faveur du mariage homosexuel et de l'homoparentalité. On vit ainsi ceux qui juraient en 1999 que le PACS n'était qu'un simple contrat destiné à organiser la vie de concubins hétérosexuels comme de concubins homosexuels, qui assuraient que le statut ainsi reconnu aux concubins homosexuels était dicté par de simples considérations de justice et d'humanité, qui affirmaient qu'il n'avait aucun lien avec l'état des personnes et moins encore avec la famille, qui rejetaient l'idée de mariage et d'homoparentalité avec des mines effarouchées, oublier tous leurs engagements et réclamer pour les couples homosexuels le mariage et les enfants. A l'inverse, les adversaires les plus farouches de la loi du 15 novembre 1999, ceux-là mêmes qui brandissaient contre lui l'arme de la morale et de l'ordre social, en vantaient soudain les vertus : il n'était question que de réformer afin de faire du PACS un véritable statut alternatif du couple. Pour eux, la réforme du PACS était un contre-feu.

L'opinion publique était prise à parti. On vit ainsi un homme politique, maire de sa commune, célébrer en grandes pompes médiatiques un mariage entre deux hommes et dénoncer les lois injustes qui réservaient le mariage aux couples hétérosexuels. Les droits fondamentaux furent mobilisés : refuser le mariage aux couples homosexuels serait, disait-on, contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. On invoquait les exemples étrangers : après les Pays-Bas et la Belgique, l'Espagne et le Canada avaient ouvert le mariage, parfois la filiation, aux couples de même sexe, en attendant l'Afrique du Sud et certains Etats des Etats-Unis : la France resterait-elle seule en arrière sur les chemins radieux de la modernité ? Pour calmer cette agitation, le Gouvernement décida de réformer. [...] Pour autant, une intervention législative était délicate : elle risquait de raviver les polémiques sur le mariage homosexuel et sur l'homoparentalité. Prudemment, le Gouvernement choisit de passer par la bande. Il saisit l'occasion de la réforme des successions pour faire voter, par voie d'amendement et sans véritable discussion, une refonte complète du PACS. [...].

Le PACS « version 2006 » est profondément différent du brouillon de 1999. Abandonnant la fiction d'un PACS qui ne serait qu'un simple contrat de vie commune, le législateur du 23 juin 2006 crée un véritable « partenariat enregistré » sur le modèle des partenariats enregistrés européens. Conçu comme un « troisième mode de conjugalité », il intègre sans équivoque l'état des personnes : le statut l'emporte sur le contrat, même si ce statut est largement ouvert aux volontés individuelles. Sa dimension personnelle est d'ailleurs renforcée : il emporte désormais engagement de vie commune et obligation d'assistance. Par là-même, le PACS se rapproche un peu plus du mariage, dans sa nature et dans ses effets civils, sociaux et fiscaux. Nouveau paradoxe du PACS, nouvelle contradiction du législateur : en voulant faire du PACS un statut alternatif du couple, il en fait un clone du mariage (1). Techniquement, le régime du PACS est considérablement amélioré, qu'il s'agisse des règles de

publicité (mention du PACS sera désormais portée en marge de l'acte de naissance), des conditions et des modalités de sa dissolution et, surtout, du régime des biens. Le principe d'indivision a fait place à celui de la séparation de biens, qui correspond sans doute mieux aux attentes des parties ; et ceux qu'anime un esprit plus communautaire peuvent opter pour une indivision conventionnelle. Les règles de liquidation ont également été précisées. Mais là encore, le législateur semble avoir pris le mariage comme modèle et les régimes matrimoniaux comme référence. Il est décidément difficile de construire un statut du couple vraiment original ! (II).

I. LA TRANSFORMATION DE LA NATURE DU PACS : DU CONTRAT AU STATUT

Le nouveau régime du PACS lui fait perdre le caractère original que le législateur de 1999 lui avait donné pour le meilleur et, surtout, pour le pire : le passage du contrat au statut était le prix à payer pour acquérir plus de consistance et plus de cohérence juridique. Devenu un véritable statut du couple, le PACS se rapproche du mariage (A). Par là-même, la loi du 23 juin 2006 contribue à l'émergence d'un droit commun des couples (B).

A. Le PACS : un statut du couple

Le PACS intègre l'état des personnes. Au nom de la sécurité juridique, mention en sera désormais portée en marge de l'acte de naissance. Le souci de sécurité a également conduit le législateur à normaliser ses conditions de formation et de dissolution.

1. L'intégration dans l'état des personnes

a. Inscription du PACS en marge de l'acte de naissance

Soucieux d'éviter toute confusion entre PACS et mariage, le législateur de 1999 l'avait maintenu à l'écart des actes de l'état civil : le PACS ne relève pas de l'état des personnes, il ne figure donc pas parmi les actes de l'état civil. Pour garantir ce cloisonnement, avait été imaginé un système parallèle de publicité confié aux greffes des tribunaux d'instance. [...] La loi du 23 juin 2006 a mis fin à la fiction d'un PACS qui ne concernerait en rien l'état des personnes. Les registres du PACS tenus au greffe du tribunal d'instance demeurent : le PACS n'est pas un acte de l'état civil. Mais sa publicité utilise le support des actes de l'état civil : mention en est portée en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire (art. 515-3-1 nouv., C. civ.). En pratique, la modification est heureuse : elle simplifie les formalités et assure l'information des tiers. Mais, symboliquement, elle rapproche le PACS du mariage : PACS et mariage sont deux statuts du couple qui constituent l'un et l'autre l'état de la personne et figurent en tant que tels en marge de l'acte de naissance. [...].

b. Inscription du nom du partenaire en marge de l'acte de naissance

Le nom du partenaire doit-il figurer en marge de l'acte de naissance ? Pour le mariage, la question ne soulève pas de difficulté : le mariage est un engagement pris par les époux devant la société ; que le nom du conjoint apparaisse dans l'acte de naissance relève de l'évidence. Il n'en va pas de même pour le PACS : celui-ci, n'est qu'un acte privé ; surtout, le nom du partenaire permet de déterminer l'orientation sexuelle des intéressés. L'Assemblée nationale avait rejeté une telle mention au nom du respect de la vie privée. Le Sénat l'imposa au nom de la sécurité juridique des tiers, notamment des créanciers.

De fait, le PACS ouvre des droits de plus en plus importants au profit des partenaires ; il crée un statut qui s'impose aux tiers ; il ouvre au profit de ces derniers une solidarité pour les dettes de la vie courante. Or, dans le système mis en place en 1999, le souci de protéger la vie privée avait conduit le législateur à mettre en place un système de filtres qui rendait extrêmement difficile la connaissance de l'identité du partenaire, ce qui réduisait singulièrement l'avantage dont jouissaient les tiers. Certes, chacun a droit au respect de sa vie privée, mais en contractant un PACS, les partenaires consacrent socialement leur relation, avec les droits et les devoirs attachés à leur nouveau statut. N'est-il pas paradoxal de vouloir, d'un côté, bénéficier d'un statut légal, avec ses avantages civils, fiscaux, sociaux etc. et, de l'autre, cacher sa situation au nom du respect de la vie privée ? Après tout, chacun est libre de se passer ou non.

Plus peut-être que la mention du PACS en marge de l'acte de naissance, la mention du nom du partenaire rapproche le PACS du mariage. [...].

B. L'émergence d'un droit commun du couple

Érigé en nouveau mode de conjugalité, le PACS ne pouvait que se rapprocher du mariage. Il acquiert une plus grande densité personnelle ; la solidarité dans le couple est renforcée.

1. Le renforcement des effets personnels

Le PACS ne crée pas de lien de famille en général, ni de lien d'alliance en particulier. Entre chaque partenaire et la famille de l'autre, il n'existe aucun lien de nature juridique. Entre les partenaires, le PACS crée, quoi qu'on en

ait dit, un lien personnel, original, qui ne se confond pas avec le lien matrimonial, mais qui n'est pas un simple lien contractuel à finalité patrimoniale. Que la loi attache au PACS des effets avant tout patrimoniaux n'y change rien. Les concubins partenaires forment un couple déclaré. La loi du 23 juin 2006 a levé sur ce point toute ambiguïté, en intégrant le PACS dans l'état des personnes et en renforçant ses effets personnels. Le nouvel article 515-4 du Code civil dispose : « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques ». Vie commune, assistance, aide matérielle : le PACS se rapproche un peu plus du mariage. Ne manque que la fidélité.

- **Vie commune.** - Il n'a jamais fait de doute que le PACS suppose une vie commune : son objet même, selon l'article 515-1 du Code civil, est d'organiser cette vie commune. Dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs souligné que l'engagement pris ne se réduisait pas « à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes », mais qu'il supposait « outre une résidence commune, une vie de couple ». Pour autant, la vie commune n'apparaissait pas au titre des effets légaux du PACS (cf. art. 513-4 anc., C. civ.) : on en déduisait que si le PACS suppose une vie commune, donc, le plus souvent, une cohabitation, les partenaires n'en sont nullement tenus : comme on l'a écrit, il s'agit là d'un postulat, non d'un devoir. Il n'en va plus de même aujourd'hui : le nouvel article 515-4 du Code civil affirme que les partenaires « s'engagent à une vie commune ». [...].

