



HAL
open science

Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité

Philippe Guez

► **To cite this version:**

Philippe Guez. Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité. *Comparative Law Journal of the Pacific / Journal de Droit Comparé du Pacifique* [Anciennement *Revue juridique polynésienne (RJP)*], 2014, 20, pp.87–111. hal-01644229

HAL Id: hal-01644229

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01644229>

Submitted on 18 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**COMPARATIVE LAW JOURNAL
OF THE PACIFIC**

**JOURNAL DE DROIT COMPARE
DU PACIFIQUE**



**Volume 20
2014**

LE MARIAGE POUR TOUS OU LE CHANGEMENT DANS LA CONTINUITE

*Philippe Guez**

L'ouverture, en France, du mariage civil aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013¹ a suscité des débats passionnés.

Le changement opéré n'est certainement pas la rupture sans précédent que l'on imagine. Il s'inscrit dans une certaine continuité.

Le mariage «pour tous» n'a pas non plus supprimé la distinction entre les sexes. Comme l'indique opportunément Irène Théry, la réforme procède à un «redéploiement» de la distinction entre les sexes «de façon à inclure dans le mariage et l'adoption, non seulement les relations de sexe opposé, mais les relations de même sexe»². Il y aura toujours des couples mariés formés d'un homme et d'une femme et des enfants adoptés ayant un père et une mère, ou un père ou une mère. À côté, il y aura désormais des couples mariés de même sexe, et des enfants qui auront deux pères ou deux mères. Autrement dit, «on ne supprime pas, on ajoute»³.

* Professeur agrégé des Facultés de droit, Université de la Polynésie française. Ce texte constitue la version écrite et actualisée de la leçon inaugurale prononcée lors de la rentrée solennelle de l'Université de la Polynésie française le 19 septembre 2013. La forme orale a été partiellement conservée.

- 1 Loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 114 du 18 mai 2013, p 8253. V not les commentaires de A-M Leroyer «La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe. Au passé, présent et futur» D 2013, p 1697; H Fulchiron «Le mariage pour tous. Un enfant pour qui?» JCP G 2013, n° 658; A Leborgne «"Marions-les, marions-les!"» Rev jur pers et fam 2013, n° 6, p 6 et V Raoul-Cormeil «La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013» Gaz Pal, 24 août 2013, n° 236, p 9 V également les différentes contributions publiées dans les revues Actualité juridique famille 2013 (p 332 et s), Droit de la famille 2013 («Du mariage pour tous à la famille homosexuelle» sous la dir de H Fulchiron et Ch Bidaud-Garon, dossiers 16 à 34) et aux Petites affiches («La loi du 17 mai 2013: évolution ou révolution?», sous la dir de A Bateau, n° 133, 4 juillet 2013).
- 2 I Théry «Mariage de même sexe et filiation: rupture anthropologique ou réforme de civilisation?» préc, spéc n° 8.
- 3 Ibid.

The opening in France of civil marriage to couples of the same sex by the law of 17 May 2013 gave rise to passionate debates. Nevertheless, the changes brought do not represent an unprecedented break with the past. The changes can be seen within the context of a certain continuity of evolution of the law. The arrangement of "marriage for all" has not suppressed the distinction between the sexes either. The reform redeploys the distinction between the sexes in such a way that relationships of the same sex as well as relationships of the opposite sex are included in marriage and adoption. There will always be married couples of a man and a woman and children adopted having a father and a mother or a father or a mother. Additionally, there will now be married couples of the same sex, and children who will have two fathers or two mothers. In other words "marriage for all" does not suppress but rather makes an addition.

