

# Actualités Droits-Libertés du 21 mai 2013



**CREDOF – Revue des Droits de l’Homme**

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux  
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

## **DROIT AU MARIAGE : La longue épopée juridique vers l’ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe**

*par Elsa Fondimare et Laurie Marguet\**

*Après un sinueux et périlleux parcours devant les juridictions et institutions de la République, le droit français ouvre désormais le mariage aux couples de personnes de même sexe. A l’heure où les premières unions de ces couples se profilent à l’horizon, retracer cette longue épopée n’est pas inutile. En effet, les vifs et riches débats soulevés par une telle évolution ont mis en lumière nombre de questions complexes, dont les implications législatives, constitutionnelles et conventionnelles sont multiples. Et au-delà du seul « mariage pour tous », ces débats et les solutions adoptées éclairent bien d’autres enjeux dont certains resurgiront à l’avenir.*

**Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)**

Le 26 janvier 2012, François Hollande a fait du « mariage pour tous » le 31<sup>ème</sup> engagement de ses promesses électorales. C’est au nom de l’égalité des droits que l’actuel Président de la République a soutenu ce projet, pour que le mariage – jusqu’alors réservé aux couples de personnes de sexes différents – soit ouvert aux couples de personnes de même sexe. Une [proposition de loi enregistrée le 24 juillet 2012](#), « visant à ouvrir le droit au mariage à tous les couples, sans distinction de sexe ni de genre », avait déjà été présentée à l’Assemblée nationale par Marie-George Buffet. C’est cependant le [projet de loi présenté à l’Assemblée nationale le 7 novembre 2012](#) par Christiane Taubira, au nom du Premier Ministre, qui a été soumis à la procédure législative. Adopté à 329 voix contre 299, le 12 février 2013 à l’Assemblée nationale, après des auditions en commission des lois et deux semaines de débats (du 29 janvier au 12 février 2013), le projet de loi a ensuite été adopté par le Sénat le 12 avril, à la suite d’une série d’auditions et d’une semaine de débat (du 5 au 21 février). Après une seconde lecture à l’Assemblée nationale, **le projet de loi dit « Taubira » a définitivement été adopté par 331 voix contre 225 le 23 avril 2013 et validé par le Conseil constitutionnel le 17 mai 2013, journée internationale de lutte contre l’homophobie ([CC, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013](#))**.

Alors que les juges constitutionnels avaient déjà été confrontés à la question de l’ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, **le législateur ne s’était encore jamais prononcé sur la question**. Mais, bien que ce projet de loi ait été attendu, notamment au regard des positions jurisprudentielles sur la question (1°), le processus législatif n’a pas été sans difficultés (2°). Après un contrôle précis de la constitutionnalité de la loi, examinant les nombreux griefs invoqués par l’opposition, le Conseil constitutionnel a validé l’ouverture du mariage et de l’adoption aux couples de personnes de même sexe, avec une réserve rappelant la nécessité de prendre en compte l’intérêt de l’enfant lors des procédures d’agrément des couples adoptants, qu’ils soient ou non de même sexe. (3°).

## **1°/- L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe appréhendée par le législateur**

Un bref état des lieux de la jurisprudence sur la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe (A) permet de comprendre pourquoi il était prévisible que le législateur français finisse par s'en saisir (B).

### **A – Le renvoi de la question au législateur par le juge**

A ce jour, aucune juridiction française n'avait étendu les dispositions juridiques relatives au mariage aux couples de même sexe. S'agissant des juridictions judiciaires, l'affaire du mariage célébré le 5 juin 2004 entre deux hommes par le maire de Bègles, Noël Mamère, a été l'occasion pour la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 2007, d'interpréter les dispositions du Code civil relatives au mariage comme interdisant ce type d'union à deux personnes de même sexe. Ainsi, **les juges de la première Chambre civile ont-ils retenu une conception hétérosexuelle du mariage, en affirmant que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »** ([Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 mars 2007, n° 5-16.627](#)), confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 19 avril 2005.

Les juges de la Cour d'appel avaient en effet associé la notion de mariage à celle de famille, l'institution matrimoniale visant selon leur interprétation à la procréation et à la filiation : « *le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, afin de fonder une famille appelée légitime, la notion sexuée de mari et femme étant l'écho de la notion sexuée de père et mère. Cette différence de sexe constitue une condition de l'existence du mariage* » (CA Bordeaux, 19 avril 2005, n° 04/04683, *Recueil Dalloz* 2005, n° 25, p.1687). Les requérants avaient invoqué qu'il n'existait dans le Code civil aucune définition du mariage explicitement articulée autour de la différence de sexe. On peut en effet admettre que **les termes « mari » et « femme » de l'article 75 du Code civil pourraient être interprétés comme renvoyant non pas à un homme et une femme définis biologiquement, mais à des rôles sociaux dont sont investis les époux lorsqu'ils se marient**. De même, quand [l'article 144 du Code civil](#) mentionne la condition d'âge de l'homme et de la femme pour contracter mariage, cela ne signifie pas forcément que ce mariage est célébré entre eux. Mais cette interprétation des articles du Code civil n'a pas été retenue par les juges civils.

Par ailleurs, ces derniers n'ont pas estimé, comme le soutenaient les requérants, que cette exclusion des couples de personnes de même sexe méconnaissait le droit de se marier et le droit à une vie familiale normale, garantis notamment par les articles 12 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, interdite par l'article 14 de la même Convention. Selon les juges, la différence de traitement juridique est justifiée par la différence de situation qui existe entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, en ce que « *la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent [...] la distinction résultant de cette spécificité est objectivement fondée, justifiée par un but légitime, et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé* ». L'interprétation du Code civil selon laquelle le mariage est uniquement l'union d'un homme et d'une femme ne contredit donc pas, d'après les juges civils, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant de la conformité de cette interprétation des [articles 75 et 144 du Code civil](#) à la Constitution, la première Chambre civile de la Cour de cassation a saisi le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité par un arrêt du 16 novembre 2010. Il était alors question de déterminer si la conception hétérosexuelle du mariage méconnaissait le principe d'égalité, prévu notamment à l'article 6 de la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen](#) de 1789, la liberté du mariage, reconnue par le Conseil comme liberté fondamentale composante de la liberté individuelle par la [décision du 13 août 1993](#) et le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du [préambule de la Constitution de 1946](#). Dans sa décision du 28 janvier 2011, **le juge**

**constitutionnel a estimé que l'impossibilité actuelle pour deux personnes du même sexe de se marier n'était pas contraire aux principes invoqués, en retenant une conception limitée du principe d'égalité** (Cons. const., 28 janvier 2011, [Mme Corinne C. et autre](#), n° 2010-92 QPC, considérant 5 – [ADL du 28 janvier 2011](#)).

En effet, selon une interprétation du principe désormais traditionnelle : « *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* ». Ainsi, le principe d'égalité impose que les personnes placées dans des situations similaires bénéficient d'un traitement juridique identique, mais cette obligation de traitement identique ne s'impose pas dès lors que le législateur estime que les personnes sont placées dans des situations différentes. Dans sa décision du 28 janvier 2011, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le traitement juridique différencié des couples homosexuels et des couples hétérosexuels, s'agissant de leur droit de se marier, constituait ou non une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, c'est-à-dire, une différence de traitement illégitime. Le Conseil n'a pas appliqué le principe d'égalité, car il a jugé que le législateur (ou plutôt l'interprétation de l'intention du législateur par les juridictions civiles) était compétent pour apprécier la différence de situation entre les couples.

**Le Conseil constitutionnel avait néanmoins la possibilité d'appliquer le principe d'égalité au moins de deux autres façons, qui auraient conduit à un contrôle accru de la légitimité de la différence de traitement.** D'une part, les membres du Conseil auraient pu considérer qu'il n'y avait aucune différence de situation appréciable entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexes différents, mais que le législateur pouvait déroger au principe d'égalité, pour des motifs d'intérêt général. Les juges auraient dans ce cas procédé à un contrôle de proportionnalité entre d'une part, l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe pour des motifs d'intérêt général, et d'autre part, l'interdiction de traiter différemment des personnes placées dans une situation similaire. D'autre part, ils auraient pu estimer qu'il n'y avait aucune différence de situation appréciable entre les couples hétérosexuels et homosexuels, et que le principe d'égalité imposait la reconnaissance du droit de se marier aux seconds. Mais dans sa décision du 28 janvier, le Conseil constitutionnel n'a pas procédé à un contrôle aussi approfondi au regard du principe d'égalité, et a simplement **renvoyé au législateur la question de la légitimité de la différence de traitement entre les couples** (sur l'adoption au sein d'un couple homosexuel, v. aussi Cons. const., 6 octobre 2010, [Mmes Isabelle D. et Isabelle B.](#), n° 2010-39 QPC, considérant 5 – [ADL du 10 octobre 2010](#)).

De la même façon, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'au regard de l'absence de consensus sur cette question, **l'autorisation ou l'interdiction du mariage entre les personnes de même sexe relevait de la marge d'appréciation des États parties à la Convention** (Cour EDH, 1<sup>er</sup> Sect. 24 juin 2010, [Schalk et Kopf c. Autriche](#), Req. n° 30141/04 – [ADL du 24 juin 2010](#)). Sur la question de l'application de l'article 12 de la Convention aux couples de personnes de même sexe, la Cour a considéré que « *le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes* », mais n'impose pas l'obligation de garantir ce droit aux couples de personnes de même sexe. En effet, « *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* ».

La Cour a ici clairement renvoyé la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe aux autorités nationales. Concernant l'appréciation de la violation du principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention, combiné avec le droit à une vie familiale normale prévu à l'article 8, la Cour a estimé que si le traitement différencié fondé sur l'orientation sexuelle est en principe interdit, il peut être néanmoins justifié de façon objective et raisonnable, s'il poursuit un but légitime ou s'il conduit à un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Mais cette possibilité de déroger au principe de non-discrimination n'a pas vocation à jouer dans la mesure où elle s'applique aux personnes ou aux couples qui sont dans une situation similaire. Or, la Cour énonce que « *les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues*

*justifient des distinctions de traitement* ». En somme, **le principe de non-discrimination ne s'applique qu'à des situations similaires**, et c'est au législateur national et non pas au juge européen, de déterminer si les couples homosexuels et hétérosexuels se trouvent ou non dans une situation similaire (*comp.* à Cour EDH, G.C. 19 février 2013, [X. et autres c. Autriche](#), Req. n° 19010/07 – [ADL du 26 février 2013](#) : à propos de l'adoption, la Cour a récemment jugé que les couples hétérosexuels et homosexuels non mariés se trouvaient dans une situation similaire).