Plus prosaïquement, l'exigence renforcée de cohabitation facilitera la chasse aux PACS blancs. L'absence de cohabitation révèle bien souvent le caractère fictif du mariage ; il en va de même pour le PACS. Les concubins homosexuels et surtout hétérosexuels qui n'useraient du PACS que pour obtenir tel ou tel avantage social, fiscal ou administratif, risquent d'être pris à leur propre piège [...].

- **Assistance.** - L'ancien article 515-4 du Code civil ne parlait que « d'aide mutuelle et matérielle », soit une obligation avant tout patrimoniale. Le nouveau texte affirme que les partenaires s'engagent « à une aide matérielle et une assistance réciproques ». L'idée d'assistance, à la fois personnelle et matérielle, renvoie là encore aux règles du mariage. Comme les époux, les partenaires devront donc s'épauler pour assumer le poids de la vie.

- **Fidélité ?** - Il est, en revanche, une obligation que le législateur de 2006 n'a pas introduit dans le PACS : la fidélité. Certains verront là un ultime hommage rendu au mariage : par le mariage seulement, deux êtres consentent un don complet de l'un à l'autre ; dans un monde obsédé par la sexualité, le PACS ne propose qu'un engagement relatif. D'autres souligneront que l'obligation de fidélité dans le mariage est de plus en plus contestée... et juridiquement malmenée : le PACS préfigurerait-il l'évolution du droit du couple ?

Pour autant, il n'est pas interdit aux partenaires d'être fidèles. Mais il ne peut s'agir que d'un engagement moral que les intéressés sont libres de prendre ou de ne pas prendre l'un envers l'autre. En toute hypothèse, le fait de ne pas être fidèle ne constitue pas en soi une faute. Tout au plus, les circonstances pourraient-elles conduire le juge à mettre en oeuvre la responsabilité d'un partenaire sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. On s'est demandé si les partenaires pourraient, dans leur convention, inclure une telle obligation, avec mise en jeu de la responsabilité contractuelle et, éventuellement, clause pénale. Mais l'objet d'une telle clause, id est : l'exclusivité des relations sexuelles, n'est pas dans le commerce. Seul le mariage peut créer une telle obligation.

2. Solidarité dans le couple

La vie en couple entraîne, au quotidien, une certaine solidarité, au sens large, dans les relations entre partenaires et, dans un sens technique, dans les rapports entre les partenaires et les tiers. Là encore, le PACS version 2006 n'a pas résisté à l'attraction du mariage : le « régime primaire » du PACS s'aligne sur le régime matrimonial primaire. La solidarité s'exprime également à la dissolution de l'union. Le législateur a donné au partenaire certains droits réservés jusque-là au conjoint, sans pour autant faire du partenaire un héritier.

a. L'alignement sur le régime primaire

- **Aide et assistance.** - Selon le nouvel article 515-4 du Code civil, « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives ». Comme dans le mariage, l'assistance a une dimension personnelle, même si elle peut se traduire matériellement : prise en charge des soins à apporter au partenaire, collaboration (minimum) au travail de l'autre, partage du poids de la vie commune.

L'aide matérielle réciproque permet de faire face aux besoins de la vie du couple. Le texte résonne comme un écho de l'article 214 du Code civil, bien que l'expression « aide matérielle réciproque » soit plus floue que celle de « contribution aux charges du mariage ». Comme pour cette dernière, il appartient aux partenaires d'en définir les modalités dans leur convention ; à défaut, elle est « proportionnelle à leurs facultés respectives ». La formule

est copiée sur les règles du mariage : sans doute pourra-t-on transposer la jurisprudence suscitée par celles-ci. L'obligation est d'ordre public. [...].

- **Solidarité pour les dettes de la vie courante.** - Selon l'article 515-4 du Code civil : « Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dettes manifestement excessives ». La règle fait écho à l'article 220 du Code civil. La loi du 23 juin 2006 l'a amélioré sur deux points : elle en a précisé le domaine et, surtout, elle en a facilité la mise en oeuvre.

Le fonds de dettes solidaires est à peu près le même dans le mariage et dans le PACS, tant il est vrai que la vie à deux donne naissance aux mêmes types de besoins. Dans sa rédaction initiale, l'article 515-4 du Code civil soumettait cependant à la solidarité les « dettes contractées pour les dépenses relatives au logement commun ». La formule avait suscité de nombreuses interrogations : s'agissait-il des seules dépenses « ménagères » (loyers, assurances, entretien, impôts locaux etc.) ou devait-on étendre le texte à toutes les dépenses engagées pour permettre au couple de disposer du logement, notamment les mensualités d'un emprunt qui aurait été contracté par un des partenaires ? Le bon sens plaide en faveur d'une interprétation restrictive. Sagement, cette mention a été supprimée en 2006 : ne sont plus concernées que les dettes ménagères relatives au logement du couple.

Curieusement, le législateur de 1999 n'avait pas repris les restrictions inscrites à l'article 220, alinéa 3, du Code civil : entre époux, la solidarité ne joue pas pour les dettes « manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou à la mauvaise foi du tiers », ni pour les dettes contractées par un seul en cas d'achat à tempérament ou d'emprunt, à moins que celui-ci ne porte sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante (art. 220, al. 3, in fine, C. civ.). Seule consolation pour le partenaire victime de la prodigalité de l'autre, le Conseil constitutionnel lui réservait le droit d'agir contre ce dernier en responsabilité civile. Mais encore fallait-il qu'il fût solvable. La loi du 23 juin 2006 a partiellement corrigé cette anomalie : la solidarité ne joue plus pour les dettes manifestement excessives. Le nouvel article 515-4 ne mentionne pas les éléments d'appréciation visés à l'article 220, mais il est probable que la jurisprudence procédera à leur transposition en cas de litige. En revanche, la restriction visant les emprunts et achats à tempérament n'a pas été reprise. Le partenaire consommateur serait-il moins bien protégé que le conjoint consommateur ? [...].

b. L'octroi de droits successoraux a minima

Le législateur du 23 juin 2006 a, là encore, rapproché le PACS du mariage en étendant au partenaire survivant certains droits offerts au conjoint survivant, sans pour autant assimiler les deux statuts.

- **Droits sur le logement.** - L'article 515-6, alinéa 2, du Code civil, accorde au partenaire survivant le bénéfice des dispositions de l'article 831-3 du même code (réd. loi du 23 juin 2006) : pour le partenaire survivant, l'attribution préférentielle de la propriété du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il y a sa résidence à l'époque du décès, ainsi que de la propriété du mobilier qui le garnit, est de droit. Surtout, en vertu de l'article 515-6, alinéa 3, du Code civil, « lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès d'un des partenaires, le survivant peut se prévaloir des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 763 » : si, à l'époque du décès, le partenaire successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant au couple ou dépendant totalement de la succession, « il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit ». [...]

- **Absence de droits ab intestat.** - Le statut du partenaire survivant se rapproche donc de celui du conjoint survivant. Il lui manque cependant une prérogative essentielle : le partenaire n'est pas un héritier. Certains l'auraient souhaité. Le législateur de 2006 s'y est refusé. N'ont été étendus au PACS que les dispositions « humanitaires » qui relèvent de ce que certains ont qualifié de « régime matrimonial primaire à cause de mort ». Le mariage conserve donc in extremis, si l'on ose dire, ses privilèges : Vivons Pacsés, mourons mariés ! Le mariage est un engagement à la vie, à la mort. Rien de tel pour le PACS. D'ailleurs, ce dernier n'est-il pas un régime de liberté ? Aux partenaires de s'organiser dans leur convention ou dans leur testament. [...].

L'influence du mariage sur le PACS se manifeste avec encore plus d'éclat lorsque l'on examine le régime des biens : le législateur de 2006 l'a reconstruit sur le modèle (inversé) des régimes matrimoniaux. [...].

Le « PACS-II » est assurément plus cohérent que le « PACS-I ». Des zones d'ombre demeurent cependant, notamment dans le régime des biens : la copie des règles de la séparation de biens est loin d'être parfaite et l'utilisation de l'indivision comme substitut de la communauté reste problématique. Devenu un partenariat enregistré, le PACS se rapproche un peu plus du mariage. La question de l'ouverture du mariage lui-même aux couples homosexuels est-elle pour autant résolue ? Rien n'est moins sûr. Mariage homosexuel et homoparentalité pourraient bien devenir un des grands débats politiques de demain.