1 – L'ouverture, en France, du mariage civil aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013⁴ a suscité des débats passionnés. Pendant que l'opposition parlementaire mettait tout en œuvre pour ralentir le processus législatif, une minorité de la population française manifestait bruyamment sa désapprobation. La ferveur des opposants à cette loi était sans doute décuplée par le caractère inévitable de son adoption. Le «mariage pour tous», en effet, avait été défendu par le candidat élu en 2012 à la présidence de la République française. Dans la mesure où celui-ci disposait de la majorité dans les deux chambres, il était peu vraisemblable que la loi ne fût pas adoptée. Pour autant, on ne peut conclure à l'absence d'un vrai débat contradictoire. Devant les deux commissions des lois à l'Assemblée nationale et au Sénat, de nombreux spécialistes ont été auditionnés, comme c'est l'usage lorsqu'un texte touche à des questions de société⁵. Ont ainsi été entendus des représentants des cultes, des associations familiales ou représentant la cause homosexuelle, mais également des sociologues, des psychiatres, des anthropologues. Chacun a pu présenter sa propre conception de la famille, du

4 Loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 114 du 18 mai 2013, p 8253. V not les commentaires de A-M Leroyer «La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe. Au passé, présent et futur» D 2013, p 1697; H Fulchiron «Le mariage pour tous. Un enfant pour qui?» JCP G 2013, n° 658; A Leborgne «"Marions-les, marions-les!"» Rev jur pers et fam 2013, n° 6, p 6 et V Raoul-Cormeil «La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013» Gaz Pal, 24 août 2013, n° 236, p 9 V également les différentes contributions publiées dans les revues Actualité juridique famille 2013 (p 332 et s), Droit de la famille 2013 («Du mariage pour tous à la famille homosexuelle» sous la dir de H Fulchiron et Ch Bidaud-Garon, dossiers 16 à 34) et aux Petites affiches («La loi du 17 mai 2013: évolution ou révolution?», sous la dir de A Batteur, n° 133, 4 juillet 2013).

5 A-M Leroyer, article préc, n 1.

mariage, de la filiation. Ces auditions «ont joué un rôle psychologique et pédagogique de la réforme, alors même que le choix politique était fait»⁶.

2 – Si elle s'est manifestée moins bruyamment qu'en métropole, une partie non négligeable de la société polynésienne a fait connaître son opposition à l'ouverture du mariage aux couples gays et lesbiens⁷. L'importance du religieux dans la société et son incidence dans la sphère politique⁸ permettent d'expliquer cette réprobation. L'homosexualité est pourtant bien mieux tolérée en Polynésie française qu'elle ne l'était en France métropolitaine il y a de cela encore quelques années⁹. Mais la notion d'égalité n'y est pas perçue de la même manière. Le concubinage a toujours été plus répandu en Polynésie française qu'en Métropole. L'âge moyen du premier mariage y est de 37 ans pour les hommes et de 33 ans pour les femmes¹⁰, alors qu'il est de 32 ans pour les hommes et de 30 ans pour les femmes en France métropolitaine¹¹. Le taux de naissance hors mariage (75%) y est également beaucoup plus élevé (53% en métropole). Aussi bien, «la différence faite pas la loi entre un couple marié on non ne semble pas vécue comme une discrimination injuste»¹².

3 – Sur le terrain juridique, deux arguments ont principalement été avancés dans l'espace public afin de s'opposer au mariage pour tous: la situation particulière de la Polynésie française au regard de la notion de laïcité¹³ et le fait que la loi du 15 novembre 1999 qui a créé le PACS n'y est pas applicable. Aucun de ces arguments n'emporte la conviction.

6 Ibid.

7 Sur les raisons de cette opposition v M-N Capogna «La légalisation du lien de couple homosexuel en Polynésie française: réflexion sur les fondements d'une opposition» Dr et société 2014, à paraître.

8 V not B Rigo «Exigences démocratiques et persistance des logiques océaniennes» in A Angelo et Y-L Sage (dir) *Gouvernance et autonomie dans les sociétés du Pacifique Sud: études comparées*, Rev jur Polynésienne Hors-Série, Vol X, 2010, p 31, spéc p 44.

9 B Saura *Des Tahitiens, des français, leurs représentations réciproques aujourd'hui* (Ch Gleizal éditeur, 1998) pp 63-64.

