

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



CHRONIQUES

/ Mariage

Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu

par Laurent Aynès, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)

2

1 - Les Anglais ont poussé à leur paroxysme les pouvoirs du Parlement, pour les raisons historiques que l'on sait. Le Parlement est l'autorité suprême, qui ne connaît pas d'autres règles que celles qu'il se donne à lui-même. Cependant, Blackstone, rapportant les propos de sir Edmond Coke dans ses *Fourth Institute*, souligne que le Parlement « *can, in short, do everything that is not naturally impossible* »¹. Un siècle plus tôt, un pair du Royaume avait exprimé cette règle en une maxime devenue célèbre : « *It is a fundamental principle with English lawyers that Parliament can do anything but make a man a woman, and a woman a man* »². Le Parlement français va-t-il réussir à rendre par le droit identiques aux yeux de la société un couple formé d'un homme et d'une femme, un couple formé de deux femmes et un couple formé de deux hommes ? L'amour que se portent chacun des membres de ces couples peut être également intense, tout comme leur volonté de mener une vie commune. Cela suffit-il à leur conférer un égal état civil d'époux ? Ces couples peuvent-ils être, tous à l'identique, les berceaux d'une famille ?

2 - Le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe » adopté en Conseil des ministres le 7 novembre 2012³ entend donner au Parlement le droit de le

décider, et ceci au nom du progrès. Comme l'explique le gouvernement dans l'exposé des motifs, la différence de sexe des futurs époux était une condition fondamentale du mariage jusqu'à une époque récente⁴. Mais « l'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé » depuis la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS ; « une majorité de français y étant aujourd'hui favorable ». La loi projetée marquerait un progrès des mentalités : « une nouvelle étape doit donc être franchie »⁵. C'est une loi qu'imposeraient en somme les lumières de la raison, le recul de l'obscurantisme d'hier ; une loi de progrès et de générosité dans l'octroi du mariage, qui débouchera « par voie de conséquence »⁶ sur l'accès à la parenté pour les couples homosexuels, *via* le mécanisme de l'adoption.

3 - Ce qui frappe dans cet exposé des motifs, c'est l'absence de référence à l'intérêt général que doit pourtant avoir en vue tout législateur. Le mariage des couples de même sexe est-il bon pour la société ? L'homoparentalité présente-t-elle un intérêt social ? Silence. Une loi peut certes se soucier d'intérêts catégoriels, s'il s'agit de réparer une injustice, de faire progresser l'égalité, la liberté, la fraternité. S'agit-il de cela en l'espèce ? Pas davantage. Le gouvernement se borne à préciser

(1) *Blackstone's commentaries*, (1765) I, chap. 2, 156. (2) Delolme, *Constitution de l'Angleterre*, (1771), citant *H. H. second Earl of Pembroke* (1648). (3) D. 2012. Actu 2599, obs. I. Gallmeister ; V. les points de vue de B. Daugeron, D. 2012. 2613, C. Eoche-Duval, D. 2012. 2615, et de A. Posez, D. 2012. 2616, et la chronique de E. Dubuisson, D. 2012. 2618. (4) Exposé des motifs, p. 1, al. 4. (5) *Ibid.*, al. 5 et 6. (6) *Ibid.*, p. 2, al. 1^{er}.

que le PACS adopté en 1999 « ne répond ni à la demande des couples de personnes de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier, ni à leur demande d'accès à l'adoption »⁷. Il est ainsi demandé au Parlement de répondre au « souhait » d'une minorité de citoyens⁸ sans qu'ait été étudié l'impact d'une telle satisfaction sur l'institution du mariage et de la filiation.