Document 14 : « La réception de l'homoparentalité en droit européen », A. Pélissier, AJ Famille 2006, p. 406

AJ Famille 2006 p. 406 - **La réception de l'homoparentalité en droit européen**
Anne Pélissier, Agrégée des facultés de droit, Professeur à l'Université d'Avignon

1. En marge de la progression fulgurante de la réception de l'homosexualité dans les droits internes des pays européens (V. F. Granet, AJ famille 2006, p. 409) la position du droit européen de la famille se situe en retrait. Il ne sera pas dit, bien sûr, que le droit européen est insensible à la cause homosexuelle. Au contraire, on constatera que, depuis un demi-siècle, il est passé d'une tolérance mesurée de l'homosexualité à une protection organisée. Alors que, jusqu'en 1977, la Commission européenne des droits de l'homme admettait la sanction pénale de l'homosexualité au nom de la protection de la santé et de la morale, il est vite apparu incohérent de proclamer, d'un côté, le droit au respect de la vie privée et de condamner, d'un autre, des actes privés entre adultes consentants. Cette logique a tout d'abord conduit à la condamnation des législations pénales prohibant l'homosexualité avant que l'absence d'incrimination pénale des actes homosexuels entre adultes consentants ne soit érigée comme condition de l'adhésion des nouveaux Etats dans le Conseil de l'Europe. On a ensuite sanctionné les ingérences de l'autorité publique dans la vie privée des personnes homosexuelles et, enfin, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

2. La protection de l'homosexualité en droit européen n'est donc pas contestable. Elle reste, néanmoins, contenue dans certaines frontières. Les fondements retenus pour motiver les décisions organisant cette protection sont, à cet égard, significatifs. Si le fer de lance des revendications homosexuelles est l'article 8 de la Convention, les droits que cette disposition consacre n'ont pas paru tous également applicables aux homosexuels. La prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle d'un individu a ainsi trouvé un fondement dans la combinaison de l'article 14 avec le droit au respect de la vie privée et, plus récemment, avec le droit au domicile. Il y a, cependant, à ce jour, des terres que la cause homosexuelle n'a jamais été autorisée à fouler : celles du droit au respect de la vie familiale. La raison en est simple. Tant qu'il ne s'agit que de considérer les droits d'un individu, la réception de l'homosexualité a une influence limitée à la personne ; on protège ses choix sexuels au même titre que ses choix religieux. Mais, dès que l'on se place sur le terrain de la famille, l'homosexualité bouscule l'ensemble des cadres traditionnels. Au-delà de la simple satisfaction de la personne, sa réception imposerait la redéfinition de la notion de couple et de son statut, ce qui ne pourrait être sans conséquences sur la situation des enfants et donc sur l'ensemble de la vie familiale...

3. Par définition, l'homoparentalité porte la question de l'homosexualité sur le terrain de la vie familiale. La question de savoir si le Droit doit admettre des liens d'autorité ou de filiation entre la personne homosexuelle ou le couple homosexuel et un enfant met à l'épreuve la conception de la famille et, plus précisément, en droit européen, la notion de vie familiale. La vie familiale, protégée par l'article 8 de la Convention EDH, a fait l'objet d'une interprétation éminemment dynamique de la Cour. Initialement conçue pour faire respecter le droit de chacun à sa famille, elle est devenue le prétexte à l'élaboration d'un véritable droit supranational de la famille. Parmi les principes dirigeant la construction de ce droit, deux sont particulièrement éclairants dans l'étude de l'homoparentalité. D'une part, le droit européen de la famille est un droit pédocentrique, comme a pu le qualifier le professeur Dekeuwer-Défossez. Alors même que la Convention n'évoque l'intérêt de l'enfant dans aucune de ses dispositions, la notion-cadre est au centre de l'élaboration des nouvelles normes. Dès lors, la question de l'homoparentalité impose d'envisager la conciliation entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt des individus d'avoir un enfant en dépit de leur homosexualité. La convergence de ces intérêts est la clé de la réception de l'homoparentalité en droit européen de la famille. D'autre part, le droit européen de la famille est un droit fondé sur l'effectivité des relations familiales. La vie familiale protège les liens de parenté ou leur simple apparence, à condition qu'ils soient effectifs. C'est sans doute à travers la conciliation de ces deux principes directeurs que le droit européen de la famille trouvera une réponse équilibrée à la question de l'homoparentalité. En effet, l'intérêt de l'enfant, c'est notamment son intégration juridique dans sa cellule familiale, ce qui suppose que cette cellule préexiste. On retombe alors sur l'exigence d'un critère d'effectivité. L'intérêt de l'enfant, c'est d'être maintenu dans une cellule familiale où il s'épanouit, mais ce n'est pas forcément d'être projeté dans une cellule familiale avec laquelle il n'a aucun lien.

L'application de ce raisonnement à la question de l'homoparentalité permet aux juges européens d'adopter une position objective, indépendante des choix sexuels des individus. Lorsqu'il s'agit d'envisager la relation de parenté ou d'autorité d'un enfant à l'égard d'une personne homosexuelle, le droit européen se fait le garant de la conservation des liens effectifs (1^{re} partie) mais il reste réticent à admettre la simple création d'un lien (2^e partie).

LA CONSERVATION DU LIEN. Le principe d'effectivité impose le respect du lien biologique entre l'enfant et une personne homosexuelle et devrait également s'interpréter en faveur de la conservation d'un lien sociologique.

Le lien biologique doit être préservé sans considération de l'homosexualité de l'un des parents. Lorsqu'un enfant est issu d'une précédente union, par hypothèse hétérosexuelle, « la vie familiale doit se poursuivre sous la forme du couple parental ». Ainsi, au sein du couple parental, l'homosexualité ne doit pas constituer un critère de discrimination pour trancher les litiges relatifs aux droits parentaux comme la Cour EDH a pu l'affirmer dans l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, du 21 décembre 1999. Mais des hypothèses plus complexes se trouvent parfois à l'origine du lien biologique. C'est notamment le cas, lorsque des femmes homosexuelles recourent aux procréations médicalement assistées.

La révélation de l'homosexualité de la mère ne doit avoir aucune influence sur cette filiation biologique et cela, même si la procréation assistée a été obtenue en fraude des conditions posées par le droit interne. On peut d'ailleurs remarquer que le droit français ne prévoit aucune remise en cause de cette filiation en cas de violation des conditions posées par le code de la santé publique. Il se satisfait volontiers de la consolidation de ces situations illicites dans l'intérêt de l'enfant. Et la solution, valable pour la maternité, doit l'être pour la paternité issue d'une procréation médicalement assistée, lorsqu'un homme homosexuel a pu y recourir en feignant, avec la complicité d'une femme, d'être engagé dans les liens d'un couple hétérosexuel. Cette situation scabreuse va conduire à la naissance d'un couple parental sans qu'aucune vie de couple n'ait préexisté. Si elle est surprenante, la solution n'en est pas moins conforme à l'intérêt de l'enfant. Une fois né de la procréation artificielle, on voit mal ce qui pourrait justifier de rompre le lien entre cet enfant et ceux qui sont à l'origine de sa venue au monde.

En tout état de cause, l'homosexualité de l'un des « concepteurs » ou des deux ne semble pas pouvoir être un motif légitime pour altérer ces relations. Le lien biologique, quelle que soit son origine, entre l'enfant et son parent homosexuel est donc préservé ; toutefois, l'homosexualité peut être à l'origine d'un autre lien, uniquement affectif, cette fois, avec le partenaire homosexuel.

Le lien sociologique peut découler de la relation homosexuelle que le parent est susceptible d'entretenir. La mesure de la difficulté à résoudre se comprend aisément lorsque l'on considère un couple de femmes dont l'une a eu recours à une procréation médicalement assistée et les deux ont, ensuite, assumé ensemble l'éducation de l'enfant. Le lien de fait entre l'enfant et la partenaire de la mère, qui n'est qu'affectif, doit-il recevoir une consécration légale ? Cette homoparentalité au sens strict, puisqu'il n'y a pas ici de parenté avec le partenaire mais simplement une fonction d'éducation remplie par un adulte à l'égard de l'enfant -elle être protégée ? Un raisonnement par analogie avec la solution rendue à l'égard d'un partenaire transsexuel dans l'affaire *X, Y, Z c/ Royaume-Uni*, du 22 avril 1997, peut nous fournir des éléments de réponse. En l'espèce, en dépit de la configuration particulière de la relation entre la mère biologique, son partenaire transsexuel et l'enfant conçu par insémination artificielle avec donneur, la Cour considère que la vie familiale est caractérisée dans la mesure où « des liens familiaux *de facto* unissent les trois requérants ». Toutefois, ces liens n'ont pas paru suffisants pour obliger un Etat à « reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique ».

Dans le couple homosexuel, le problème se pose dans des termes similaires. Lorsque la partenaire homosexuelle de la mère élève l'enfant depuis sa naissance, on ne peut nier l'existence de liens familiaux *de facto*. Or, si ces liens ne sont certainement pas suffisants pour imposer la création d'un lien de filiation, ils le sont peut-être pour être maintenus. Car, à côté de la filiation, il y a d'autres techniques permettant de donner une existence légale à une relation éducative de fait. C'est la voie dans laquelle vient de s'engager la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 février 2006 en admettant le jeu d'une délégation partielle d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel avec partage de l'exercice de cette autorité, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (V. J. Sainte-Rose, *supra*). Ainsi, le partenaire homosexuel « est, pour la satisfaction des besoins d'éducation de l'enfant, mis partiellement ou totalement, sur le même pied que le parent, mais il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas un parent, au sens où aucune insertion dans la parenté n'a lieu ».