10 Statistiques 2010 de l'Institut de la statistique de la Polynésie française (www.ispf.pf).

11 Statistiques 2011 de l'Institut national de la statistique et des études économiques (www.insee.fr).

12 M-N Capogna, article préc n 4.

13 V le courrier du 4 mars 2013 adressé par le président de la ligue polynésienne des droits humains, accompagné d'une consultation effectuée par une avocate du barreau de Papeete, <www.tahiti-infos.com/Mariage-pour-tous-La-Ligue-Polynesienne-des-Droits-Humains-reclame-un-debat_a69422.html>.

S'agissant de la laïcité, il est exact de relever que la loi de 1905 sur la séparation de l'église et de l'État n'a jamais été rendue applicable en Polynésie française. En soi, l'argument n'est pas décisif. En effet, le principe de laïcité constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁴. Or, les PFLR sont applicables dans les collectivités d'outre-mer, alors même que les lois métropolitaines qui leur ont servi de support n'y ont pas été étendues¹⁵.

Concernant le pacte civil de solidarité, la situation est des plus ambiguës. D'un côté, la non application de la Loi du 15 novembre 1999 fait obstacle à la conclusion d'un PACS en Polynésie française. Mais d'un autre côté, la loi du 23 juin 2006, qui modifie certaines des règles relatives au PACS, y a été déclarée applicable de plein droit. Il suit de là que les personnes nées en Polynésie française peuvent conclure un PACS en Métropole ou dans une collectivité régie par le principe d'identité législative¹⁶. Le nombre de PACS conclus de cette manière est d'ailleurs en augmentation. Un tel PACS devra être mentionné en marge de l'acte de naissance des partenaires nés en Polynésie (article 515-3-1 du Code civil applicable en Polynésie française). Il produira certains effets en Polynésie française, notamment en matière patrimoniale, même si, faute d'enregistrement, il ne sera pas opposable aux tiers¹⁷.

Quoi que l'on pense de ces arguments, il est certain qu'une fois adoptée, la loi aurait été automatiquement applicable en Polynésie française sans qu'il puisse être tenu compte de la spécificité de ce territoire. Selon le principe de spécialité législative qui gouverne la répartition des compétences entre le Pays et l'État, les textes relatifs à l'état des personnes, dans lequel se trouve inclus le mariage, relèvent de la compétence de l'État¹⁸. Cette répartition des compétences semble devoir être approuvée en raison notamment de la «fonction identitaire» joué par l'état des personnes¹⁹. De ce point de vue, il peut se comprendre que certaines

14 CE 6 avr 2001, Synd national des enseignements du second degré, req n^{os} 219379, 221699, 221700, Rec 2001, p 170; AJDA 2002, p 63, note B Toulemonde.

15 A Moyrand «Application de la loi en Polynésie française» JCL Civil, app art 3, Fasc 4, 2011, n^o 196.

16 C Chodzko et C Vannier «La Polynésie française toujours privée de PACS - L'impossibilité de faire enregistrer un PACS» JCP N 2008, 1137.

17 V Parisot *Les conflits internes de lois*, vol 1, IRJS éditions, préf P Lagarde, 2013, n^o 27, p 93.

18 Loi n^o 2004-192, 27 février 2004, art 7, alinéa 2, JORF n^o 52 du 2 mars 2004, p 4183.

19 A-M Leroyer «La notion d'état des personnes» in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert* (Économica, 2004) p 24.

catégories de règles «soient applicables de plein droit sur tout le territoire national parce qu'il faut qu'existe un ordre juridique commun minimal»²⁰.

4 – Il ne sera pas ici question de reprendre les arguments avancés par les opposants ou les partisans à l'ouverture du mariage aux couples homosexuel. Il s'agit, plus modestement, de proposer une analyse juridique de la portée et des conséquences d'une telle réforme. L'exercice s'avère délicat en raison de la tournure passionnelle que les discussions à propos de cette loi ont suscitée au sein d'une partie de la doctrine. Certains professeurs et maîtres de conférences en droit, 170 pour être exact, ont cru bon de pouvoir adresser une lettre ouverte aux sénateurs pendant que le projet de loi était en discussion, afin de leur demander de ne pas l'adopter²¹. Une telle démarche ne manque pas d'intriguer lorsqu'elle consiste à propager «au nom du droit» des jugements de valeur plus que des analyses juridiques²². Il ne faut pas oublier que «le droit demeure l'expression d'une volonté politique» et qu'en particulier, le droit civil «procède d'arrangements politiques et de montages juridiques»²³. Les passions étant en partie retombées, les premiers mariages gays et lesbiens ayant été célébrés²⁴, le temps est maintenant venu d'appréhender sereinement le «mariage pour tous».