Mais au-delà de la question de l'existence d'une différence de situation entre les couples, la Cour affirme qu'il n'y avait de toute façon pas de différence de traitement substantielle entre les couples homosexuels et hétérosexuels s'agissant du droit de mener une vie familiale normale, car « *la loi sur le partenariat enregistré donne aux requérants la possibilité d'obtenir un statut juridique équivalent ou similaire au mariage à de nombreux égards* ». Il aurait fallu invoquer la violation du principe de non-discrimination au regard du droit de se marier prévu à l'article 12 de la Convention pour arguer d'une différence de traitement substantielle entre les couples homosexuels et hétérosexuels. Mais ce moyen n'aurait pas pu aboutir, puisque la Cour avait déjà conclu à la non-violation de l'article 12 de la Convention.

Ces exemples jurisprudentiels attestent d'**une réticence des juridictions françaises et européennes quant à l'ouverture du droit de se marier aux couples de personnes de même sexe**. Les juges constitutionnels et européens ont ainsi considéré que la question relevait d'un choix de société et devait par conséquent être tranchée par le législateur, sur la scène politique, et non devant les juridictions. Dès l'instant où les juges ont estimé que la question de savoir si les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexes différents se trouvent ou non placés dans une situation similaire revenait non pas au juge mais au législateur, **seul ce dernier est dans la mesure de faire évoluer le traitement juridique des couples de même sexe concernant le droit de se marier**. Ces prémisses jurisprudentielles ont dès lors abouti à l'élaboration du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, présenté par la Garde des Sceaux, Christine Taubira, Ministre de la justice, le 7 novembre 2012 et devenu la [loi n° 2013-404](#) le 17 mai 2013, jour de sa promulgation. Celle-ci a abandonné la conception hétérosexuelle du mariage proposée par la Cour de cassation en 2007 comme interprétation du Code civil. Désormais, aucune différence de situation entre ces couples ne saurait justifier une différence de traitement juridique concernant le droit de se marier ou de ne pas se marier.

## **B – La teneur du projet de loi**

Les auteurs du projet de loi disposaient de plusieurs options afin de remédier à l'exclusion des couples de personnes de même sexe du droit de se marier. En premier lieu, l'amélioration du régime du PaCS aurait pu permettre un rapprochement des droits entre les couples mariés et les couples pacsés, entre les couples hétérosexuels et homosexuels, notamment s'agissant de l'accès du ou de la partenaire à la nationalité française ou encore de l'octroi du bénéfice d'une pension de réversion au partenaire survivant. De même, l'instauration d'une nouvelle union civile réservée aux couples de personnes de même sexe, célébrée en mairie, et ouvrant aux mêmes droits et devoirs que ceux du mariage, a pu être proposée.

Cependant, **ni l'amélioration du PaCS, ni l'instauration d'une nouvelle union civile n'aurait été conforme au principe d'égalité, puisqu'une différence de traitement aurait dans ce cas perpétué l'exclusion des couples homosexuels du droit de se marier**. Sur ce point, la CNCDH a estimé dans son avis du 24 janvier 2013 que « *le principe d'égalité de tous les citoyens face aux institutions commande que l'on ne crée pas un 'mariage bis' pour une catégorie de citoyens* » (Commission nationale consultative des droits de l'homme, 24 janvier 2013, [Avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe](#)). D'autant plus que les deux propositions excluaient du PaCS et du contrat d'union civile les droits en matière d'adoption et de filiation prévus dans le régime du mariage. Une autre option aurait été de substituer au mariage civil et au PaCS une union civile ouverte à tous, réservant le mariage au domaine religieux. Cette proposition aurait posé le problème du « *nivellement des droits par le bas* », puisqu'elle aurait consisté à supprimer le droit de se marier pour les couples hétérosexuels, au nom du principe d'égalité. Or, la

revendication d'égalité qui correspond à l'attente des citoyens ne vise pas la suppression du mariage civil, mais plutôt l'octroi de droits nouveaux aux couples de personnes de même sexe (voir la deuxième partie [l'étude d'impact sur le projet de loi](#) élaborée en novembre 2012).

C'est l'objet même du projet de loi sur l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, qui permet à ces derniers de jouir automatiquement de tous les droits et effets liés à cette institution, comme le droit d'adopter, l'acquisition par le conjoint étranger de la nationalité du conjoint français ou encore le droit au regroupement familial. Le projet a inséré **un article 143 dans le chapitre premier du titre V du livre premier du Code civil, qui dispose désormais que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe », mettant un terme à la conception uniquement hétérosexuelle du mariage**. Cette disposition conduit à l'adaptation et à la modification des articles du Code civil applicables au mariage, tels que les [articles 75 et 144 du Code civil](#) et ceux relatifs aux empêchements à mariage, qui se réfèrent désormais également aux couples de même sexe (par exemple, l'empêchement entre deux frères, deux sœurs à [l'article 162 du Code civil](#)). Les termes de « *mari* » et « *femme* » sont ainsi remplacés par celui d'« *époux* », ce qui permet de conclure à une interprétation sexuée et non genrée des termes de « *mari* » et « *femme* » : **un couple de deux hommes ou de deux femmes ne peut être considéré comme adoptant les rôles sociaux de « *mari* » et de « *femme* »**.

Par ailleurs, le projet de loi a prévu l'extension de la portée de l'article 143 du Code civil aux couples homosexuels de ressortissants étrangers qui souhaitent se marier en France et dont la loi personnelle, au regard de laquelle les conditions de fond de validité du mariage s'apprécient habituellement, ne permet pas la célébration de telles unions. **L'article 202-1 du Code civil prévoit ainsi une nouvelle règle de conflit de loi qui consiste à écarter, sous réserve des engagements internationaux de la France, la loi personnelle du futur époux quand elle ne permet pas le mariage entre des personnes de même sexe**. La validité du mariage est désormais appréciée dans ce cas au regard des conditions de formes posées par la loi de l'Etat dans lequel le mariage a été célébré (article 202-2 du Code civil). Afin de favoriser davantage la célébration du mariage des couples de même sexe dans des pays qui refuse de telles unions, l'article 171-9 dispose que : *« lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence »*.

Le projet de loi énonce en outre **la possibilité pour les couples de personnes de même sexe de recourir à l'adoption dans les mêmes conditions que les couples de sexes différents**, qu'il s'agisse d'une adoption conjointe d'un enfant par les deux membres du couple ou bien d'une adoption de l'enfant du conjoint par l'autre conjoint. L'adaptation concerne à la fois les dispositions relatives à l'adoption plénière ([articles 343 à 359 du Code civil](#)), qui a pour effet de substituer au lien de filiation d'origine une nouvelle filiation entre le ou les adoptant(s) et l'enfant, et les dispositions applicables à l'adoption simple ([articles 360 à 370-2](#)) qui n'entraîne pas de rupture du lien de filiation entre l'adopté et sa famille d'origine. Comme l'énonce l'avis de la CNCDH du 24 janvier dernier : *« le projet de loi franchit par conséquent un pas symbolique en matière de filiation dans la mesure où, par l'adoption plénière ouverte aux couples de même sexe, mariés, des enfants auront légalement deux pères ou deux mères »*.

Cette évolution implique **une modification des dispositions relatives à la dévolution du nom de famille de l'enfant adopté conjointement par deux parents**. En effet, celles-ci prévoyaient qu'à défaut d'entente par les adoptants au sujet du nom de l'adopté, ce dernier porterait le nom du « *père* », ce qui risquait de poser problème au regard du projet de loi qui substitue la notion de « *parents* » aux termes de « *père* » et « *mère* ». L'article 357 dispose donc, dans le cadre d'une adoption plénière, qu'en « *l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix de nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique* ». De même, en cas de désaccord entre les parents, signalé à l'officier d'état civil au moment de la naissance, l'article 311-21 du Code



civil énonce que : « *lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique* ». L'accolement des noms des deux adoptants selon l'ordre alphabétique a donc remplacé la solution qui consistait à faire primer le nom du père en l'absence de déclaration conjointe ou en cas de désaccord des parents. **L'ancienne disposition pouvait par ailleurs être considérée comme obsolète au regard du principe d'égalité entre hommes et femmes en droit de la famille, qui a peu à peu conduit au déclin du mari et du père comme « chef de famille ».**

La réforme de l'adoption nécessite l'adaptation des termes présents dans les dispositions du Code civil, qui visent dans l'état actuel du droit « *le père* » ou « *la mère* », afin qu'elles puissent également s'appliquer aux couples de deux pères ou de deux mères (voir le chapitre III du [projet de loi intitulé « dispositions de coordination »](#)). Le projet de loi initial prévoyait sur ce point la substitution, dans les Livres I et III du Code civil, de toutes les références aux termes de « *père* » et de « *mère* », par le terme de « *parents* ». Cependant, **la suppression de la référence au genre (entendu ici comme la division de l'humanité en deux groupes sexués) n'a pas survécu aux travaux de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale et du Sénat, qui témoignent d'une volonté de maintenir les termes de « mère » et de « père » dans le texte législatif.** Un amendement adopté à l'initiative du Rapporteur de la Commission des lois et de la Commission des affaires sociales et modifié par le Sénat, propose ainsi un article 6-1 avant le titre I du Livre I du Code civil, qui énonce que « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ; au a) de l'article 34, les mots : 'père' et 'mère' sont remplacés par le mot : 'parents' ; au dernier alinéa de l'article 75, les mots : 'mari et femme' sont remplacés par le mot : 'époux' ; au deuxième alinéa de l'article 371-1, les mots : 'père et mère' sont remplacés par le mot : 'parents' ».*

Cette nouvelle disposition a rendu par conséquent l'essentiel des dispositions sexuées du Livre I expressément applicables aux couples de personnes de même sexe, mais **ne conduit pas à remettre en cause le genre des époux et des parents.** Cela est particulièrement significatif s'agissant du maintien des termes de « *père* » et de « *mère* » dans le Code civil : **le régime de la filiation reste façonné en référence au modèle reproductif hétérosexuel, alors même que la possibilité de l'adoption, notamment par une personne célibataire, attestait déjà d'une séparation entre le lien de filiation et le lien biologique.** On peut dès lors considérer que l'article 6-1 du Code civil apprécie l'application des dispositions du Code relatives au mariage comme une exception s'agissant des couples de personnes de même sexe : le modèle du mariage hétérosexuel reste par conséquent le principe, la norme de référence. Par ailleurs, la réforme ne concerne pas le titre VII du Livre I du Code civil, relatif à la filiation. Il en résulte par exemple que la filiation ne peut pas être établie par la présomption de paternité, prévue à [l'article 312 du Code civil](#). Il est en outre exclu qu'une « *présomption de maternité* » puisse permettre d'établir la filiation entre un enfant né au sein d'un couple marié composé de deux femmes. **Le régime de la présomption de paternité reste par conséquent attaché au modèle du couple marié hétérosexuel, et de l'enfant conçu par un acte sexuel entre les époux.**

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe a également des incidences dans le domaine des droits sociaux, nécessitant une coordination de certaines dispositions du Code de la sécurité sociale. En matière de retraite, le mariage entraîne, en cas de décès d'un des époux, le droit pour le conjoint survivant à une pension de réversion ([articles L. 353-1 à L. 353-6 du Code de la sécurité sociale](#)), ce qui présente une avancée majeure pour les couples de personnes de même sexe, puisque ni le régime du PaCS, ni le concubinage, ne permettent de prétendre à un tel droit (voir notamment sur ce point la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui juge que la différence de traitement des couples homosexuels pacsés et des couples hétérosexuels mariés concernant le droit à une pension de réversion, ne constitue pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : CJUE, 1<sup>er</sup> avril 2008, [Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen](#), C-267/06).