On objectera, peut-être, que la Commission a déjà eu l'occasion de refuser l'attribution de l'autorité parentale sur le fils de sa compagne à une femme homosexuelle. Toutefois, il n'est pas certain que la considération de l'intérêt de l'enfant à maintenir des liens affectifs avec un proche, en dépit de toute référence à l'homosexualité de ce dernier, ne puisse porter la Cour vers une solution différente. Il ne s'agirait pas, en effet, de reconnaître une existence au couple homosexuel, en tant que fondateur d'une cellule familiale, ce que la Cour s'est pour l'instant toujours refusée à admettre, mais simplement de protéger, dans l'intérêt de l'enfant, l'effectivité d'un lien interindividuel entre l'enfant et l'adulte qui assume une part de son éducation. Si l'exigence d'effectivité est bien l'élément moteur de la construction du droit européen de la famille, le juge européen devrait œuvrer au maintien des relations

affectives nouées par l'enfant avec son parent biologique ou avec un proche, indépendamment de son homosexualité. Mais cette même exigence devrait représenter la limite de la réception de l'homoparentalité en droit européen car, *a contrario*, si l'effectivité fait défaut, les arguments tendant à justifier la création d'un lien de filiation au profit d'une personne homosexuelle deviennent plus discutables.

LA CREATION DU LIEN. La création d'une relation juridique entre un enfant et une personne homosexuelle renvoie, inévitablement, à l'institution de l'adoption. Les conditions de la reconnaissance de l'adoption par des personnes homosexuelles ne semblent pas, pour l'instant, réunies en droit européen de la famille même si des facteurs d'évolution sont à considérer.

Le rejet de l'adoption par des homosexuels peut être déduit de l'arrêt *Fretté c/ France*, du 26 février 2002, même si les juges de Strasbourg apportent à la question de l'adoption plénière d'un enfant par un célibataire homosexuel une réponse embarrassée. Ils ne semblent vouloir porter le débat ni sur le terrain de la vie familiale, ni sur celui de la vie privée et identifient pourtant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle consistant dans le refus systématique de l'administration française de délivrer l'agrément à l'adoption en cas d'homosexualité. Toutefois, observant qu'il n'y a pas de communauté de vue sur cette question dans les Etats parties, les juges estiment qu'il faut laisser une marge d'appréciation à ces Etats afin qu'ils puissent juger de la pertinence d'une différence de traitement à l'égard des personnes homosexuelles. Cette décision a permis d'admettre l'idée que la précaution à l'égard de l'enfant devait l'emporter sur la différence de traitement subie par le requérant homosexuel. C'est donc la considération de l'intérêt de l'enfant qui dicte le rejet de l'adoption par une personne homosexuelle. Vainement les personnes homosexuelles invoqueront-elles un droit à adopter, les fondements de l'institution de l'adoption imposent de le rejeter. L'objectif de l'adoption est d'offrir une famille à un enfant qui en est dépourvu et non de donner un enfant à une personne qui le réclame. L'individu ne peut donc se prévaloir, comme le confirme la Commission, d'un droit à adopter. Toutefois, il n'est pas certain que cette position, empreinte de mesure et de sagesse, ne soit pas destinée à évoluer.

Les facteurs d'évolution sont perceptibles dans les droits internes des Etats parties à la Convention (V. le panorama de F. Granet, *infra*). A ce jour, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède, la Belgique et le Royaume-Uni ont ouvert l'adoption conjointe aux couples homosexuels et d'autres pays, comme le Danemark, autorisent l'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel ou le partage de l'autorité parentale à son égard. Or, à partir du moment où un pays rompt « la communauté juridique internationale relative » à la parenté homosexuelle, le droit européen comme les droits internes vont inévitablement s'en trouver perturbés. La démonstration du professeur Fulchiron à l'égard du mariage homosexuel est aisément transposable à la question de l'homoparentalité. La Cour EDH pourra-t-elle refuser de se placer sur le terrain de la vie familiale lorsqu'un couple d'homosexuels espagnols parents d'un enfant adopté viendra lui réclamer les garanties de l'article 8 de la Convention ? Comment la Cour de justice des Communautés européennes interprétera-t-elle le règlement Bruxelles II *bis* relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, lorsque des parents homosexuels seront à l'origine du recours en interprétation ? Enfin, comment les juges nationaux réagiront-ils lorsqu'une relation parentale homosexuelle présentant un élément d'extranéité leur sera soumise ? Le juge de Strasbourg acceptera-t-il de se laisser aliéner par le jeu d'une interprétation consensuelle ? Le juge de Luxembourg saura-t-il s'affranchir totalement des positions prises dans les Etats membres dans la construction de ses notions autonomes ? Au-delà de la seule question de l'homoparentalité, c'est le débat de la production de la norme européenne du droit de la famille qui est en jeu. S'agit-il d'une norme déduite du droit interne des Etats européens, une norme servile, ou bel et bien d'un droit supranational de la famille élaboré discrétionnairement par les juges européens, une norme conquérante ?

Nous appelons de nos vœux que cette norme soit conquérante car alors, et contre toute attente, le droit européen de la famille pourrait bien constituer le seul rempart contre l'explosion des modèles traditionnels du droit de la famille.

Document 15: Conseil Constitutionnel, décision n° 99-419 D.C du 9 novembre 1999 : loi relative au pacte civil de solidarité (extraits)

Le Conseil constitutionnel :

Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance no 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;
Vu l'ordonnance no 59-2 du 2 janvier 1959 modifiée portant loi organique relative aux lois de finances ;
Vu la loi no 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi no 86-1290 du 23 décembre 1986 ;
Vu le Code civil ;
Vu le Code général des impôts ;
Vu le Code de la sécurité sociale ;
Vu le Code de la santé publique ;
Vu les observations du gouvernement enregistrées le 25 octobre 1999 ;
Vu le mémoire présenté par M. Goasguen, député, enregistré le 4 novembre 1999 ;
Le rapporteur ayant été entendu ;

Considérant que les députés et les sénateurs auteurs respectivement de la première et de la seconde saisine, défèrent au **Conseil constitutionnel** la loi relative au pacte civil de solidarité ; [...].

Sur les griefs tirés de la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence :

Considérant que les députés auteurs de la première saisine et les sénateurs auteurs de la seconde saisine [...] font [...] valoir que l'article 515-1 nouveau du Code civil, introduit par l'article 1er de la loi déferée, **ne précise pas le contenu de la notion de vie commune** que le pacte civil de solidarité a vocation à organiser ; que n'est pas davantage précisé le statut civil des signataires d'un tel pacte ; que ne sont pas non plus déterminées « les règles applicables en matière de parentalité et notamment de paternité en cas d'enfants », ni celles régissant la procréation médicalement assistée ; qu'ils soutiennent que l'article 515-4 nouveau du Code civil, introduit par le même article 1er, ne prévoit ni la nature ni l'étendue de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires liés par un pacte civil de solidarité doivent s'apporter, le contenu de cette aide étant, selon eux, purement et simplement renvoyé au contrat conclu entre les partenaires, sans qu'aucun contrôle juridictionnel préalable dudit contrat ne soit prévu ; qu'en outre, les conditions de formation et d'extinction du pacte civil de solidarité ne garantiraient, à défaut de toute précision relative à sa publicité, ni les droits du partenaire auquel la rupture serait imposée, ni les droits des tiers ; que le législateur aurait également méconnu sa compétence en laissant subsister, faute de dispositions relatives au contenu du contrat, de nombreuses incertitudes, notamment quant aux types de clauses patrimoniales ou non patrimoniales qui pourraient y être incluses ; qu'ils font également valoir que la loi ne définit pas le type de clauses contractuelles susceptibles de régir la rupture du pacte ; qu'elle reste silencieuse sur « le caractère simple ou irréfragable de la présomption d'indivision ouverte par l'article 515-5 du Code civil » introduit par l'article 1er de la loi ; qu'au surplus, le législateur n'aurait prévu « aucune réserve de protection d'un partenaire contre les éventuels excès de l'autre », alors qu'il a posé la règle de la solidarité des partenaires à l'égard des tiers pour certaines dettes ; qu'il est également soutenu qu'il incombait au législateur de fixer une limite au nombre de pactes civils de solidarité pouvant être successivement souscrits par une même personne, ainsi que le délai devant être respecté entre la fin d'un pacte et la conclusion du pacte suivant ; qu'enfin, l'article 1er de la loi déferée aurait dû préciser si les différentes dispositions qu'il introduit dans le Code civil ont ou non un caractère d'ordre public [...].

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 515-1 nouveau du Code civil : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune » ; que l'article 515-2 nouveau du Code civil interdit, à peine de nullité, la conclusion de ce contrat entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus, entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage et entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité ; [...].

nouveau du Code civil, s'apportent une aide mutuelle et matérielle et sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun ; qu'enfin, la loi déferée comporte des dispositions favorisant le rapprochement géographique de deux personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, éclairées par les débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées, **que la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes** ; que la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, **une vie de couple**, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ; qu'en conséquence, sans définir expressément le contenu de la notion de vie commune, le législateur en a déterminé les composantes essentielles ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'eu égard à la nature des empêchements édictés par l'article 515-2 du Code civil, justifiés notamment par les mêmes motifs que ceux qui font obstacle au mariage, la nullité prévue par cette disposition ne peut être qu'absolue ; [...]