5 – À cet égard, il convient de rappeler que le législateur disposait de toute latitude pour ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Rien ne l'obligeait à adopter cette réforme. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, il avait été jugé que l'interdiction du mariage aux couples homosexuels ne portait pas atteinte au droit au mariage et ne constituait pas une discrimination interdite. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 24 juin 2010 (affaire *Shalk and Kopf c/ Autriche*) avait ainsi jugé qu'il n'y avait aucune obligation pour un État d'ouvrir l'accès au mariage au couple de même sexe²⁵. Pareillement, le

20 A Moyrand, supra n 12, n° 192.

21 <www.ndf.fr/poing-de-vue/16-03-2013/document-la-lettre-de-170-juristes-aux-senateurs-les-noms-des-signataires>.

22 P Brunet, V Champeil-Desplats, S Hennette-Vauche et E Millard, «Mariage pour tous: les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit"»? D 2013, p 784; Ph Brun, «Le lobbying doctrinal ou l'art de se cacher derrière son (petit?) droit», JCP G 2013, n° 404.

23 P Brunet, V Champeil-Desplats, S Hennette-Vauche et E Millard, préc n 19.

24 Selon les chiffres publiés le 14 janvier 2014 par l'INSEE, environ 7000 mariages entre personnes de même sexe ont été célébrés depuis l'entrée en vigueur de la Loi du 17 mai 2013 (www.insee.fr).

25 CEDH, 24 juin 2010, req 30141/04, Dr fam 2010, comm n° 143, note E Lagarde; JCP G 2010, n° 1013, note H Fulchiron.

Conseil constitutionnel, dans une décision du 28 janvier 2011, avait jugé que cette question relevait de la compétence du législateur²⁶.

Mais rien non plus ne pouvait empêcher le législateur d'adopter cette réforme. Aucun texte supérieur à la loi (bloc de constitutionnalité, Convention européennes de sauvegarde des droits de l'homme), ne pouvait s'y opposer. Pendant que la loi était débattue, une partie minoritaire de la doctrine a soutenu que la différence de sexe dans le mariage était devenue une exigence constitutionnelle²⁷. Selon ces auteurs, le caractère hétérosexué du mariage constituerait un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFLR) au sens du Préambule de la Constitution de 1946. Dès lors, sauf à modifier la constitution, le législateur ne serait pas compétent pour «imposer» le mariage pour tous. Cette argumentation suscitait l'étonnement si l'on voulait bien se rappeler qu'en 2011, le Conseil constitutionnel avait choisi de laisser toute liberté au législateur quant au maintien du principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Il aurait été pour le moins surprenant qu'il se déjuge deux ans plus tard. C'est donc sans surprise que la loi du 17 mai 2013 a été déclarée conforme à la Constitution²⁸. Il en va de même de l'application de cette loi aux collectivités d'outre-mer et, partant, à la Polynésie française²⁹. Cette extension a été contestée devant le Conseil constitutionnel au motif qu'elle aurait dû être précédée d'une consultation délibérante de ces collectivités. Comme l'on pouvait s'y attendre, ce grief a été

26 Cons const, 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, D 2011, p 297, édito. F Rome, p 1042, obs J-J Lemouland et D Vigneau, p 1723, obs V Bernaud et 2012, p 1034, obs M Douchy-Oudot; AJ fam 2011, p 157, obs F Chénéde; Rev trim dr civ 2011, p 326, obs J Hauser *Adde* A Danis-Fatôme «Le "non" français au mariage homosexuel – une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne» Rev trim dr homme, p 143.