Par ailleurs, le dispositif actuel de la majoration de durée d'assurance ([article L. 351-1 à L. 351-6 du Code de la sécurité sociale](#)) prévoit une première majoration de quatre trimestres, accordée à la

mère à raison de l'incidence sur sa carrière de la maternité, de la grossesse et de l'accouchement. En cas d'adoption, cette majoration est accordée à l'un des parents à raison des démarches liées à l'adoption et à l'accueil de l'enfant. Une seconde majoration est également prévue au titre de l'éducation de l'enfant, majoration de quatre trimestres accordée au couple, à raison de l'incidence sur la carrière de l'éducation de l'enfant pendant les quatre années suivant sa naissance ou son adoption. Pour ces régimes de majoration en cas d'adoption ou d'éducation, les parents font le choix d'attribuer cette majoration à l'un d'entre eux ou de se la partager. Mais en cas de silence ou de désaccord entre les parents, le régime actuel présume que la totalité des trimestres a été attribué implicitement à la mère, ce qui présente des difficultés s'agissant des couples de personnes de même sexe. **Ceci pose également la question des stéréotypes de genre liés à une telle solution, qui présume que la mère est chargée de l'éducation de l'enfant** (sur la sanction des stéréotypes de genre dans la répartition des rôles parentaux, v. Cour EDH, G.C. 22 mars 2012, [Konstantin Markin c. Russie](#), Req. n° 30078/06 – [ADL du 27 mars 2012](#)).

Le projet de loi propose donc pour ces situations soit un partage égal pour les trimestres liés à l'éducation ou à l'adoption, soit la majoration pour chacun des parents de deux trimestres pour un enfant né ou adopté conjointement, et deux trimestres pour un enfant élevé conjointement. En ce qui concerne les droits en matière d'indemnisation du congé d'adoption, prévu au bénéfice du salarié adoptant, [les articles L. 331-7 et suivants du Code de la sécurité sociale](#) énoncent que le congé d'adoption bénéficie à la mère adoptante, à la « *femme assurée* », qui peut néanmoins céder tout ou une partie de son droit à indemnisation au père. Au regard des difficultés soulevées par ces dispositions pour les cas où les adoptants sont deux hommes ou deux femmes, le projet de loi entend modifier ces dispositions afin de prévoir le bénéfice du congé d'adoption pour les adoptants sans considération de genre.

\*

L'adoption du projet de loi n'a cependant pas été sans difficultés. Les questions juridiques, politiques et sociales soulevées lors de l'élaboration et l'examen du projet de loi ont fortement divisé à la fois la classe politique et la société civile.

\*

## **2°/- L'examen du projet de loi : le temps de la discorde**

Les débats parlementaires reflètent les controverses violentes qui ont animé le pays pendant de nombreux mois sur la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. Dès l'instant où la question a été propulsée dans la sphère des débats publics, les positions ont été très tranchées, confondant arguments techniques, scientifiques et axiologiques. A ce propos, sous couvert d'un compromis démocratique visant à protéger les valeurs défendues par les détracteurs du projet, le Président de la République a déclaré qu'une « *clause de conscience* » serait réservée aux maires opposés à l'idée du mariage des personnes de même sexe. La question de la validité de cette clause – certes juridiquement valable dans certains cas particulier, tel que celui de l'interruption volontaire de grossesse ([Article R- 4127-18 du Code de santé publique](#)) – a fait l'objet d'une grande polémique (voir notamment [la prise de position de Daniel Borrillo](#)) jusqu'à ce que François Hollande réaffirme **le principe d'égal application de la loi pour tous et le statut particulier des maires – à l'inverse des médecins – comme membre direct du pouvoir exécutif** (voir les [articles de presse](#) sur la question).

Au lendemain de l'adoption du projet de loi par le Conseil des ministres le 7 novembre 2012, la Commission des lois de l'Assemblée nationale s'est saisie de son examen, en auditionnant en premier lieu des « *experts* » sur l'extension du mariage aux couples de personnes de même sexe. Ainsi, les personnalités auditionnées en tant que spécialistes de la question ont été appelées à se prononcer sur les conséquences pour notre société de l'instauration d'un mariage ouvert aux couples de personnes de même sexe et *a fortiori* sur la possibilité d'adopter pour ces mêmes couples. Ainsi, plus de quatre-vingt auditions ont permis aux sociologues, psychanalystes et pédopsychiatres, juristes,

associations de protection de la famille et de l'enfance, représentants français des cultes, associations de défense des homosexuels, des parlementaires étrangers, des ethnologues et des enfants de familles homoparentales de s'exprimer, avant que la Commission des lois de l'Assemblée nationale n'adopte définitivement le projet le 17 janvier 2013 ([auditions disponibles en ligne](#)). **La pertinence de ces auditions n'a cependant pas fait l'unanimité** : alors que certains ont remis en question l'objectivité du choix des personnes convoquées, faisant valoir qu'une grande majorité était déjà en faveur du « *mariage pour tous* » (Natalia Trouiller, « [Auditions sur le mariage pour tous : une méthode contestée](#) », in *La Vie*, 22 novembre 2012), d'autres ont pu douter de la légitimité de celles-ci, au regard à la fois du bien-fondé du savoir médical sur la question et de la neutralité scientifique des juristes convoqués. Par ailleurs, les prises de positions dans le débat public de certains professeurs de droit, parlant au nom du droit sous couvert d'une rationalité savante – et non d'un avis personnel – ont également été critiquées (voir notamment, en réponse à la pétition de 170 enseignants-chercheurs des facultés de droit adressée aux sénateurs, [le texte de Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats, Stéphanie Hennette-Vauchez et Eric Millard](#)).

Sur le terrain procédural, les députés de l'opposition ont joué la carte de l'obstruction parlementaire, technique visant à retarder l'adoption d'une loi. Environ 5 500 amendements ont été déposés, ce qui souligne incontestablement la réticence de la droite à l'adoption de cette loi. De surcroît, l'opposition a fortement insisté pour organiser un appel au peuple par la voie référendaire ([article 11 de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958](#)), ce qui aurait eu pour effet de retarder davantage le processus législatif. Cela a néanmoins été refusé par le gouvernement, qui a estimé que le mariage pour les couples de personnes de même sexe n'entraîne pas dans le champ d'application dudit article. En effet, un référendum sur ce fondement ne peut être prévu que pour les projets de loi « *portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions* ». Cependant, même en l'absence de référendum, les français se sont largement exprimés sur la question : lors de manifestations, les citoyens ont défilés dans l'espace public pendant plusieurs mois pour signifier leur accord ou leur désaccord avec la réforme.

Preuve supplémentaire des discordes importantes qui ont animé le débat, la CNCDH a connu pour première fois de son histoire [une opinion dissidente](#), dans son avis du 24 janvier 2013.

Cette amorce controversée n'a fait que précéder une joute parlementaire animée. Touchant aux valeurs fondamentales de notre société, le débat a mêlé arguments politiques, juridiques, sociologiques et même médicaux. Les défenseurs de la loi se sont avant tout fondés sur l'égalité et la nécessaire adaptation du droit aux évolutions sociétales (**A**), alors que l'opposition a vigoureusement refusé la consécration de droits subjectifs (le droit au mariage et à l'adoption) au nom de la protection de valeurs institutionnalistes (la défense du mariage comme institution) (**B**).

## **A – Les arguments en faveur de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe**

La loi sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe a été élaborée pour répondre aux revendications d'égal accès aux droits, plus précisément de l'égal accès au libre choix de se marier ou de ne pas se marier, dans une perspective de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. **L'exclusion des couples de personnes de même sexe du mariage, justifiée jusqu'alors par les juridictions civiles par la différence de situation entre ces couples concernant la capacité de procréer, est désormais reconnue juridiquement comme une discrimination**, c'est-à-dire comme une différence de traitement illégitime. Bien que les couples de personnes de même sexe aient la possibilité d'organiser leur vie commune par [un PaCS](#), ce dernier ne garantit pas à ces couples des droits équivalents à ceux des couples de personnes de sexes différents mariés.

En effet, **des différences importantes existent entre le mariage et le PaCS**, d'abord en ce qui concerne les conditions de formation : le mariage est formé par un libre échange de consentement lors d'une cérémonie publique par l'officier d'état civil alors que le PaCS est un contrat conclu par un



acte sous seing privé ou un acte authentique et enregistré au greffe du tribunal d'instance. De même, les modes de dissolution diffèrent, puisque le PaCS peut être rompu unilatéralement sans délai alors que le mariage ne peut être rompu que par une procédure de divorce devant les tribunaux judiciaires, après deux ans de séparation des conjoints, en raison d'une faute commise par l'un des époux, ou par consentement mutuel. Enfin, les deux modes d'organisation de la vie commune produisent des effets inégaux sur le statut personnel des intéressés. Par exemple, les partenaires ne peuvent pas, contrairement aux mariés, faire usage du nom de l'autre partenaire. Ils ne peuvent pas non plus prétendre à la succession *ab intestat*, c'est-à-dire sans dispositions testamentaires. En outre, le partenaire étranger qui a conclu un PaCS avec un français ne peut pas acquérir la nationalité française par cet acte, contrairement à un étranger marié à un français, qui le peut sous réserve de certaines conditions. Le partenaire n'a par ailleurs aucun droit à une pension de réversion en cas de décès de l'autre partenaire. De plus, l'adoption conjointe et l'adoption de l'enfant de l'autre époux sont réservées uniquement aux couples mariés.