Considérant, en quatrième lieu, que, limitée à l'objet ainsi voulu et défini par le législateur, la loi soumise à l'examen du **Conseil constitutionnel est sans incidence sur les autres titres du livre Ier du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale**, [...]; qu'en particulier, la conclusion d'un pacte civil de solidarité ne donne lieu à l'établissement d'aucun acte d'état civil, l'état civil des personnes qui le concluent ne subissant aucune modification ; que la loi n'a pas davantage d'effet sur la mise en oeuvre des dispositions législatives relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme ; qu'enfin, en instaurant un contrat nouveau ayant pour finalité l'organisation de la vie commune des contractants, le législateur n'était pas tenu de modifier la législation régissant ces différentes matières [...]

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sous les réserves ci-dessus énoncées, doivent être rejetés les griefs tirés de ce que le législateur serait resté en deçà de sa compétence. [...]

Sur le grief tiré d'une « atteinte au mariage républicain » :

Considérant que, si les députés auteurs de la première saisine soutiennent que la loi méconnaît les règles du « mariage civil et républicain » en « instituant une nouvelle communauté de vie », les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles relatives au mariage ; qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation de ces règles manque en fait ;
Sur le grief tiré d'une atteinte aux « principes fondamentaux du droit des contrats » :

Considérant que les députés et les sénateurs requérants font grief à l'article 515-7 nouveau du Code civil de porter atteinte au « principe d'immutabilité des contrats » en permettant une rupture unilatérale du pacte civil de solidarité sans qu'aucune cause ne soit invoquée ;

Considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ;
Considérant que ne sont pas contraires aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés les dispositions de l'article 515-7 nouveau du Code civil qui permettent la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité, la prise d'effet de celle-ci intervenant, en dehors de l'hypothèse du mariage, trois mois après l'accomplissement des formalités exigées par le législateur, et qui, dans tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage, réservent le droit du partenaire à réparation ; que toute

clause du pacte interdisant l'exercice de ce droit devra être réputée non écrite ; que la cessation du pacte à la date du mariage de l'un des partenaires met en oeuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté du mariage ;
Considérant que, sous cette réserve, le grief tiré d'une atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats doit être écarté. [...].

Sur le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée :

Considérant que les députés et les sénateurs requérants soutiennent que l'enregistrement du pacte civil de solidarité au greffe du tribunal d'instance et la possibilité ainsi offerte aux tiers de connaître son existence « portent atteinte à la vie sexuelle des individus, qui est au coeur du principe du respect de la vie privée » ; que les dispositions de l'article 515-3 du Code civil seraient en conséquence contraires à la Constitution ;
Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ;
Considérant que le texte critiqué prévoit des règles d'enregistrement des pactes civils de solidarité qui ont une double finalité ; que, d'une part, elles visent à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes, au nombre desquelles figure, en particulier, la prohibition de l'inceste ; que, d'autre part, elles tendent à conférer date certaine au pacte civil de solidarité pour le rendre opposable aux tiers, dont il appartient au législateur, comme cela a été dit précédemment, de sauvegarder les droits ; que l'enregistrement n'a pas pour objet de révéler les préférences sexuelles des personnes liées par le pacte ; [...].

Sur les griefs tirés de la méconnaissance des dispositions du préambule de la constitution de 1946 relatives à la protection de l'enfant et de la famille :

Considérant que les députés et les sénateurs requérants soutiennent qu'en se limitant à appréhender la situation de deux personnes qui veulent organiser leur vie commune et en faisant silence sur la situation des enfants qu'elles pourraient avoir ou qui pourraient vivre auprès d'elles, le législateur a porté atteinte aux dispositions des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ;
Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; qu'à ceux du onzième alinéa : « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs... » ;

Considérant qu'il était loisible au législateur d'instaurer le pacte civil de solidarité sans pour autant réformer la législation relative au droit de la filiation, ni celle portant sur la condition juridique du mineur ; que les règles existantes du droit de la filiation et les dispositions assurant la protection des droits de l'enfant, au nombre desquelles figurent celles relatives aux droits et devoirs des parents au titre de l'autorité parentale, s'appliquent, comme il a été précédemment indiqué, aux enfants dont la filiation serait établie à l'égard de personnes liées par un pacte civil de solidarité ou de l'un seulement des partenaires d'un tel pacte ; [...].

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de la violation des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 doivent être rejetés. [...].
Décide :

Article 1er : Est déclaré irrecevable le mémoire de M. Claude Goasguen, député.

Article 2 : Sont déclarés conformes à la Constitution, sous les réserves et compte tenu des précisions ci-dessus énoncées, les articles 1er à 7 et 13 à 15 de la loi relative au pacte civil de solidarité.

Article 3 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Document 16 : « Interdiction du mariage homosexuel : entre conformité à la Constitution et appel à une réforme législative », Revue Lamy droit civil – 2011

Revue Lamy Droit Civil – 2011-80 - ACTUALITÉS

Interdiction du mariage homosexuel : entre conformité à la Constitution et appel à une réforme législative
- Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC

Le Conseil constitutionnel déclare l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe, déduite de la lettre des articles 75 et 144 du Code civil, conforme à la Constitution, laissant au législateur la responsabilité d'opérer un éventuel changement de législation. Faute pour le législateur d'avoir saisi la balle au bond à la suite de la retentissante affaire des "mariés de Bègles" alors même qu'elle était dans son camp [...], le Conseil constitutionnel lui a renvoyé, le 28 janvier 2011, d'un revers de main, la charge de modifier notre législation aux fins de permettre aux couples de même sexe de se marier. En l'espèce, deux femmes pacsées, mères de quatre enfants, ont assigné le procureur de la République du ressort de leur lieu de résidence afin qu'il ordonne à l'officier d'état civil de leur commune de célébrer leur mariage. Le tribunal de grande instance déclare cependant leur demande irrecevable. En réaction, ces dernières déposent une requête conjointe devant le même tribunal ainsi qu'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), transmise par la suite à la Cour de cassation. D'après elles, « les articles 144 et 75, dernier alinéa, du Code civil seraient contraires, dans leur application, (d'une part) au préambule de la Constitution de 1946 et de 1958 en ce qu'ils limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne du même sexe (et d'autre part), aux dispositions de l'article 66 de la Constitution de 1958 en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser de contracter mariage entre personnes du même sexe ». Pourtant, les articles 75 relatif aux formalités de célébration du mariage et 144 relatif à la fixation de l'âge nubile du mariage à dix-huit ans, ne prohibent pas le mariage homosexuel. Ce n'est seulement qu'au détour de leurs formulations respectives – « mari et femme » pour l'un et « l'homme et la femme » pour l'autre – que la Cour de cassation exige l'altérité sexuelle des époux, estimant que, « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627). Outre ces éléments, c'est en raison du large débat dans la société que posent ces articles, notamment « l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers », que la Haute juridiction a décidé de transmettre, le 16 novembre 2010 (Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2010, n° 10-40.042), la QPC [...]. Souvent saluée pour sa vision progressiste, la Cour européenne des droits de l'homme a pourtant récemment refusé, dans une décision aujourd'hui définitive (CEDH, 29 nov. 2010, n° 906), de condamner l'Autriche pour ne pas avoir ouvert le droit au mariage aux couples homosexuels. En effet, selon elle, les États membres sont davantage à même de décider la permission du mariage homosexuel au regard des besoins sociaux et des connotations sociales et culturelles véhiculées par le mariage, variant d'une société à une autre (CEDH, 24 juin 2010, aff. 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche). [...] À l'invocation par les requérantes de la non-conformité des articles 75 et 144 du Code civil à deux dispositions constitutionnelles, les Sages apportent deux éclaircissements. D'une part, ils écartent la restriction faite à la liberté individuelle comprenant la liberté matrimoniale, celle-ci n'étant aucunement affectée par les dispositions précitées en raison de son champ d'application concentré uniquement sur les mesures privatives de libertés. D'autre part, ils précisent que la liberté du mariage, incluse désormais dans le champ de la liberté personnelle (Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC) « ne restreint pas la compétence (du) législateur pour fixer les conditions du mariage », notamment la différence de sexe, dès lors qu'elles ne sont pas contraires à d'autres exigences de caractère constitutionnel, à l'instar du droit de mener une vie familiale normale et du principe d'égalité devant la loi. [...] En conséquence, le Conseil constitutionnel déclare conformes ces deux articles à la Constitution eu égard à la signification profonde mariage qui a pour but non pas d'officialiser une vie de couple mais d'instituer une famille [...].

Une dernière remarque s'impose : si les neuf Sages reconnaissent la conformité des articles 75 et 144 du Code civil, ils ne rétorquent pas pour autant qu'en France, le mariage entre deux personnes de même sexe, s'il existait, aurait été déclaré inconstitutionnel. Serait-ce un subreptice signe quant à la position devant être tenue par le législateur, voyant la balle revenir dans son camp ? Seul l'avenir nous le dira. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel rappelle qu'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». Dans l'attente de cette éventuelle manifestation législative marquant la fin de la partie, seule « l'homosexualité juridique » demeure présente, dans notre droit positif, de par l'indifférence du sexe de la personne en matière successorale, matrimoniale et de filiation. Reste au législateur le courage de franchir le cap de « l'homosexualité réelle » [...] ? J.G.