4 - Il est vrai que le mariage civil aujourd'hui, tel que le livrent les réformes successives de la filiation et du divorce, paraît exténué⁹ ; de sorte qu'il n'y aurait pas grand inconvénient à l'ouvrir aux personnes de même sexe. Il ne commande plus la procréation qui prospère souvent hors mariage. Et ne change plus durablement l'état civil des époux, puisqu'un nombre toujours croissant de mariages s'achèvent rapidement par un divorce. Dans ces conditions, il peut paraître assez indifférent que deux personnes du même sexe qui manifestent une ferme volonté de mener une vie en commun puissent devenir époux. C'est sans doute ce que reflètent les sondages qu'invoque le gouvernement. On sait qu'il en va autrement de l'homoparentalité, dont il ne souffle mot¹⁰. Pourtant, le projet de loi consacre l'essentiel de ses dispositions aux conséquences de l'accès des couples homosexuels à l'adoption, qu'il présente comme une conséquence allant de soi du mariage. Or, il n'y a aucun lien nécessaire entre ces deux institutions. L'adoption est proposée aux époux pour autant qu'elle imite la filiation biologique, en mettant l'enfant en relation avec un père et une mère. Rien n'impose de la faire automatiquement découler d'un mariage entre personnes de même sexe. Seule une décision politique conduit à un tel enchaînement. C'est ici que la méthode choisie par le projet de loi contrevient doublement aux exigences élémentaires de la loyauté, dans le gouvernement d'une démocratie. L'accent est mis sur l'accès au mariage – c'est le titre du projet de loi – parce que l'on croit que celui-ci ne soulèvera que de faibles protestations. La filiation adoptive est présentée comme une conséquence inéluctable du mariage, ce qui croit-on permettra d'éviter le débat sur la parentalité. Même si l'on ne croit pas que l'homoparentalité soit l'unique objet caché de cette loi – qui devrait dès lors aborder la question de l'accès à l'autre source possible de la « parentalité » que constitue la procréation médicalement assistée (PMA)¹¹ –, il reste que le mariage et l'adoption sont deux questions distinctes, qui mériteraient l'une et l'autre un débat approfondi.

5 - Le projet de loi adopté le 7 novembre dernier consacre un paradoxe saisissant. Alors que le mariage ne constitue plus l'accès à une filiation privilégiée, que la procréation est dotée

d'un statut identique dans le mariage et hors mariage, celui-ci devient la seule porte d'accès à la filiation pour les couples du même sexe, par la voie de l'adoption et, demain sans doute, de la PMA.

C'est une inégalité indépassable, tenant tout simplement à l'impossible procréation. La filiation sera donc exclusivement juridique. Au lieu qu'elle imite la procréation, elle s'en séparera radicalement par une négation de la différence des sexes dont la loi l'aura débarrassée ; une filiation juridique qui est bâtie sur une fiction, non pas affective, mais biologique et que garantit l'acte juridique qu'est le mariage. La loi réussirait-elle, dans cette « nouvelle étape qui doit être franchie »¹², à dépasser la différenciation sexuelle qui est à l'origine de l'humanité et de sa perpétuation¹³ ?

6 - Le projet de loi permet d'en douter. Car ce qu'il se propose d'organiser est un mariage spécial (I) qui prépare une filiation inégalitaire (II).

I - Un mariage spécial

7 - L'accès des couples de personnes du même sexe au mariage, présenté comme la finalité de la loi, est réglé en quelques mots par un nouvel article 143 : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Deux autres dispositions adaptent les règles actuelles à l'indifférenciation des sexes, l'une chasse du code civil les termes « homme » et « femme » (art. 144) ; l'autre étend la prohibition de l'inceste aux mariages entre frères, entre oncle et neveu, entre sœurs et entre tante et nièce (art. 162 et 163), modifiant silencieusement le fondement de la prohibition de l'inceste. Le projet de loi entend aussi insérer dans le code civil des dispositions de droit international privé qui constituent en réalité de nouvelles règles unilatérales de faveur au mariage homosexuel : le nouvel article 202-1, alinéa 2, prévoit en effet que « la loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes du même sexe, lorsque la loi de l'Etat sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet ». Ainsi sont invités à se marier en France tous les homosexuels étrangers dont la loi personnelle prohibe un tel mariage.

8 - Mais s'agit-il d'un mariage identique à celui que contractent un homme et une femme ? Le projet de loi voudrait le laiss-

(7) *Ibid.*, p. 1, al. 5. (8) Sur le caractère minoritaire de la revendication, V. not. G. Bernheim, Mariage homosexuel, homoparentalité et adoption : ce que l'on oublie souvent de dire, p. 15 ; le nombre de mariages de personnes de même sexe célébré en Belgique et en Espagne confirme ce caractère. (9) R. Libchaber, La notion de mariage civil, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, p. 341 : « La revendication du mariage homosexuel est l'effet et non la cause de l'extinction du mariage civil » ; V. égal., mais dans une autre perspective : Y. Lequette, Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille, Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, p. 537 : « quant aux règles ayant trait à la différence des sexes et au droit des successions, on peut s'interroger sur leur pérennité, la configuration qui est désormais donnée au mariage ne donnant plus qu'une assise fragile à ces différences ». (10) V., par exemple, le sondage publié par *Le Monde* le 8 nov. 2012, p. 19. (11) En ce sens, J. Hauser, Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, JCP G 2012. 1185. (12) Projet de loi, exposé des motifs, p. 1, al. 6 (13) La cause de l'homosexualité ne se confond pas avec celle de l'égalité des droits des hommes et des femmes ou du féminisme (pour un exemple de cette confusion : P. Reigné, *Arsilda, regina di Ponto*. Le mariage, les religions et la différence des sexes, JCP G 2012. 1126).