**Ces différences entre les deux modes d'organisation de la vie commune ont donc conduit à des inégalités significatives entre les droits des couples de personnes de même sexe et ceux des couples de personnes de sexes différents, considérées désormais comme des discriminations.** La volonté du législateur de lutter contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle a d'ailleurs conduit à dépasser le seul cadre de la question du droit au mariage : le projet de loi insère en effet à l'article L. 1132-3-2 du Code du travail une disposition qui prévoit qu'aucun *« salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité »*.

Les auteurs de la loi font également valoir **l'évolution de la conception du mariage, aujourd'hui détachée de la finalité reproductrice du couple et fondée davantage sur les fonctions sociales de solidarité et d'assistance, voire d'épanouissement individuel.** Il est certes admis que la conception du mariage héritée du droit romain et du christianisme percevait cette institution comme l'acte fondateur d'une famille. L'un des arguments récurrents pour refuser l'institution matrimoniale aux couples de personnes de même sexe est celui de la finalité procréatrice du mariage dont la nature serait donc uniquement hétérosexuelle. L'interdiction de l'union entre personnes de même sexe serait, selon cette conception, l'un des fondements du mariage civil, au même titre que la monogamie et l'exogamie. Cette conception se confond avec celle retenue par le droit canon, qui définit le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme ayant pour but naturel la procréation (Code de droit canon de 1983, canon 1096 : *« le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée pour la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle »*).

Cependant, le mariage civil et laïc a abandonné la procréation comme fondement et condition de cet engagement. **Contrairement au droit canon, le droit civil ne reprend pas la procréation, la « copula carnalis », comme condition de validité du mariage.** On constate plutôt une indifférence du mariage civil à la procréation, puisque le droit n'interdit pas les mariages des couples ne pouvant ou ne voulant pas procréer, les unions entre personnes âgées et même les mariages posthumes. **Il n'y a dès lors aucune exigence juridique de procréation ni de perpétuation de l'humanité, seul le consentement réel et exempt de vice suffit pour se marier civilement.** La dissociation progressive entre le mariage et la filiation, notamment par la suppression de la distinction entre filiation légitime et naturelle, témoigne d'ailleurs de cette évolution conceptuelle du mariage au regard de sa finalité procréative ([Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation](#)). L'étude d'impact du projet de loi énonce sur ce point qu'une majeure partie des naissances de premiers enfants (56 %) concerne aujourd'hui des couples non-mariés, alors que de telles naissances hors-mariages étaient encore rares en 1974 (8,5 %). Par conséquent, non seulement le mariage n'implique pas nécessairement la procréation, mais cette dernière est désormais largement détachée de l'institution matrimoniale. L'argument selon lequel les couples de personnes de même sexe ne pourraient prétendre au mariage en raison de leur incapacité à procréer ne semble donc pas correspondre à l'évolution de la conception du mariage défendue par les auteurs de la loi.

Par ailleurs, **en permettant aux couples de personnes de même sexe d'adopter, les législateurs entendent réformer le droit de la famille afin de répondre à de nouvelles situations.**

En effet, le refus des acteurs juridiques de reconnaître l'accès à la parenté aux couples de personnes de même sexe a conduit à nier juridiquement et socialement certaines situations familiales dans lesquelles les enfants sont élevés par deux parents de même sexe. [L'Institut National d'Etudes Démographiques](#) évalue à près de 40 000, et les associations de familles homoparentales à 30 000, le nombre d'enfants élevés aujourd'hui en France par des couples de même sexe (statistiques reprises dans la première partie de [l'étude d'impact sur le projet de loi](#)). Différents cas de figure sont envisageables, mais dans toutes les hypothèses, le lien de filiation est toujours établi entre l'enfant et l'un des membres du couple uniquement.

Le couple de personnes de même sexe peut, dans un premier cas, élever un enfant issu d'une précédente union de l'un des membres du couple. Dans une seconde hypothèse, le couple élève un enfant qui n'est pas le fruit d'une précédente union : soit l'une des membres a donné naissance à un enfant destiné à être élevé par le couple et dans ce cas la filiation est établie uniquement entre l'enfant et la femme qui a accouché ; soit l'enfant a été adopté par l'un des membres du couple, le droit français autorisant l'adoption par une seule personne ([article 343-1 du Code civil](#) pour l'adoption plénière et [article 361 du Code civil](#) pour l'adoption simple). Dans ce cas, le lien de filiation ne concerne que l'adoptant et l'adopté.

Rappelons que **la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention pour avoir refusé à une personne homosexuelle l'agrément nécessaire pour adopter un enfant**. Un tel refus, implicitement fondé sur l'homosexualité de la requérante, a été considéré comme constitutif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, [E.B. c. France](#), Req. n° 43546/02 – [ADL du 22 janvier 2008](#)). Cette solution a par la suite été appliquée par les juridictions internes : voir notamment la décision du TA de Besançon du 10 novembre 2009, qui a jugé illégal le refus d'agrément de la part du Président du Conseil général du Jura opposée à une femme homosexuelle en vue d'une adoption.

Mais l'article 365 du Code civil réserve les mécanismes d'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés, ce qui signifie que les couples de personnes de même sexe, qui ne pouvaient jusqu'alors pas se marier, étaient exclus de l'établissement du lien juridique de filiation avec l'enfant du partenaire ou du concubin (dispositif admis par la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07 – [ADL du 16 mars 2012](#) ; confirmée par Cour EDH, G.C. 19 février 2013, [X. et autres c. Autriche](#), Req. n° 19010/07 – [ADL du 26 février 2013](#)). Certes, le mécanisme de délégation-partage prévu à [l'article 377-1 du Code civil](#) permet de reconnaître un certain statut juridique à la deuxième personne qui élève l'enfant, **en autorisant le père ou la mère de l'enfant à saisir le juge aux affaires familiales afin de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à son partenaire ou concubin**. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis que cet article « *ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* » ([Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 24 février 2006, n° 04-17.090](#)). Cependant, depuis un arrêt de 2010, la Cour de cassation semble conditionner cette possibilité à l'existence de « *circonstances particulières qui imposeraient l'autorité parentale* » au regard de l'intérêt de l'enfant ([Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 8 juillet 2010, n° 09-12.623](#)).

Mais un tel mécanisme de délégation-partage ne permet en aucun cas, contrairement à l'adoption, l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant et le partenaire ou le concubin de son père ou de sa mère, même dans le cas où cette adoption serait réalisée par un couple stable et continu, et viserait « *l'intérêt supérieur de l'enfant* ». **C'est précisément au regard de l'intérêt des enfants élevés par des couples de personnes de même sexe que le législateur a souhaité permettre leur adoption par celui ou celle qui participe à son éducation, le lien de filiation pouvant « seul permettre une sécurisation du lien existant entre lui et l'enfant »** (selon les termes de [l'étude d'impact sur le projet de loi](#)).

Dans un même but, la loi reconnaît en outre les situations juridiques acquises à l'étranger par les personnes de même sexe devenues légalement parents à l'étranger. En effet, **la jurisprudence de la**

**Cour de cassation prévoit qu'en cas d'adoption plénière, la reconnaissance d'une décision étrangère ayant autorisé l'adoption à un couple de personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international.** Ce dernier interdit, selon l'interprétation de [l'article 57 du Code civil](#) donnée par la première Chambre civile, la transcription dans les registres d'état civil français d'un acte de naissance faisant apparaître un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe ([Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262](#)). Il est admis que lorsque l'acte de naissance établi régulièrement à l'étranger comporte un lien de filiation entre l'enfant et deux mères, l'acte peut être transcrit dans les registres d'état civil français uniquement lorsque la mère française a accouché de l'enfant. Dans ce cas, le lien de filiation ne concerne seulement que la mère qui a accouché. Le droit français ne reconnaît pas l'adoption conjointe et lien de filiation maternelle reconnu à l'étranger, et occulte ainsi la réalité de la situation familiale de ces personnes.

La loi tend à dépasser ces situations juridiques boiteuses, puisque **la mention d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe ne sera plus considérée par les juges comme contraire à l'ordre public international**, étant désormais explicitement prévue par la loi. La réforme concernant l'adoption permet certes à l'enfant de bénéficier à la fois d'une sécurité affective et de certains droits par rapport à l'adoptant, par exemple en matière de succession, mais elle a également une fonction de « *normalisation* » des situations familiales considérées encore aujourd'hui comme anormales, en dehors de la norme aussi bien juridique que sociale. L'attachement à un modèle familial qui détenait il y a encore peu de temps le monopole de la normalité, la famille composée d'enfants conçus par l'acte sexuel d'un couple hétérosexuel, semble aujourd'hui se heurter à l'émergence de **nouvelles conceptions de la famille**.

La loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe entend dès lors susciter et accompagner un changement social profond. Elle a un effet « *instituant* », pour reprendre les mots de Danièle Lochak, car si le droit évolue en même temps que les mœurs et les mentalités, il influence également ces dernières : il « *retranscrit et en même temps diffuse et perpétue une certaine idée de ce qui est considéré comme normal à un moment donné* » (Danièle Lochak, « *Egalité et différence. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit* », in *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1999, pp. 39-63). De ce point de vue, **la loi, par son processus de normalisation, participe à la reconnaissance sociale des personnes et des couples homosexuels, en remettant en cause la prédominance du modèle hétérosexuel**. Elle vise également à dépasser un modèle familial unique en reconnaissant l'existence de situations familiales jusqu'alors en proie à l'invisibilité juridique et à l'exclusion sociale.

La portée structurelle de la réforme explique sans nul doute les réactions passionnées de l'opposition lors de l'examen du projet de loi.