Document 17 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010

Conseil constitutionnel - mercredi 6 octobre 2010 - Décision N° 2010-39 QPC
Journal officiel du 7 octobre 2010, p. 18154
NOR : CSCX1025572S

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 9 juillet 2010 par la Cour de cassation (arrêt n° 12143 du 8 juillet 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Isabelle D. et Isabelle B., relative à la conformité de l'article 365 du code civil aux droits et libertés que la Constitution garantit.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
Vu le code civil ;
Vu l'arrêt n° 06-15647 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 20 février 2007 ;
Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;
Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 10 août 2010 ;
Vu les observations produites par les requérantes par la SCP Boré et Salvé de Bruneton, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;
Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Jean de Salvé de Bruneton pour les requérantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 27 septembre 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

- SUR LA DISPOSITION SOUMISE À L'EXAMEN DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL :

1. Considérant qu'aux termes de l'article 365 du code civil : « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.
« Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre.
« Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté » ;

2. Considérant que l'article 61-1 de la Constitution reconnaît à tout justiciable le droit de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit ; que les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée fixent les conditions dans lesquelles la question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise par la juridiction au Conseil d'État ou à la Cour de cassation et renvoyée au Conseil constitutionnel ; que ces dispositions prévoient notamment que la disposition législative contestée doit être « applicable au litige ou à la procédure » ; qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ;

3. Considérant que l'article 365 du code civil fixe les règles de dévolution de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant mineur faisant l'objet d'une adoption simple ; que, depuis l'arrêt du 20 février 2007 susvisé, la Cour de cassation juge de manière constante que, lorsque le père ou la mère biologique entend continuer à élever l'enfant, le transfert à l'adoptant des droits d'autorité parentale qui résulterait de l'adoption par le concubin ou le partenaire du parent biologique est contraire à l'intérêt de l'enfant et, par suite, fait obstacle au prononcé de cette adoption ; que, dès lors, la constitutionnalité de l'article 365 du code civil doit être examinée non pas en ce que cet article institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique, mais en ce qu'il a pour effet d'interdire en principe l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin ;

SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA DISPOSITION CONTESTÉE :

4. Considérant que, selon les requérantes, en prévoyant que l'adoption simple n'entraîne un partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent de l'adopté que lorsqu'ils sont mariés, l'article 365 du code civil prive l'enfant mineur de la possibilité d'être adopté par le partenaire ou le concubin de son père ou de sa mère ; qu'en interdisant ainsi « la reconnaissance juridique d'un lien social de filiation qui préexiste », l'article 365 du code civil méconnaîtrait le droit à une vie familiale normale et le principe d'égalité devant la loi ;
5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;
6. Considérant, d'une part, que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;
7. Considérant, d'autre part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;
8. Considérant, en premier lieu, que la disposition contestée, dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation, empêche que, par la voie de l'adoption simple, un enfant mineur puisse voir établir un deuxième lien de filiation à l'égard du concubin ou du partenaire de son père ou sa mère ; que, toutefois, cette disposition ne fait aucunement obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix ; qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce que ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 365 du code civil porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale doit être écarté ;
9. Considérant, en second lieu, qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;
10. Considérant que l'article 365 du code civil n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE :

Article 1er.- L'article 365 du code civil est conforme à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23 11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 5 octobre 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT et M. Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 6 octobre 2010.

Document 18 : En arithmétique fondamentale : 8 + 14 (Conv. EDH) feront-ils un jour 365 (Code civil ?) L'adoption simple par un couple homosexuel en question(s), P. Chevalier, Dalloz 2011

**En arithmétique fondamentale : 8+14 (Conv. EDH) feront-ils un jour 365 (Code civil) ?
L'adoption simple par un couple homosexuel en question(s)**
Constitutions © Editions Dalloz 2011
CEDH, 31 août 2010, n° 25951/07, *Gas c/ France*,
Pierre Chevalier

L'essentiel

C'est peut être dire que les questions touchant à l'homoparentalité dominent l'actualité juridique. Avec le débat sur la reconnaissance d'une famille homoparentale ou d'une « homomatrimonialité » foisonnent de nombreuses questions constitutionnelles, notamment celles afférentes à la portée des principes d'égalité et de non-discrimination. Au-delà, ces affaires mettent en lumière différentes approches, de la Cour européenne, du Conseil constitutionnel et des cours suprêmes dans l'examen de ces situations au regard des droits fondamentaux.

L'adoption simple permet à l'adopté de conserver ses droits dans sa famille d'origine par la superposition d'une parenté adoptive au lien d'origine. Mais elle réalise également un transfert de l'autorité parentale au profit de l'adoptant. Aussi, l'article 365 du code civil dispose que « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale..... à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté....* ». La Cour de cassation, qui a déjà jugé « *qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage* » (1^{re} civ, 19 déc. 2007, *Bull. civ.* n° 392), s'oppose ainsi à l'adoption simple par une femme de l'enfant biologique de sa compagne. Certaines Cours d'appel avaient jugé du contraire au regard des conditions favorables d'éducation offertes à l'enfant. Censurant ces jurisprudences, la haute juridiction a considéré que l'adoption simple qui réalise « *un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante (...) n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant* » (1^{re} civ, 20 février 2007, *Bull. civ.* n° 71). Certes, la même chambre civile a estimé que ne contrevient pas « *aux principes essentiels du droit français* » l'exequatur d'une décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant (1^{re} civ, 8 juill. 2010, n° W0821740). Mais il s'agit là de l'illustration d'un assouplissement, en droit international privé, des critères d'intervention de l'ordre public de proximité. La question est désormais posée tant au plan conventionnel qu'au plan constitutionnel. D'un côté, deux arrêts récents de la Cour européenne sont à signaler. Le premier, même s'il rejette la requête de deux homosexuels qui entendaient faire reconnaître *un droit* au mariage aux couples de même sexe, fait basculer la relation stable entre les membres d'un couple homosexuel dans la sphère de la « *vie familiale* » au sens de l'article 8 de la convention, à l'instar « *d'une relation existant au sein d'un couple de sexes différents* » (CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk, Kopf c/ Autriche*, AJ famille 2010. 333; Constitutions 2010. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen). Fort de ce précédent, le second arrêt (*Gas et Dubois*) - qui déclare recevable une requête présentée par deux femmes s'étant vues refuser la demande d'adoption - fait tomber dans la sphère de la « *vie familiale* » leur situation et rend possible un débat sur la présence d'une « *discrimination fondée sur une orientation sexuelle* ». De l'autre, il convient de mentionner la décision QPC n° 39 du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010. Saisi par la Cour de cassation de la constitutionnalité de l'article 356 du code civil au regard du principe d'égalité, le Conseil, élargissant le grief d'inconstitutionnalité au droit « *de mener une vie familiale normale* » (Préambule de 1946) a considéré d'une part que ce droit de librement conduire sa vie familiale ne pouvait s'étendre à la revendication de l'établissement d'un lien de filiation adoptive, laquelle est « *une possibilité justifiée par l'intérêt de l'enfant* » et non un droit (commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel). Il a estimé d'autre part que la question du sort inégal entre enfants adoptables, selon que le parent biologique et la personne qui partage sa vie forment ou non un couple marié, relevait de l'appréciation du seul législateur en raison des enjeux politiques qu'elle posait sur l'homoparentalité. Cette même motivation a d'ailleurs tout récemment

amené la première chambre civile de la Cour de cassation à transmettre au conseil la question de la constitutionnalité du mariage homosexuel puisque « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers...* » (1^{re} civ., 16 nov. 2010, n° F1040042). On lit sans peine dans la décision du Conseil une intention de déporter la question posée sur le terrain de l'homoparentalité, plutôt que sur celui de l'inégalité de statut entre couples mariés ou non. Qu'apporterait la transposition de cette analyse à l'échelle européenne ? L'article 8 protège la vie familiale, l'article 14 interdit en son sein les discriminations (directes ou indirectes) fondées sur une orientation sexuelle sans justification objective et raisonnable. Il est clair que les couples ne sont pas sur un pied d'égalité puisque le mariage, seul statut autorisé au regard de l'article 365 du code civil, reste ouvert aux seuls couples hétérosexuels. La CEDH vient tout récemment de rappeler qu'une discrimination entre couples mariés et non mariés reste permise en raison de la « *protection du mariage (...) raison importante et légitime* » (CEDH, 2 nov. 2010, n° 3976/05, *Serife Yigit c/ Turquie*, AJ famille 2010. 544, obs. W. Jean-Baptiste). La libre marge d'appréciation dont disposent les États peut ainsi les conduire à maintenir une différence de traitement. Reste à savoir si cette discrimination indirecte au sein des couples stables pour l'adoption simple de l'enfant du parent biologique peut se justifier au regard de l'intérêt de l'enfant, pris abstraitement (ainsi qu'en juge la Cour de cassation) ou concrètement. De même, la Cour européenne devra dire si le refus en France de l'adoption simple est proportionné au but poursuivi dès l'instant où, comme ne manque pas de le soulever le gouvernement français, la mère titulaire de l'autorité parentale peut toujours décider d'en déléguer l'exercice, dans l'intérêt de l'enfant et si les circonstances l'exigent, à la femme avec laquelle elle vit en couple (Civ. 1^{re}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090, D. 2006. 897, [...]) L'équation à résoudre est complexe quant s'opposent « *protection du mariage* », droit de mener une vie familiale pour les unions stables, interdiction de toute discrimination au sein de ces couples, dans un contexte marqué par une absence de consensus en Europe sur la question de l'adoption par les couples homosexuels. Et si l'on peut admettre une vie familiale effective, la Cour européenne devra dire si elle mérite d'être juridiquement protégée. L'intérêt de l'enfant pourrait bien une nouvelle fois constituer une clef de résolution de cette difficile et improbable arithmétique et sceller le sort de l'article 356 du code civil, dont l'approche reste strictement fondée sur le statut de conjoint du père ou de la mère de l'enfant adopté.