27 Lucie Candide (pseudonyme d'une professeure de droit) «Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français» Gaz Pal, 4 octobre 2012, n° 278, p 7; P Delvolvé «Mariage: un homme, une femme», Le Figaro, 8 novembre 2012, p 17; F-X Bréchet «La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question» JCP G 2012, n° 1388; B Pauvert «Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante» Dr fam 2013, étude, n° 10. Cette opinion a été rejetée par la majorité de la doctrine. V not X Dupré de Boulois «Le mariage homosexuel, La Constitution et l'agrégée des facultés de droit» Rev dr et lib fond 2012, chron n° 23; D Rousseau «Le "mariage pour tous" relève bien de la compétence du législateur ordinaire» Gaz Pal, 13 décembre 2012, p 5; X Dupré de Boulois et D Roman «Le mariage, Napoléon et la Constitution» Le Figaro, 19 novembre 2012, p 20; A Viala «Un PFRLR contre le mariage gay? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise» Rev dr et lib fond 2013, chron n° 4; P Murat «La Constitution et le mariage: regard d'un privatiste» Nouv cah Cons constit 2013, n° 39, p 19 s, spéc p 32-34; Ch Tukov «Un recours attendu qui ne s'est pas fait attendre» JCP G 2013, n° 523.

28 Cons const, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, JORF 18 mai 2012, p 8281. Sur cette décision, v B Mathieu «Les "questions de société" échappent au contrôle de constitutionnalité» JCP G 2013, n° 588 et Fr Chénéde, «La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel» AJ fam 2013, p 332.

29 Loi 2013-404 du 17 mai 2013, art 22.

rejeté³⁰. Il a été indiqué que les textes relatifs à l'état des personnes sont applicables de plein droit en Polynésie française (v. infra n° 3). Dans ces conditions, il n'était pas nécessaire que le texte fasse l'objet d'une consultation, ni même d'ailleurs qu'il comporte une mention expresse d'applicabilité.

6 – Quoique l'on pense de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, il est important de relever que la France a été le quinzième pays dans le monde à l'admettre³¹. Au moment de l'entrée en vigueur de la loi, le mariage homosexuel était déjà admis aux Pays-Bas (qui est le premier État à l'avoir légalisé en 2001)³², en Belgique³³, en Espagne, au Canada, en Afrique du Sud, en Norvège, en Suède, au Portugal, en Islande, au Danemark, en Argentine, au Brésil, aux États-Unis (dans dix-huit États fédéraux) et au Mexique (dans quatre États fédéraux). Depuis la loi du 17 mai 2013, l'Uruguay et la Nouvelle-Zélande ont légalisé le mariage homosexuel. Au Royaume Uni, le mariage entre couples de même sexe sera possible en Angleterre et au Pays de Galles dans le courant de l'année 2014. Au total, le mariage homosexuel est autorisé dans dix-huit États représentant approximativement une population de sept cents millions d'habitants.

La consécration du mariage «pour tous» est le signe d'une plus grande tolérance de la société française à l'égard des homosexuels qui, faut-il le rappeler, sont toujours l'objet de discriminations et de persécutions dans de nombreux États. Une telle évolution de notre droit n'est pas le fruit du hasard. Elle ne s'est pas opérée par la seule impulsion d'associations militantes qui, dès avant la création du PACS, relayaient déjà cette demande. Elle se situe dans un terreau favorable qu'il faut rechercher dans les évolutions de notre droit de la famille. Il convient, dès lors, de revenir sur les prémices de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (I) avant d'en examiner les conséquences (II).

30 Cons const, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc, spéc Cons 89-90.

31 Sur le mariage homosexuel en droit comparé, v not F Granet «Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe», in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé - Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p 384; F Brulé-Gadioux et E Lamothe «Le mariage homosexuel en Europe», *Defrénois* 2005, p 647; Institut de droit comparé Edouard Lambert «Le mariage entre personnes de même sexe - Étude pour la Cour de cassation», *Rev int. dr comp* 2008, p 375 et S Paricard «Mariage homosexuel et filiation; Quelques éléments de droit comparé» *Dr fam* 2013, dossier 8.