## **B – Les arguments à l'encontre de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe**

En substance, l'opposition semble répartir ses arguments en trois grandes catégories d'idées, résumées par cette phrase du député Hervé Mariton, qui a affirmé que ce qui l'inquiétait était « *[le] droit des enfants, (...) l'avenir de la société, (...) [et] la transmission* » (pour tous les arguments cités *infra* par l'opposition, [voir les débats parlementaires en ligne](#)). Cette déclaration sous-tend les problématiques suivantes : premièrement, la protection des droits de l'enfant, et de son « *intérêt supérieur* », appréhendés comme barrières au « *droit à l'enfant* », que les couples de même sexe risqueraient d'acquérir en accédant à l'adoption ; deuxièmement les modifications sociétales profondes auxquelles l'adoption de la loi conduirait ; troisièmement, la négation du phénomène naturel de la procréation, qui ne peut avoir lieu qu'au sein d'un couple de personnes de sexes différents.

En faisant allusion à la « *transmission* », le député Mariton, comme bon nombre de ses collègues, a voulu axer sa démonstration sur le lien historique qui existerait entre le mariage et la procréation. Selon les opposants au projet de loi, il est nécessaire que ce « *processus naturel* » reste valorisé et que certains mécanismes juridiques de filiation telle que la présomption de paternité reste une réalité juridique, celle-ci étant la « *preuve d'un cadre familial équilibré* ». Selon cette conception, le mariage

n'est pas un simple contrat « *mais une institution intimement liée à la filiation* », filiation à comprendre ici comme assimilée à la procréation. Dans les craintes des députés de l'opposition, la consécration du mariage pour les couples de même sexe emporterait « *l'affaiblissement de l'institution du mariage et de la famille comme cellule de base de notre société* » puisque la solidité de la famille reposerait sur la conjugaison d'une dimension naturelle et d'une dimension culturelle. En éclipsant la conception naturelle du mariage au profit d'une dimension exclusivement culturelle, la réforme fragiliserait ainsi la famille et donc la société toute entière.

De plus, la consécration du mariage pour les couples de personnes de même sexe conduirait à l'indifférenciation sexuelle du droit, vivement critiquée par les détracteurs du projet de loi (il s'agit de la remise en question de la *théorie du genre*, interprétée et considérée par l'opposition comme la négation d'une caractéristique fondamentale de l'être humain, son sexe, et une subversion inacceptable de l'ordre social). L'indifférenciation sexuelle par le droit aurait des conséquences désastreuses en ce qu'elle nierait, premièrement, le phénomène naturel de procréation inhérent au mariage (cf. *supra*) et deuxièmement, en ce qu'elle risque d'entraîner un changement sociétal d'une ampleur considérable. La différence sexuelle servant de catégorie structurante de notre société, sa remise en cause pourrait ainsi tendre à relativiser la répartition historique des rôles sociaux attribués aux hommes et aux femmes, organisant traditionnellement les sociétés patriarcales, qui peut pourtant être considérée comme synonyme d'inégalités de genre.

Par ailleurs, ce changement sociétal créé par l'extension du mariage pour les couples de personnes de même sexe risquerait, selon l'opposition, d'ouvrir la voie à des dérives inconcevables. Aux termes de cette prédiction, il n'y aura, dans les faits et malgré la loi, pas plus d'adoptions internationales qu'il n'y aura d'adoptions internes, ce qui conduira à « *régulariser les transgressions qui auront lieu à l'étranger par le biais de la procréation médicalement assistée [PMA] et la gestation pour autrui [GPA]* ». L'ouverture éventuelle de la PMA aux couples de personnes de sexe féminin initialement envisagée par le projet de loi a été un point de désaccord très sensible lors de cette joute parlementaire. Cette proposition a été l'une des plus critiquées par l'opposition et le président Hollande a déclaré préférer attendre l'avis du [Conseil consultatif national d'éthique](#) sur ce point.

**L'accès à la PMA pour les couples de personnes de même sexe n'apparaît donc pas dans la loi.** Cependant, pendant tous les débats parlementaires, l'angoisse liée à une telle possibilité a été très présente. Pour les opposants au projet, l'accès au mariage aux couples de personnes de même sexe conduira nécessairement, sur le court, le moyen ou le long terme, à l'accès à la PMA pour les couples de personnes de même sexe (nécessairement féminin en l'état actuel de la médecine et des techniques scientifiques en la matière). Or, toujours selon les opposants, un tel accès serait contraire à l'intérêt de l'enfant qui devra, à l'instar d'un enfant adopté par un couple de personnes de même sexe, non seulement grandir avec des parents de sexes différents (le contraire nuirait à son développement personnel) mais à qui l'on devra également « *mentir* » sur ces origines en lui faisant « *croire* » qu'il a été conçu par deux femmes. Cet argument assez curieux – puisque personne ne doute qu'un tel *mensonge* serait difficilement soutenable sur le long terme au XXI<sup>ème</sup> siècle – est lié à la construction même de la PMA en France qui repose, non sur une forme alternative de procréation mais sur le modèle nommé par Irène Théry du « *ni vu ni connu* (Irène Théry, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Editions de l'EHESS, 2010), modèle où les normes juridiques permettent actuellement à un enfant d'ignorer que ses parents ont pu avoir accès à une PMA, voire même à une insémination artificielle avec tiers donneurs (IAD). **L'opposition craindrait-elle alors que le secret d'une PMA ou d'une IAD (considéré pendant longtemps comme un « *adultère médicalisé* ») ne soit plus possible lorsque son accès sera autorisé pour un couple de femmes (qui ne pourront pas mentir à l'enfant issu de cette procréation assistée) ?** Un tel procédé argumentatif s'appuie sur les angoisses virulentes liées au « *droit à l'enfant* ». Actuellement réservée aux couples hétérosexuels stériles, la PMA en tant que réponse médicale à un problème médical ne saurait devenir un processus de convenance permettant de combler les désirs d'enfants de tout à chacun.

Suivant un raisonnement assez similaire, **l'opposition pense que l'accès à la PMA finirait par autoriser le mécanisme de gestation pour autrui en France.** Utilisant une rhétorique argumentative basée ici sur l'égalité substantielle des droits entre les hommes et les femmes, l'opposition craint

qu'une fois l'IAD autorisée en France pour les couples de personnes de même sexe féminin, il faudra trouver un processus similaire permettant aux couples de personnes de même sexe masculin d'avoir un enfant. Le don de gamètes risquant d'être comparé au « *don de gestation* » il n'y a alors plus qu'un pas avant qu'une femme n'accepte de mettre à la disposition d'un couple ses fonctions gestatrices (son « *ventre* ») pour permettre à deux hommes d'avoir un enfant ensemble. **Un tel procédé est actuellement impensable en droit français puisqu'il est strictement interdit, notamment en raison du principe (aux fondements discutables) de l'indisponibilité du corps humain et la non-instrumentalisation de la femme au nom du respect de sa dignité.** L'opposition affirme que de telles dérives résulteraient de l'instauration du mariage des couples de personnes de même sexe et crée dès lors un amalgame entre l'adoption, la PMA et la GPA.

Pourtant, ces trois mécanismes permettent certes de devenir parent, mais les paradigmes juridiques qui les sous-tendent sont en revanche plutôt distincts les uns des autres : le premier est lié à la reconnaissance du rôle de la volonté dans la filiation, les deux autres touchent plutôt des problématiques liées au corps, bien plus difficiles à appréhender juridiquement et sociologiquement. Or, si la réaffirmation de la volonté comme fondement principal d'une famille et la reconnaissance culturelle de l'éducatif et de l'affectif sont des finalités premières de la loi relative au mariage pour tous, **la PMA et la GPA interrogent quant à elle le lien existant entre le droit et la science et d'autres problématiques bioéthiques qui ne sont pas développés dans la présente loi.** Cette assimilation nouée de craintes faite par l'opposition a d'ailleurs pu être évitée dans d'autres pays européens, qui ont traité distinctement chacune des questions en autorisant, par exemple, l'adoption par des couples de personnes de même sexe, tout en excluant un accès à la PMA ou à la GPA (comme l'Allemagne) ou en autorisant la PMA sans autoriser la GPA (comme l'Espagne).

Indéniablement, **ces arguments ont démontré à quel point l'opposition a été hostile à l'idée que des couples de personnes de même sexe puissent devenir parents.** L'interdiction de l'accès de ces couples à l'adoption a en effet été le cheval de bataille principal de l'opposition (plus que l'ouverture du mariage en tant que tel ; raison pour laquelle certains opposants se sont dit favorables à la création d'une union civile qui donneraient les mêmes droits maritaux aux couples de même sexe, tout en leur refusant les dispositions liées à la constitution d'une famille). Les députés ont fait valoir la nécessité pour le bon développement d'un enfant d'être auprès d'un père et d'une mère, l'altérité sexuelle étant « *une condition de l'équilibre, de l'épanouissement, de l'éducation, du rayonnement et de la progression* ». Il ne faudrait pas, selon eux, perdre de vue que le mécanisme premier de l'adoption est de donner des parents à un enfant qui n'en a pas et non de fournir un enfant à des parents qui ne pourraient pas en avoir. **Apparaissent alors ici les angoisses anthropologiques souvent exprimées quant à l'éventuelle consécration d'un « droit à l'enfant », revendication considérée comme consumériste, individualiste, voire égoïste.** Selon l'opposition, il faudrait déterminer les contours de ce que peut être le « *désir d'enfant* » afin que ce dernier ne soit pas instrumentalisé par les désirs personnels de chacun (ou plus exactement des couples de personnes de même sexe).

\*

Le cheminement législatif fut difficile, le parcours du texte ayant eu lieu dans une ambiance particulièrement homophobe (agressions répétées, comparaisons douteuses, discours à la limite de la légalité pénale). Rappelons sur ce point que [les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881](#) condamne la provocation, par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap et la provocation, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par [les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal](#). Quoiqu'il en soit, au terme de ces débats parlementaires houleux, une dernière étape restait à franchir : **la loi sur l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe devait encore être soumise au contrôle de constitutionnalité avant d'être promulguée.**

\*



### **3°/- La validation de la loi par le Conseil constitutionnel : la fin d'une épopée législative**

Le 23 avril 2013, le Conseil constitutionnel français a été saisi pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi relative à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, celle-ci étant considérée par les requérants comme inconstitutionnelle, tant au regard de sa procédure législative (A), que de la nouvelle définition du mariage et de la filiation qu'elle propose (B). [Soixante sénateurs](#) et [soixante députés](#) ont fait valoir, par le biais de deux saisines distinctes, en reprenant en majeure partie les mêmes arguments, que cette « *réforme de civilisation* » était entachée d'une illégitimité exigeant sa censure au regard de la Constitution. Les requérants ont ainsi tenté de qualifier juridiquement les arguments politiques et axiologiques évoqués lors des débats sociétaux et parlementaires, se fondant sur diverses dispositions constitutionnelles. **Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas fait droit à leur demande et a définitivement validé cette loi le 17 mai 2013**, après un examen précis des griefs soulevés par les auteurs de la saisine, en laissant une marge d'appréciation importante au législateur.