ser penser, qui ne comporte aucune disposition propre aux effets du mariage de personnes de même sexe. L'égalité paraît atteinte. Ce mariage donne naissance aux obligations des époux, ainsi qu'à des devoirs et des droits (art. 203 à 226 c. civ.) identiques d'un genre à l'autre. Un régime matrimonial dont les règles sont indifférenciées s'applique aux biens des époux ; comme le sont les règles qui gouvernent le divorce et les droits successoraux du conjoint.

9 - Demeure pourtant une différence, et elle est capitale. Le mariage d'un homme et d'une femme est organisé par la loi en un statut civil parce qu'il ouvre la génération. Il est une fondation appelée à marquer définitivement l'appartenance des générations successives, ce pourquoi il modifie l'état civil de chacun des époux. Cette orientation est exprimée dans la présomption de paternité énoncée à l'article 312 du code civil, que les réformes récentes du droit de la famille ont laissé subsister par respect du mariage : de celui-ci naît une présomption de filiation paternelle. Cette disposition constitue le dernier lien entre mariage et procréation, devenu sans doute fragile, mais symbolique en ce qu'il exprime la singularité du mariage, au milieu des autres formes d'union reconnues par la loi. Jean Carbonnier voyait dans cette présomption « le cœur du mariage »¹⁴ en ce qu'elle ne laisse pas l'enfant sans père et le place ainsi d'emblée dans une lignée paternelle aussi bien que maternelle.

10 - Or il va de soi, bien que le projet de loi n'en dise mot, que la présomption de paternité est écartée dans le mariage civil de personnes de même sexe, où le conjoint de l'enfant né de la femme ne peut pas être le père. Il y aura donc désormais deux mariages civils. Celui d'un homme et d'une femme, dont la consécration se justifie par la perspective de la procréation. Et celui de deux personnes de même sexe, détaché de toute perspective d'engendrement. Sans doute permettra-t-il l'accès du couple à l'adoption. Mais sa consécration par la loi civile ne peut à l'évidence se justifier par l'intérêt de créer une structure d'accueil en vue d'une éventuelle adoption.

11 - Coupée de toute perspective d'engendrement, cette union est-elle autre chose qu'une convention de vie commune fondée sur un amour rendu public ? Elle ne se distingue du PACS que par le caractère légal de ses effets patrimoniaux et successoraux et par les modalités de sa rupture. La plupart de ces effets peuvent déjà être obtenus par convention ou par testament, et le divorce ressemble de plus en plus à la rupture du PACS. L'édification progressive d'un « droit commun du couple », par le rapprochement du mariage, du PACS et du concubinage a précisément été constatée par plusieurs auteurs¹⁵. Plutôt que d'ouvrir aux couples de même sexe un mariage que

l'on doit couper de ce qui fonde sa singularité, n'eût-il pas été plus sage d'envisager de doter le PACS d'effets patrimoniaux plus étendus ? Ou, mieux encore, de profiter de la revendication présente pour éprouver les fondements, les vertus et les inconvénients de la pluralité de statuts de la communauté de vie ?