Document 19 : CEDH, 11 juillet 2002, affaire GOODWIN c. Royaume-Uni (extraits)

AFFAIRE CHRISTINE GOODWIN c. ROYAUME-UNI
(Requête no 28957/95)
ARRÊT
STRASBOURG
11 juillet 2002

En l'affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni, [...]

EN FAIT

LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

Ressortissante britannique née en 1937, la requérante est une transsexuelle opérée passée du sexe masculin au sexe féminin.

Dès sa petite enfance, elle a eu tendance à s'habiller en fille et, en 1963-1964, elle subit une thérapie d'aversion. Vers le milieu des années 60, les médecins conclurent qu'elle était transsexuelle. Cela ne l'empêcha pas d'épouser une femme et d'avoir avec elle quatre enfants, mais elle avait la conviction que son « sexe cérébral » ne correspondait pas à son physique. A partir de cette époque et jusqu'en 1984, elle s'habilla en homme dans sa vie professionnelle mais en femme durant ses loisirs. En janvier 1985, elle entama réellement un traitement, se rendant une fois tous les trois mois pour des consultations dans un service de Charing Cross Hospital spécialisé

dans les problèmes d'identité sexuelle, où elle eut régulièrement des entretiens avec un psychiatre et, parfois, avec un psychologue. On lui prescrivit un traitement hormonal et elle commença à suivre des cours dans le but de travailler son apparence et sa voix. Depuis lors, elle vit totalement comme une femme. En octobre 1986, elle subit une intervention chirurgicale de raccourcissement des cordes vocales. En août 1987, elle fut admise sur une liste d'attente en vue d'une opération de conversion sexuelle. En octobre 1990, elle subit cette opération dans un hôpital du service national de santé (National Health Service). Son traitement et l'intervention chirurgicale furent assurés et payés par le service national de santé. La requérante divorça d'avec celle qui avait été son épouse à une date non précisée, mais ses enfants continuèrent à lui témoigner amour et soutien. [...]

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS [...]

B. Le mariage et la définition du sexe en droit interne

21. En droit anglais, le mariage se définit comme l'union volontaire d'un homme et d'une femme. Dans l'affaire *Corbett v. Corbett* (Law Reports: Probate, 1971, p. 83), le juge Ormrod déclara qu'à cet effet le sexe doit se déterminer au moyen des critères chromosomique, gonadique et génital lorsque ceux-ci concordent entre eux, une intervention chirurgicale n'entrant pas en ligne de compte. Cette utilisation des critères biologiques pour déterminer le sexe fut approuvée par la Cour d'appel (Court of Appeal) dans l'affaire *R. v. Tan* (Law Reports: Queen's Bench Division, 1983, p. 1053), où elle se vit conférer une application plus générale, ladite juridiction ayant estimé qu'une personne née de sexe masculin avait à bon droit été condamnée sur le fondement d'une loi punissant les hommes vivant du produit de la prostitution, nonobstant le fait que l'accusée avait suivi une thérapie de conversion sexuelle.

22. L'article 11 b) de la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales (Matrimonial Causes Act 1973) répute nul tout mariage où les parties ne sont pas respectivement de sexe masculin et de sexe féminin. Le critère appliqué pour la détermination du sexe des partenaires à un mariage est celui qui fut fixé dans la décision *Corbett v. Corbett* précitée. D'après celle-ci, un mariage entre une personne passée du sexe masculin au sexe féminin et un homme pourrait également être annulé pour cause d'incapacité de la personne transsexuelle de consommer le mariage dans le cadre de rapports sexuels normaux et complets (obiter du juge Ormrod).

Cette décision se trouve étayée par l'article 12 a) de la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales qui permet d'annuler un mariage non consommé en raison de l'incapacité de l'une ou l'autre partie. L'article 13 § 1 de la loi énonce que le tribunal ne doit pas rendre un jugement de nullité lorsqu'il est convaincu que la partie demanderesse savait que le mariage pouvait être annulé mais a amené la partie défenderesse à croire qu'elle ne demanderait pas un jugement de nullité, et qu'il serait injuste de rendre pareil jugement. [...]

2. La jurisprudence interne récente

52. Dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger* (Court of Appeal, Civil Division (England and Wales) 2001, p. 1140, Family Court Reporter, vol. 3, p. 1), l'appelante, qui avait été enregistrée à la naissance comme étant de sexe masculin, avait subi une opération de conversion sexuelle puis, en 1981, avait contracté mariage avec un homme qui était au courant de ses antécédents. Elle demanda une déclaration de validité du mariage en vertu de la loi de 1986 sur le droit de la famille (Family Law Act 1986). La Cour d'appel estima, à la majorité, que le mariage de l'appelante n'était pas valable dès lors que les parties n'étaient pas un homme et une femme respectivement, ces termes devant se déterminer au moyen des critères biologiques dégagés dans l'affaire *Corbett v. Corbett* (1971). Elle nota que si l'on accordait une importance grandissante à l'influence des facteurs psychologiques sur le sexe, le moment auquel ces facteurs pouvaient passer pour avoir entraîné un changement de sexe ne pouvait être déterminé avec précision. Elle considéra qu'une personne correctement déclarée de sexe masculin à la naissance et qui avait subi une opération de conversion sexuelle et menait désormais une vie de femme était biologiquement un homme et ne pouvait être définie comme étant de sexe féminin aux fins du mariage. D'après elle, c'était au Parlement, et non aux tribunaux, qu'il appartenait de décider à quel moment il convenait de reconnaître que quelqu'un avait changé de sexe aux fins du mariage. Dame Elizabeth Butler-Sloss, présidente de la Family Division, releva les avertissements de la Cour européenne des Droits de l'Homme quant à l'absence persistante de mesures destinées à prendre en compte la situation des transsexuels et fit observer que c'étaient en grande partie ces critiques qui avaient motivé la création du groupe de travail interministériel, lequel avait publié en avril 2000 un rapport renfermant un examen approfondi et exhaustif des données médicales, de la pratique actuelle dans d'autres pays et de l'état du droit anglais concernant les aspects pertinents de la vie des personnes transsexuelles [...]: « Tenir le facteur chromosomique pour déterminant, voire seulement dominant, me semble particulièrement contestable dans le cadre du mariage. En effet, il s'agit d'un aspect invisible de l'individu, qui ne peut être perçu ou déterminé que par des tests scientifiques. Il ne contribue en rien à l'individualité physiologique ou psychologique. En fait, dans le contexte actuel de l'institution du mariage, il me semble juste, sur le plan des

principes, et logique de donner la prééminence aux facteurs psychologiques, tout comme il me paraît préférable de procéder à la détermination indispensable du sexe au moment du mariage ou peu avant, plutôt qu'à la naissance (...). La présente demande se situe de toute évidence dans la sphère du droit de la famille. Celui-ci se doit d'être toujours suffisamment flexible pour accompagner l'évolution de la société. Il doit également être humain et prompt à reconnaître à chacun le droit à la dignité humaine et à la liberté de choix dans sa vie privée. La réforme législative dans ce domaine doit notamment tendre à ce que la loi tienne compte de l'évolution de la société et la reflète. C'est aussi un objectif que les juges doivent avoir en vue lorsqu'ils interprètent les dispositions législatives en vigueur dans ce domaine. Je suis fermement convaincu qu'il n'existe pas de raisons suffisamment impérieuses, eu égard aux intérêts des autres personnes concernées ou, plus pertinemment, à ceux de la société dans son ensemble, justifiant de ne pas reconnaître juridiquement le mariage de l'appelante. J'aurais accueilli ce recours. » [...].

III. TEXTES INTERNATIONAUX

58. L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée le 7 décembre 2000, énonce : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

EN DROIT [...]

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

94. La requérante allègue également la violation de l'article 12 de la Convention, ainsi libellé :

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

A. Arguments des parties

1. La requérante

95. La requérante se plaint de l'incapacité dans laquelle elle se trouve, du fait que la loi la considère comme un homme, d'épouser son compagnon avec lequel elle entretient pourtant une relation physique normale. Elle soutient que la récente affaire *Bellinger v. Bellinger* a montré que la définition du sexe d'une personne aux fins du mariage donnée dans l'affaire *Corbett v. Corbett* n'est plus satisfaisante et que, même s'il continue d'être acceptable de s'appuyer sur les critères biologiques, il est contraire à l'article 12 de n'en utiliser que certains pour déterminer le sexe et exclure les personnes qui n'y répondent pas.