#### **A – La constitutionnalité de la procédure d'adoption de la loi**

Selon les députés, le processus législatif a été mené dans l'urgence et la précipitation, signes d'un travail parlementaire peu approfondi. Le mauvais déroulement de la procédure législative et le manque de qualité de la législation méconnaîtraient dès lors le principe de sécurité juridique, ainsi que les principes de loyauté, de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

Sur ce point, l'un des premiers motifs de la requête des sénateurs et des députés a été notamment l'insuffisance manifeste des travaux préparatoires et de l'étude d'impact. En vertu de [la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009](#), les projets de loi doivent être accompagnés d'une étude d'impact. Selon les requérants, le rapport rendant compte de cette étude serait notoirement insuffisant. De graves carences empêcheraient les parlementaires d'apprécier avec sincérité les conséquences de la loi sur le plan juridique et social. Il est en effet possible selon eux de constater l'absence d'évaluation de l'impact des effets psychologiques, affectifs et éducatifs sur les futurs enfants des couples de personnes de même sexe. Il manquerait également une évaluation des coûts qu'une telle réforme risquerait d'engendrer pour la nation, ainsi qu'une évaluation de la constitutionnalité d'une telle loi, ou de ses conséquences pour la filiation. Par ailleurs, l'étude d'impact, qui fait un bref état des lieux des législations étrangères ayant déjà ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe, n'apporterait pas un éclairage précis sur la portée de ces réformes.

Les requérants ont également fait remarquer au Conseil constitutionnel que les organismes consultés lors des auditions avaient tous émis des réserves importantes sur la question. La Caisse nationale des allocations familiales et l'académie des sciences morales et politiques ont rendu en effet des avis négatifs, la première regrettant une « *remise en cause de la famille* » ([voir sur l'avis de la CNAF](#)), la seconde s'inquiétant d'un tel « *bouleversement du droit* » au regard de la transformation profonde du droit de la filiation ([l'avis de l'ASMP](#)). Ils regrettent en outre que des organes « *compétents* » tels que l'Académie française, le Conseil économique, social et environnemental, ou le Comité consultatif national d'éthique, n'aient pas été consultés, et que la pétition signée par plus de 700 000 citoyens, [en vertu de l'article 69 de la Constitution](#), n'ait pas été examinée. De plus, les auteurs de la saisine reprochent à l'étude d'impact de ne pas avoir assez approfondi la question de la compatibilité de la loi avec les conventions internationales, alors même que la réforme leur semble contraire à la [Convention internationale relative aux droits de l'enfant](#) (CIDE) du 20 novembre 1989, notamment au regard de la protection qu'elle garantit à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le Conseil constitutionnel a néanmoins jugé qu'aucune demande n'a été portée à la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale au moment de la procédure législative, tendant à faire constater la méconnaissance des règles relatives à l'étude d'impact. Surtout, **l'étude d'impact semble suffisamment approfondie au regard des multiples auditions réalisées à cette fin**. Il n'y a dès lors aucune violation de la loi organique du 15 avril 2009, ni aucune atteinte aux « *exigences constitutionnelles de clarté et de sincérité des débats parlementaires* ».

Les députés contestent également le non respect du droit d'exercice du temps exceptionnel par un président de groupe. [L'article 49 du règlement de l'Assemblée nationale](#) réglemente l'organisation du temps de la discussion générale et le temps maximum de discussion dit « *temps législatif programmé* ». Afin de garantir les droits de l'opposition, le temps législatif programmé a été encadré par certaines garanties : l'article 49 dispose pour ce faire qu'« *une fois par session, un président de groupe, peut obtenir de droit un allongement exceptionnel de cette durée dans une limite maximale fixée par la conférence des présidents* ». Or lors de la Conférence des présidents du 15 avril 2013, convoquée d'urgence, concernant la seconde lecture du projet de loi, la majorité aurait refusé au président de groupe de recourir à son temps exceptionnel garanti pourtant par cette procédure. Les exigences de clarté et de sincérité du débat auraient dès lors été sciemment méconnues de même que les droits spécifiques aux groupes d'opposition reconnus par [l'article 51-1 de la Constitution](#). Toutefois, **le juge constitutionnel a estimé suffisante et conforme à ces exigences, la durée de vingt-cinq heures prévue pour l'examen du projet de loi en deuxième lecture**. Le fait de refuser au président de groupe le recours à un temps exceptionnel n'a dès lors pas méconnu les droits de l'opposition prévus l'article 51-1 de la Constitution.

L'un des arguments procéduraux centraux du recours a consisté en la critique du refus par le gouvernement d'instaurer un référendum. En effet, aux termes la saisine, le gouvernement en persistant à soumettre un texte aux effets sociaux considérables à la seule procédure parlementaire ordinaire, se réfugiant pour cela derrière une distinction entre « *questions sociales* » et « *questions sociétales* », alors même que cette question divise la France entière, n'a pas respecté la Constitution. L'illégitimité de la loi serait d'ailleurs en partie fondée sur le défaut d'assentiment d'une majeure partie du peuple français, révélée notamment par l'hésitation du président de la République à permettre aux officiers d'état civil de se soustraire à l'obligation de célébrer un mariage entre personnes de même sexe, sur le fondement de la liberté de conscience. Les requérants ont par conséquent appelé le Conseil constitutionnel à juger qu'une telle réforme impliquait une révision de la constitution. Ce dernier n'a pourtant pas fait droit à leur requête : il ne s'est prononcé ni sur le grief tiré du défaut d'assentiment du peuple français, ni sur le refus de constituer un référendum relatif à la légitimité de la loi, laissant l'appréciation de l'opportunité d'une telle question à la majorité politique. Les juges ont en effet rappelé que : « ***l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen*** ».

La procédure législative d'élaboration et d'adoption du projet de loi a par conséquent été déclarée conforme à la Constitution. Il en a été de même s'agissant de la nouvelle définition du mariage et de la filiation instaurée par la loi.

## **B – Une définition législative du mariage et de la filiation conforme à la Constitution**

Selon les requérants, la définition du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme en vue de procréer serait un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Elle s'imposerait au législateur qui ne pourrait le remettre en cause par l'adoption d'une loi ordinaire. Une telle réforme nécessiterait ainsi une révision de la Constitution qui requerrait elle-même une majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés par les parlementaires réunis en Congrès. Ce principe serait fondé sur « *l'ordre physique de la nature* » et le droit naturel réaffirmé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Il convient de rappeler que pour établir des PFRLR (évoqués à l'alinéa 1<sup>er</sup> le Préambule de la Constitution de 1946), le juge constitutionnel (depuis les décisions [n° 71-44 DC du 16 juillet 1971](#) et [n° 88-244 DC du 20 juillet 1988](#)) et le Conseil d'Etat (depuis [l'arrêt Koné du 3 juillet 1996](#)) se fondent **sur la tradition républicaine et sur la récurrence d'un tel principe dans des lois républicaines antérieures à 1946, sans pour autant expliciter, dans la plupart des cas, le passage d'un énoncé législatif à un principe constitutionnel** : « *peu importe, semble-t-il, la façon dont le principe est 'extrait' des textes de référence, l'essentiel est qu'au moins l'un d'entre eux soit*

mentionné » (Véronique Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica-PUAM, 2001, p. 123). Dès lors, les parlementaires se réfèrent aux diverses lois qui, entre 1792 et 1946, ont retenu, selon eux, une conception hétérosexuelle du mariage, fondée sur la procréation. Ainsi, la loi du 20 septembre 1792 et le Code civil, lorsqu'ils définissent les conditions d'âge pour contracter mariage, font référence à la puberté, l'âge nubile différent pour chaque sexe, confirmant le lien entre mariage et procréation. De plus, les interprétations de ces textes données avant 1946 par les acteurs du droit serait une preuve supplémentaire de l'existence du principe d'hétérosexualité du mariage (les requérants font par exemple mention des conclusions du procureur général Baudoin sur un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903 : « *la condition essentielle du mariage, c'est donc bien que les époux soient de sexe différent : l'un, un homme, l'autre, une femme. Et c'est si évident que le code n'a même pas cru qu'il fut nécessaire de l'exprimer* »).

L'invocation d'un tel PFRLR par une partie de la doctrine pour contrer la réforme législative du mariage (Lucie Candide [pseudonyme], « Le sexe, le mariage et la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 octobre 2012, N° 278, p. 7 ; Pierre Delvolvé, « [Un homme, une femme](#) », *Le Figaro*, 8 novembre 2012 ; François-Xavier Bréchet, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP*, Ed. Gén., n° 51, 17 décembre 2012, doctr. 1388) avait déjà suscité des critiques, relatives notamment à la méthode employée par ces auteurs (Alexandre Viala, « [Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise](#) », in *RDLE* ; Diane Roman et Xavier Dupré de Boulois, « [Le mariage, Napoléon et la Constitution](#) », *Le Figaro*, 8 novembre 2012). Selon cette critique, ces derniers chercheraient à instrumentaliser le droit positif en affirmant l'existence d'un PFRLR, pour justifier une démarche jusnaturaliste fondée sur leur propre conception du droit naturel qui protégerait « *un des fondements anthropologiques* » de la société : l'hétérosexualité du mariage (voir également la réponse à cette critique par [Anne-Marie Le Pourhiet](#)).