*
* *

12 - On comprend que l'objectif du gouvernement ne s'arrête pas au mariage. Celui-ci n'est, au fond, qu'un moyen d'offrir aux couples de même sexe un « accès à la parenté, *via* le mécanisme de l'adoption »¹⁶, singulièrement de l'adoption plénière. Celle-ci est déjà ouverte à toute personne âgée de plus de vingt-huit ans, peu important qu'elle soit ou non homosexuelle. Mais c'est l'adoption par le couple, ou l'adoption de l'enfant du conjoint qu'il s'agit de rendre possible. L'article 343 du code civil exige alors que les adoptants, ou l'adoptant et le parent de l'enfant soient mariés. Cette condition procède de la finalité de l'adoption : dans l'intérêt de l'enfant, lui donner une parenté et une famille d'accueil analogues à ce que produit la filiation dans le mariage. La parenté adoptive imite la parenté naturelle. On comprend alors que le mariage qu'exige l'article 343 est celui qui dote l'enfant d'un père et d'une mère. En admettant qu'un tel mariage puisse être établi entre deux personnes de même sexe, le projet de loi vide la condition de mariage, dans l'article 343, d'une grande partie de sa raison d'être. Une autre voie aurait été d'ouvrir l'adoption plénière à des couples non mariés à condition qu'ils présentent certains gages de stabilité. Mais le projet de loi a préféré conserver la condition de mariage, quitte à la rendre passablement artificielle, puisqu'elle ne garantit plus à l'adopté par un couple l'accueil par un père et une mère. Ce faisant, il rompt l'égalité des filiations.

II - Une filiation inégalitaire

13 - La plupart des dispositions du projet de loi – et elles sont nombreuses – sont consacrées, sous le titre neutre de « Dispositions de coordination », à une véritable révolution sémantique, qui masque à peine un bouleversement du lien de parenté, ayant pour origine le rejet de la différenciation sexuelle. Ainsi dans les textes du code civil et des autres codes et lois :

- « mari et femme » sont remplacés par « époux » ;
- « père et mère » sont remplacés par « parents » ;
- « parent » est remplacé par la périphrase : « personne unie par un lien de parenté ».

(14) J. Carbonnier, *Droit civil, La famille*, t. 2, 31^e éd., p. 480 ; V. aussi P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, 4^e éd., n^{os} 1128 s. ; V. aussi le rapport au président de la République sur le projet d'Ordonnance du 4 juillet 2005 : « La présomption de paternité du mari... constitue, selon l'expression du doyen Carbonnier, le « cœur du mariage » et ne saurait être remise en cause sans faire perdre à cette institution son sens et sa valeur ». (15) H. Fulchiron, *De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle*, Mélanges Jacques Foyer, p. 401 ; J.-J. Lemouland, *L'émergence d'un droit commun du couple, Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 33 s. (16) *Exposé des motifs*, p. 2.

14 - En effet, le terme « parent » désigne une relation d'engendrement, par nature sexuée. La parenté adoptive, parce qu'elle imite la filiation naturelle, comporte également cette qualification sexuée : le parent adoptif est soit le père, soit la mère adoptive. C'est ce qu'il convient de faire disparaître, en remplaçant la parenté, qui est le donné d'une relation d'engendrement, par la fonction de parent, qui peut être tenue par toute personne quel que soit son sexe : à la parenté est donc substituée la parentalité¹⁷. La loi n'identifie plus un père et une mère ; mais s'attache à ceux qui ont une relation parentale avec l'enfant. A la différence de l'engendrement, cette relation ne postule aucune différence de sexe.

15 - Encore faut-il préciser que la mutation de la parenté en parentalité ne s'applique pas à tous les enfants. Les enfants dont la filiation est établie par le seul effet de la loi, c'est-à-dire ceux dont la filiation résulte de l'acte de naissance, de la présomption de paternité et, sans doute, de la reconnaissance et de la possession d'état, en un mot, de la procréation, continueront aux yeux de la loi à avoir un père et une mère.

16 - Ainsi la filiation adoptive dans son ensemble se sépare-t-elle de la filiation par la procréation, alors qu'elle a précisé-

ment été conçue, dans l'intérêt de l'enfant, par imitation de celle-ci.

*
* *

17 - L'ouverture du mariage civil aux couples de même sexe conduit à rompre le lien entre mariage et procréation. Ce lien est, certes, devenu ténu. Mais il est la justification de l'institution du mariage et du divorce. Ne serait-il pas plus honnête alors de supprimer le mariage civil ?

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe conduit à rompre l'analogie de la filiation adoptive et de la filiation naturelle, fondée sur la différenciation du père et de la mère. Ne serait-il pas plus honnête alors de supprimer l'exigence du mariage des adoptants ?

Ce sont des bouleversements qui engagent l'avenir de la société et méritent mieux qu'un projet de loi indifférent à l'intérêt général, produit sous le prétexte de promesses électorales.

(17) Sur les implications de cette substitution, V. not. G. Bernheim, préc., p. 9.