2. Le Gouvernement

96. Renvoyant à la jurisprudence de la Cour (arrêts *Rees*, *Cossey*, et *Sheffield et Horsham* précités), le Gouvernement affirme que ni l'article 12 ni l'article 8 de la Convention n'obligent un Etat à autoriser une personne transsexuelle à se marier avec une personne de son sexe d'origine. Il fait également observer que la démarche adoptée en droit interne a été examinée et confirmée récemment par la Cour d'appel dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger*, désormais pendante devant la Chambre des lords. Il considère que toute réforme dans ce domaine important et délicat doit émaner des propres juridictions du Royaume-Uni agissant dans le cadre de la marge d'appréciation que la Cour a toujours accordée. Il soutient en outre que tout changement risque d'entraîner des conséquences indésirables, faisant valoir qu'une reconnaissance juridique pourrait soit invalider des mariages déjà contractés, soit aboutir, pour les transsexuels et leurs partenaires, à des mariages entre personnes du même sexe. Il souligne l'importance d'une évaluation minutieuse et approfondie des conséquences que pourrait avoir un changement dans ce domaine et la nécessité de prendre des dispositions transitoires.

B. Appréciation de la Cour

97. La Cour rappelle que dans les affaires *Rees*, *Cossey*, et *Sheffield et Horsham*, l'impossibilité pour les requérants transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe fut jugée non contraire à l'article 12 de la Convention. Cette conclusion procédait, suivant l'affaire, du raisonnement selon lequel le droit de se marier visait le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent (arrêt *Rees* précité, p. 19, § 49), de l'idée que l'attachement aux critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage relevait du pouvoir reconnu aux Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier et du constat que les lois de l'Etat défendeur en la matière ne pouvaient être considérées comme restreignant ou réduisant le droit pour une personne transsexuelle de se marier d'une manière ou à un degré qui l'eussent atteint dans sa substance même (arrêts *Cossey*, pp. 17-18, §§ 44-46, et *Sheffield et Horsham*, p. 2030, §§ 66-67, précités). La Cour se fonda également sur le libellé de l'article 12, interprété par elle comme protégeant le mariage en tant que fondement de la famille (arrêt *Rees*, *loc. cit.*).

98. Réexaminant la situation en 2002, la Cour observe que par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause.

99. L'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (arrêts *Rees* précité, p. 19, § 50, et *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, série A n° 128, p. 16, § 32).

100. Certes, la première partie de la phrase vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier. La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques (ainsi que l'avait déclaré le juge Ormrod dans l'affaire *Corbett v. Corbett*, paragraphe 21 ci-dessus). Depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour a constaté ci-dessus, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'intéressé. D'autres facteurs doivent être pris en compte : la reconnaissance par la communauté médicale et les autorités sanitaires dans les Etats contractants de l'état médical de trouble de l'identité sexuelle, l'offre de traitements, y compris des interventions chirurgicales, censés permettre à la personne concernée de se rapprocher autant que possible du sexe auquel elle a le sentiment d'appartenir, et l'adoption par celle-ci du rôle social de son nouveau sexe. La Cour note également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme (paragraphe 58 ci-dessus).

101. Le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 n'englobe toutefois pas l'ensemble des questions se posant sur le terrain de l'article 12, lequel mentionne expressément les conditions imposées par les lois nationales. La Cour a donc examiné si le fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance constitue en l'espèce une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. A cet égard, elle juge artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe. En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser uniquement un homme. Or elle n'en a pas la possibilité. Pour la Cour, l'intéressée peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier.

102. La Cour n'aperçoit aucune autre raison qui l'empêcherait d'aboutir à cette conclusion. Le Gouvernement soutient que dans ce domaine sensible le contrôle du respect des conditions requises par le droit national pour se marier doit rester l'apanage des juridictions internes, dans le cadre de la marge d'appréciation de l'Etat ; et d'évoquer à cet égard les répercussions possibles sur les mariages déjà contractés dans lesquels l'un des partenaires est transsexuel. Il ressort toutefois des opinions exprimées par la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Bellinger v. Bellinger* que les tribunaux internes tendent à penser qu'il serait préférable que la question soit traitée par le pouvoir législatif ; or le gouvernement n'a à présent aucune intention de légiférer (paragraphe 52-53 ci-dessus).

103. Les éléments soumis par Liberty permettent de constater que si le mariage des transsexuels recueille une grande adhésion, le nombre des pays qui autorisent le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des Etats qui reconnaissent la conversion sexuelle elle-même. La Cour n'est toutefois pas convaincue que cela soit de nature à conforter la thèse selon laquelle les Etats contractants doivent pouvoir entièrement régler la question dans le cadre de leur marge d'appréciation. En effet, cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un Etat contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier. La marge d'appréciation ne saurait être aussi large. S'il appartient à l'Etat contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier.

104. Elle conclut donc qu'il y a eu violation de l'article 12 de la Convention en l'espèce. [...]

Document 20 : « Le sexe et le mariage », J. Hauser, RTD Civ. 2011, p. 326

RTD Civ. 2011 p. 326 - **Le sexe et le mariage** - (Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, D. 2011. 297, Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

Comme on pouvait le supposer [...], la transmission par la Cour de cassation d'une QPC sur la condition de différence de sexe dans le mariage [...] n'a pas provoqué la décision du siècle que certains espéraient dans un sens ou dans l'autre. Le Conseil, prudemment, ne s'est pas prêté au jeu dangereux de remplacer le Parlement ou le gouvernement (ce que ceux-ci auraient peut-être souhaité ?). A différence de situation, affirmée dans la loi et estimée par le législateur, il peut y avoir différence de traitement juridique, sans que le Conseil ait à se substituer à ce jugement qui n'est pas de sa compétence. Après l'arrêt de la Cour EDH *Schalk et Kopf c/ Autriche*, D. 2011. 1040, [...] on observera donc une pause dans le harcèlement législatif et jurisprudentiel sur cette revendication. Si la réponse législative devait être favorable un de ces jours on peut seulement souhaiter qu'on ne refasse pas la détestable aventure juridique du pacs à coup de dispositions partielles, mal faites, contradictoires. Notons, par exemple, que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, la facilitation des ruptures de mariage et la « matrimonialisation » incessante du Pacs rendront, tôt ou tard, ce dernier à peu près inutile par cannibalisation mutuelle des formes de couple ! Si l'on veut bouger intelligemment c'est donc l'ensemble des dispositions sur les couples qu'il faudrait revoir de façon rationnelle, en donnant enfin la parole aux juristes. Mais, dans ce domaine, ce n'est ni la raison ni l'intelligence qui dominent... l'absence de pensée française.

Le jugement de Besançon soulève une question déjà ancienne mais qui n'a jamais reçu de réponse très claire (V. toutefois les décisions citées *in obs.* Reignié) : en présence d'un syndrome transsexuel non contesté peut-on modifier l'état civil alors que l'intéressé est marié et ce, sans qu'il divorce, consacrant ainsi un mariage, au moins formel, entre deux personnes de même sexe ?

Il faut rappeler que la question n'est pas exactement celle de la possibilité du divorce qui paraît admise, évidemment par consentement mutuel, plus difficilement pour faute et certainement pour altération définitive du lien conjugal. Ici on suppose que les parties ne veulent pas du divorce et entendent, nonobstant le changement de sexe à l'état civil de l'un, demeurer dans les liens du mariage, ce qui, *volens nolens*, conduit à admettre un mariage entre personnes de même sexe et nous ramène à la question précédente. C'est bien ainsi que, dans un jugement très motivé, l'entend le tribunal bisontin. Il ajoute, pour éviter le reproche d'atteinte au respect de la vie privée, que les parties ayant dissous leur mariage, rien ne les empêcherait de conclure un pacs. On rappellera que certaines législations ont résolu par avance le problème en excluant tout changement de sexe quand le demandeur est marié.

Le choix du juge est finalement assez clair et se résume à trois solutions.

Ou bien on estime que la dissolution du mariage n'est pas nécessaire et on consacre ouvertement un mariage homosexuel par un moyen détourné. Ou bien on estime qu'elle n'est pas nécessaire parce qu'on ne se trouve pas exactement dans le cas d'un mariage homosexuel, ce que tendrait à confirmer la prise en considération des situations bi-sexuelles ou transgenres [...]. Ou bien on estime qu'automatiquement le changement à l'état civil rend caduc le mariage par disparition d'un élément essentiel (ce qui suppose évidemment qu'on ne reçoive pas le mariage homosexuel) mais on pourra discuter en cas de bisexualité comme on en discutait jadis à propos des nullités de mariage et de l'incertitude sur le sexe du conjoint. Nous avons dit (RTD. civ. 2001. 335t 2002. 274) combien la dernière solution nous paraissait logiquement s'imposer, du moins tant qu'on n'a pas consacré la possibilité d'un mariage homosexuel. Elle a l'avantage de ne pas obliger la personne à divorcer mais de constater objectivement qu'un élément essentiel de la situation a disparu ce qui pourrait être fait dans le jugement constatant la modification de l'état civil. Techniquement rien ne paraît s'y opposer [...] et la solution a le mérite d'être claire, on ne peut tout vouloir en même temps. Le droit à changer de sexe sous certaines conditions, issu du droit au respect de la vie privée, n'entraîne pas le droit de modifier la définition légale du mariage. Le transsexuel n'a, pour l'instant, pas plus de pouvoir que le Conseil constitutionnel et, disait-on jadis, le Parlement anglais !