En tout état de cause, c'est bien au Conseil constitutionnel qu'il revient d'apprécier la « *fondamentalité du principe contenu dans les lois républicaines* » (Alexandre Viala, *op. cit.*). Or, **l'auteur fait valoir que la consécration des PFRLR par le juge constitutionnel opère généralement dans le sens d'une conception subjectiviste de la démarche, qui protège « l'individu davantage que les institutions »**. Selon cette conception, l'invocation d'un PFRLR pour défendre l'institution du mariage comme union hétérosexuelle, liée à des valeurs objectivistes, est donc vouée à l'échec, d'autant plus qu'elle vise à dénier un droit subjectif aux couples de personnes de même sexe. Sur la question de l'existence d'un tel PFRLR, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs estimé que l'évocation de la tradition républicaine et des différentes lois pour démontrer la conception hétérosexuelle du mariage ne suffisait pas à établir que cette tradition a donné naissance à un PFRLR. **Il convient de noter que le raisonnement des juges semble ici induire la recherche d'un PFRLR préexistant à sa reconnaissance par leur propre pouvoir de décision, alors même que ce dernier peut être considéré comme le fondement même de l'existence d'un tel principe**. C'est bien le Conseil constitutionnel qui apprécie si une tradition républicaine engendre ou non un PFRLR. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel a jugé que la règle selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ne saurait constituer un PFRLR, car elle n'intéresse « *ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics* ». Ainsi, la solution des juges atteste qu'une règle visant à défendre une institution et non à protéger des droits subjectifs individuels, ne remplit pas les conditions pour être qualifiée de PFRLR. Au-delà de cette solution, le Conseil constitutionnel a écarté l'argument selon lequel le mariage serait « *naturellement* » l'union d'un homme et d'une femme, et a estimé que l'hétérosexualité du mariage ne pouvait en aucun cas être fondée sur le droit naturel, contrairement à ce que soutenaient les requérants.

La preuve du caractère universel du principe résulterait également, selon les sénateurs, de l'affirmation par les conventions internationales (telles que la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 et les Pactes de Téhéran) du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, corroborant ainsi le consensus sur l'existence d'un droit naturel humain à l'hétérosexualité du mariage s'imposant au législateur. Mais le juge constitutionnel estime, selon une jurisprudence constante, qu'il « *n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en*

*application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France », refusant d'exercer un contrôle de conventionalité des lois. Cependant, le Conseil a tout de même écarté les griefs tirés de la méconnaissance de l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 (sur la conformité des lois au droit public international), en jugeant que l'article 1<sup>er</sup> de la loi n'entraînait pas une dérogation « *au principe selon lequel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ».*

Par ailleurs, selon les auteurs de la saisine, [l'article 34 de la Constitution](#) ne ferait entrer dans le domaine législatif que la réglementation relative au « *régime matrimonial* » et non celle relative au mariage en lui-même (soumis à la révision constitutionnelle). Le Conseil constitutionnel a néanmoins rappelé que les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes, domaine confié par l'article 34 de la Constitution au pouvoir législatif. Les juges ont également écarté le grief faisant valoir qu'en dénaturant le sens traditionnel de l'institution du mariage, l'article 1<sup>er</sup> de la loi déférée affecterait tous les mariages déjà contractés d'une erreur sur la qualité substantielle de l'institution et donc d'un vice du consentement et porterait atteinte à la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

En outre, les députés invoquent l'argument selon lequel le nouvel article 143 du Code civil violerait le principe d'égalité, prévu notamment à [l'article 6 de la Déclaration de 1789](#). Les couples de personnes de même sexe seraient en effet dans une situation « *fondamentalement* » et « *objectivement* » différente de celle des couples hétérosexuels, qui sont les seuls à pouvoir procréer par la voie d'un acte sexuel. Or, la procréation étant la « *finalité objective* » du mariage, il paraîtrait évident, selon cette conception, que ce dernier soit réservé aux couples dont la relation est ordonnée en vue de la procréation. **Au contraire, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'égalité n'est pas méconnu, puisque le législateur a décidé de traiter de façon identique des couples placés selon lui dans des situations similaires.** Il est en effet de jurisprudence constitutionnelle constante de reconnaître au législateur la faculté d'apprécier s'il existe des différences de situations entre deux catégories d'individus. Ainsi, « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation* ». De plus, même dans l'hypothèse où une telle différence de situation serait reconnue entre les couples homosexuels et hétérosexuels, le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe d'égalité n'imposerait pas au législateur de « *traiter différemment les personnes placées dans des situations différentes* ».

L'instauration d'une nouvelle règle de conflit de loi aux articles 202-1 et 202-2 du Code civil a conduit à faciliter les mariages entre deux personnes de même sexe à l'étranger, en prévoyant soit l'application de la loi personnelle de l'un des futurs époux français se mariant à l'étranger dans un pays qui refuse ce type d'union, soit l'application de la loi française lorsque deux futurs époux de même sexe célèbrent leur mariage en France alors même que la loi personnelle de l'un d'entre eux interdit ce type d'union. Or, cette disposition violerait le principe d'égalité, selon les requérants, car elle instituerait une règle de conflit de loi différente de celle prévue pour le mariage entre personnes de sexes différents. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas conclu à une telle violation du principe d'égalité. En effet, **le législateur pouvait tout à fait retenir des règles différentes pour les couples de personnes de même sexe, qui ne se trouvent pas dans une situation similaire à celle des couples de personnes de sexes différents lorsque leur loi personnelle ou la loi personnelle de l'un d'entre eux, prohibe le mariage entre personnes de même sexe.**

La différence de traitement entre les deux couples est donc dans ce cas justifiée par une différence de situation évidente. S'agissant de l'article 202-1 du Code civil, les requérants font encore valoir que l'instauration de cette nouvelle règle de conflit de loi présenterait un risque pour la sécurité juridique, car elle inciterait les couples étrangers à venir se marier en France pour contourner l'interdiction du mariage par leur propre loi nationale. Elle favoriserait encore les « *mariages blancs* » et conduirait à une augmentation des situations « *boîteuses* » dans lesquelles les mariages sont valables dans un pays et nuls dans un autre (alors même que la loi vise précisément à éviter ce type de situations). Mais les juges constitutionnels ont énoncé que **les éventuelles fraudes, abus ou détournements de la loi, ne sauraient constituer des motifs d'inconstitutionnalité de cette dernière.** Il appartient dès lors aux juridictions compétentes de contrôler et de réprimer de telles pratiques (sur les fraudes



en matière d'acquisition de la nationalité par le mariage, v. Cons. constit., Décision n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, [M. Omar S. – ADL du 9 avril 2012](#)).

Les dispositions relatives à la filiation adoptive violeraient selon les requérants un principe fondamental reconnu par les lois de la République : le « *principe de valeur constitutionnel de la filiation bilinéaire fondé sur l'altérité sexuelle* ». L'origine sexuée de la filiation compterait, au regard de cette conception parmi les droits naturels et imprescriptibles, raison pour laquelle la Cour de cassation en a fait « *un principe essentiel de la filiation française* » ([Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 7 juin 2012, n° 11-30261](#)). L'enfant aurait de ce point de vue un droit constitutionnellement garanti de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas reconnu un tel PFRLR. Il a en effet jugé que **les lois républicaines antérieures à 1946, relatives aux conditions de l'adoption et aux conditions d'établissement de la maternité et de la paternité, permettent de conclure à l'absence de reconnaissance d'un PFRLR relatif à un lien de filiation fondé sur l'altérité sexuelle**. Les juges font notamment référence à l'interdiction de recherche en paternité des enfants adultérins : ainsi jusqu'en 1972, les enfants adultérins n'avaient pas de père juridique, preuve d'une absence de « *droit à l'établissement d'une filiation à l'égard d'un père et d'une mère* » ou du caractère bilinéaire de celle-ci, le législateur ayant toujours détenu le pouvoir de limiter l'établissement des liens juridiques familiaux.

Toujours selon les auteurs de la saisine, le droit de mener une vie familiale normale imposerait que l'enfant soit élevé par un père et une mère. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe porterait atteinte au principe à valeur constitutionnelle du droit de l'enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et son père. La loi porterait ainsi atteinte à l'obligation faite au législateur d'assurer à l'individu les conditions nécessaires à son développement, ainsi que le respect de la dignité de la personne. Il y aurait dès lors une rupture d'égalité entre les enfants élevés par un père et une mère et les enfants élevés au sein d'un couple de personnes de même sexe. **Néanmoins, les juges constitutionnels ont rappelé que l'article 34 de la Constitution garantissait au législateur le pouvoir de fixer les règles relatives à l'état des personnes**. Le Conseil constitutionnel a exercé ici un contrôle minimum, en énonçant qu'il ne pouvait pas substituer sa propre appréciation à celle du législateur. Ce dernier a prévu, dans le cadre de ses pouvoirs, que **l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas en elle-même un obstacle à l'établissement d'une filiation adoptive** (en ce sens, v. aussi Cour EDH, G.C. 19 février 2013, [X. et autres c. Autriche](#), Req. n° 19010/07 – [ADL du 26 février 2013](#)). Le droit de mener une vie familiale normale n'imposait donc pas au législateur de reconnaître à l'enfant le droit d'être élevé par un père et une mère.

Le droit à la vie privée de l'enfant adopté par le biais de l'adoption plénière par un couple de personnes de même sexe serait en outre méconnu par la loi, car le secret de l'adoption, qui conduit l'enfant à croire qu'il est l'enfant « *biologique* » de ses parents, serait dans ce cas forcément rompu. Mais ce grief a été écarté par le Conseil constitutionnel, qui a estimé qu'**aucune exigence constitutionnelle n'imposait que la filiation adoptive soit dissimulée**. En somme, le droit au secret de l'adoption n'entre pas dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Par ailleurs, les auteurs de la saisine affirment qu'en instaurant la possibilité d'une double filiation maternelle et paternelle, en dépit de l'impossibilité physique pour un couple de personnes de même sexe de procréer, la loi favoriserait la conception d'enfants par procréation médicalement assistée – en principe strictement réglementée – et par le biais de la gestation pour autrui – interdite de façon absolue. La loi aurait dû, selon les requérants, explicitement traiter ces deux questions jugées problématiques. En l'absence de toute réglementation et en encourageant la PMA et la GPA, la loi violerait ainsi les garanties légales de la bioéthique imposées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui visent à assurer le respect de la dignité de la personne humaine. En validant les PMA et la GPA antérieurement réalisées en fraude et d'encourager des PMA et GPA futures, la loi porterait atteinte au principe d'intelligibilité de la loi et au principe de sécurité juridique. Car même si dans certains cas, la loi reconnaît une filiation juridique au détriment d'une filiation biologique (qu'il devient alors impossible de faire valoir) le droit français garantit à tout à chacun le droit à une filiation bisexuée et bilinéaire (même si sa reconnaissance matérielle n'est pas toujours *de facto* possible). En autorisant l'adoption plénière par un couple de personnes de même sexe, le législateur exclurait alors



les enfants adoptés des garanties offertes par le droit commun à l'ensemble des enfants et le doterait de plus d'un état civil fictif « *d'être humain non engendré* », sa filiation biologique étant parallèlement effacée. Cela conduirait ainsi à une rupture d'égalité entre les enfants de couples de personnes de même sexe et ceux de couples de personnes de sexe différents, non justifiée par une différence objective de situations entre ces deux catégories d'enfants.

Mais selon le Conseil constitutionnel, ces griefs doivent être écartés, car la loi n'a pas vocation à invalider [l'article 16-7 du Code civil](#) qui interdit strictement la gestation pour autrui, ni même [l'article L. 2141-2 Code de santé publique](#), qui conditionne l'accès à la procréation médicalement assistée à un problème d'infertilité pathologique au sein d'un couple formé d'un homme et d'une femme, en âge de procréer. Et bien que la loi ne garantissent la PMA que pour certains couples de personnes de sexes différents, ce qui a pour effet de placer les couples de personnes de même sexe dans une situation différente au regard de la procréation, il n'y a pas de rupture du principe d'égalité sur ce point. **Le législateur est en effet libre de réglementer des situations qu'il estime objectivement différentes.**

En outre, les députés estiment que la loi doit être questionnée s'agissant de la différence de traitement entre les couples d'hommes et les couples de femmes en matière d'accès à la PMA, qui conduit à exclure les couples d'hommes du bénéfice de cette dernière. Le juge constitutionnel ne s'est pas prononcé sur une telle violation du principe d'égalité : **il est vrai qu'aucune disposition de la loi ne prévoit l'ouverture de la PMA aux couples de personnes de même sexe.** Mais nul ne doute que la question aura l'occasion d'être posée ultérieurement.

Les auteurs de la saisine font également valoir que les dispositions de la loi relatives à l'adoption, en faisant primer la volonté des adultes sur les droits de l'enfant, conduirait à une réification de l'enfant, contraire au principe de dignité humaine. Ce dernier impliquerait que l'adoption doit être réalisée dans le respect le plus total de l'intérêt supérieur de l'enfant et non dans l'optique d'une consécration d'un droit à l'enfant pour les couples de personnes de même sexe. **Le Conseil constitutionnel a pour autant estimé que la loi n'instaurait pas un droit à l'enfant.** En effet, celle-ci ne soustrait pas les couples de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive, élaborés en vue de la protection de l'intérêt de l'enfant. **Cette réglementation ne proclame nullement un droit à l'enfant, mais plus un droit à voir sa demande d'adoption examinée par les autorités compétentes, lors de la procédure d'agrément des adoptants.**

Sur ce point, le Conseil constitutionnel a tout de même émis **une réserve** : la modification par la loi des dispositions du Code de l'action sociale et des familles relatives à la procédure d'agrément, ne doit pas conduire à ce que l'agrément soit délivré sans vérification, par l'autorité administrative, pour chaque situation, du respect de l'exigence de la conformité à l'adoption à l'intérêt de l'enfant, qui résulte du [dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946](#). Cette réserve tend à rappeler la nécessité d'un agrément et d'un contrôle judiciaire, dans le but de vérifier systématiquement le respect de l'intérêt de l'enfant, que le couple adoptant soit composé ou non de personnes de même sexe. Néanmoins, **au-delà de cette réserve, le Conseil constitutionnel aurait pu envisager le risque d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des couples de personnes de même sexe soumis à la procédure d'agrément, de la part des autorités administratives chargées du contrôle au regard de l'intérêt de l'enfant.** De telles discriminations ont en effet déjà été condamnées par les juges européens et administratifs s'agissant des procédures d'agrément des personnes adoptant seules (voir *supra*).

Les requérants critiquent également les nouvelles dispositions relatives à la transmission du nom de famille en cas d'adoption. La loi déferée propose qu'en cas de désaccord entre les parents sur la dévolution du nom de famille de l'enfant, celui-ci prendra les deux noms de famille accolés par ordre alphabétique. Cette solution serait, selon les requérants, incongrue et contraire à la dévolution traditionnelle du patronyme, « *usage qui prévaut* », sans préciser le fondement juridique d'une telle tradition juridique. De plus, la différence dans le choix de l'attribution du nom de famille entre les enfants adoptés et les autres enfants porterait atteinte au principe d'égalité. En procédant à un contrôle restreint, **le Conseil constitutionnel a écarté ce grief, et a énoncé que le législateur a entendu tirer les conséquences de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de**

**personnes de même sexe quant à la dévolution du nom de famille.** La différence de traitement a dès lors été rendue nécessaire « *par la différence entre des formalités relatives à la dévolution du nom de famille d'une part, en cas de filiation et d'autre part, en cas de filiation adoptive* ». Le constat d'une telle différence de situation permet donc au juge de conclure à l'absence de violation du principe d'égalité.

Indépendamment de la procédure législative en tant que telle et des problèmes que poseraient une redéfinition de la famille, divers autres griefs ont été invoqués à l'encontre du projet, tels que l'habilitation du gouvernement à recourir aux ordonnances pour toute une série de dispositions relatives à l'application de loi déferée, la non-consultation des assemblées délibérantes des territoires d'Outre mer, et la présence de cavaliers législatifs (articles 16, 17 et 18 de la loi relatifs aux dépenses des régimes de sécurité sociale et de pension). Ces griefs n'ont cependant pas abouti à une censure par le juge constitutionnel. Par ailleurs, les requérants ont estimé que la loi serait contraire au principe de non-rétroactivité des lois. Le texte semblerait en effet, selon les auteurs de la saisine, conduire à la rétroactivité de la loi nouvelle (article 21) aux mariages conclus en contrariété avec la loi ancienne créant dès lors une insécurité juridique manifeste. Cette disposition ne semble certes s'appliquer qu'aux mariages conclus légalement à l'étranger, mais la loi ne le précise pas explicitement, ce qui serait contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Le législateur peut certes prévoir des dispositions de validation des situations antérieurement illégales, mais pour cela, il doit respecter certaines conditions : un motif suffisant d'intérêt général et une portée strictement définie, conditions qui ne seraient pas remplies dans le cas de mariages célébrés à l'étranger (constitutifs d'une fraude à la loi française). Cet article prévoit également la validation des liens de filiation antérieurement créés à l'étranger. Or, cela conduirait la France à reconnaître les liens de filiations adoptives, notamment ceux autorisés en vertu du droit local, ce qui porterait atteinte à la réglementation actuelle relative à la PMA et la GPA.

Le Conseil constitutionnel a cependant jugé que la validation par la loi des mariages contractés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi ne méconnaissait pas les principes constitutionnels susmentionnés, en ce que **la reconnaissance de ces mariages par le droit français est tout de même soumise aux règles relatives à la validité du mariage et aux contrôles de l'autorité diplomatique ou consulaire et du ministère public, prévus par le Code civil.** De surcroît, les dispositions de validation ne portent atteinte à aucun droit acquis (elle vise au contraire à la reconnaissance de droits acquis à l'étranger).

Concernant l'instauration d'une nouvelle incrimination en droit du travail, les députés ont également contesté l'applicabilité du nouvel article L 1132-3-2 du Code du travail. Ce nouvel article imposerait au salarié de révéler son homosexualité à l'employeur et constituerait dès lors une violation du droit au respect de la vie privée, « *sauf à mettre l'employeur en situation de méconnaître la nouvelle règle du Code du travail par ignorance* ». De plus, cette disposition instaurerait une différence entre les salariés en fonction de leur orientation sexuelle en ce qu'elle reconnaîtrait une protection différente aux salariés homosexuels et hétérosexuels, distinction contraire au principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré qu'une telle disposition tendait à protéger les salariés, qui risquent de subir des discriminations en raison de leur orientation sexuelle dans les pays étrangers incriminant l'homosexualité. Or, il reviendra au salarié de faire le choix de révéler à l'employeur son orientation sexuelle afin de bénéficier de cette protection, il n'y a par conséquent aucune atteinte à la vie privée du salarié. S'agissant de l'application du principe d'égalité, les juges considèrent que : « *Les dispositions contestées n'ont ni pour objet, ni pour effet de traiter différemment des personnes placées dans la même situation ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité doit être écarté* ». **Le raisonnement du Conseil constitutionnel manque quelque peu de précision sur ce point.** En effet, les juges ont-ils entendu écarter l'application du principe d'égalité, au regard de l'existence d'une situation différente entre les salariés hétérosexuels et les salariés homosexuels, quant aux discriminations que ces derniers risquent de subir à l'étranger ? De même, **les juges auraient pu retenir une conception substantielle de l'égalité, au-delà du simple contrôle formel, en estimant que la loi tendait à garantir de façon effective l'égalité entre les personnes hétérosexuelles et homosexuelles, par une lutte efficace contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle des salariés.**

\*  
\* \*

Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe a conduit le Conseil constitutionnel à écarter les griefs fondés sur l'illégitimité d'une telle réforme, mettant fin à la procédure législative qui a duré plus de six mois. Dès le lendemain de la décision, le 18 mai 2013, [la loi a été promulguée et publiée au Journal Officiel](#). La Ministre de la Justice Christiane Taubira a déclaré à la presse que les dispositions nécessaires aux adaptations de la procédure civile et des documents relatifs au livret de famille, à l'état civil et au nom de famille avaient déjà été réalisées, en vue de permettre à la réforme de produire ses effets sitôt la loi promulguée. Le premier mariage entre deux hommes sera ainsi célébré dès la fin du mois de mai à Montpellier.

Des membres de l'opposition ont fait cependant valoir que : « *quand nous serons revenus au pouvoir, il faudra réécrire ce texte pour protéger la filiation et les droits de l'enfant. Peut-être avec le recours au référendum* » (Jean-François Copé, [Le Monde, 18 mai 2013](#)). Néanmoins, **une remise en question des droits acquis par les couples de personnes de même sexe porterait une atteinte significative au principe de non-rétroactivité des lois**. En outre, même dans l'hypothèse où une telle réforme ne s'appliquerait qu'aux situations futures, il serait difficile de justifier de façon objective l'atteinte portée au principe d'égalité par la différence de traitement entre les couples de personnes de même sexe mariés et ayant des enfants, et ceux qui n'auront plus accès au droit au mariage et à l'adoption. Par conséquent, la constitutionnalité et la conventionalité d'un tel projet peut d'ores et déjà être mise en doute.

**Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, [Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe](#) – Communiqué et commentaire**

**Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant [le mariage aux couples de personnes de même sexe](#)**

**Pour citer ce document :**

Elsa Fondimare et Laurie Marguet, « [La longue épopée juridique vers l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 21 mai 2013.

\* Elsa Fondimare et Laurie Marguet sont doctorantes contractuelles en droit public (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF).

**[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)**