32 H Fulchiron «Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises des 21 décembre 2000)» *D* 2001, p 1628.

33 Sur la loi belge du 13 février 2003, v J-L Renchon «L'avènement du mariage homosexuel dans le code civil belge» *Rev trim dr fam (belge)* 2013, p 439. Sur une analyse comparée des droits belges et français avant la loi du 17 mai 2013, v P Kipiani, «Mariage homosexuel et adoption par un couple homosexuel: d'une revendication en droit français à une reconnaissance en droit belge», *Dr fam* 2012, étude 3.

I LES PREMICES DE L'OUVERTURE DU MARIAGE AUX COUPLES DE MEME SEXE

7 – D'une certaine façon, l'admission du mariage homosexuel est la suite logique de multiples évolutions du droit de la famille. Trois d'entre-elles méritent d'être relevées: l'évolution du mariage civil (A), la reconnaissance du couple homosexuel par le droit (B) et, enfin, l'émergence de la famille homosexuelle (C).

A L'évolution du Mariage Civil

8 – L'évolution du mariage civil, en France, a rendu acceptable l'idée de l'ouverture de cette institution aux couples de même sexe³⁴. Si le mariage est une institution pluriséculaire, le mariage civil est d'origine plus récente. Entreprise avant la Révolution, la laïcisation du mariage fut achevée par l'Assemblée constituante – «la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil» (titre II, article 7) – et par la législation du 20 septembre 1792 qui retira à l'Église le monopole du mariage pour le confier à des officiers publics³⁵. La Révolution avait retenu une conception purement contractuelle du mariage qui débouchait sur une admission large du divorce. Cette représentation du mariage fut abandonnée après l'époque révolutionnaire. Sans remettre en question la sécularisation du mariage, le Code civil de 1804 adopta une conception de l'institution qui s'inspirait du mariage canonique³⁶. Le mariage civil instaurait une union quasi-indissoluble dont le but était de permettre la création d'une famille. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle le Code civil n'a pas défini le mariage³⁷ et encore moins précisé son caractère hétérosexué. Cela relevait de l'évidence à l'époque³⁸. En effet, au cœur de l'institution se trouvait la présomption de paternité du mari³⁹. La portée de cette règle était considérable dans la mesure où le droit instaurait une véritable inégalité entre la filiation dans le mariage, qualifiée de «légitime», et la filiation hors mariage, qualifiée de «naturelle». L'enfant naturel avait moins de droits que l'enfant

34 Sur laquelle, v R Libchaber «La notion de mariage, civil» in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz* (Daloz, 2006) p 324; H Fulchiron «De l'institution aux droits de l'individu: réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle» in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer* (Economica, 2008) p 395 et Y Lequette «Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille» in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois* (Defrénois, 2012) p 523.

35 V Fr Terré et D Fenouillet *Droit civil, La Famille* (Daloz, 8^e éd, 2011) n^{os} 70 et s.

36 R Libchaber, article préc n 31, spéc n^o 6.

37 V A Sériaux «Une définition civile du mariage (prière d'insérer)» D 2005, p 1966.

38 V not M Planiol, G Ripert et J Boulanger *Traité de Droit civil, Introduction générale, Les personnes*, T 1, LGDJ, 1956, n^o 1134. Rapp G Marty et P Raynaud *Droit civil, Les personnes*, (Sirey, 3^e éd, 1976) n^o 70.

39 J Carbonnier *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t 2, PUF, 21^e éd, 2002, p 480.

légitime dont la filiation était établie automatiquement à l'égard des époux. Il ne pouvait voir sa filiation établie à l'égard de ses père et mère que s'ils l'avaient reconnu. En l'absence de reconnaissance, seule la recherche de maternité était admise (article 341 du Code civil de 1804). La recherche de paternité était interdite sauf à l'égard du ravisseur qui avait enlevé la mère pendant la période de conception (article 340 du Code civil de 1804). S'il avait été reconnu par ses parents, sa vocation successorale était alors moindre que celle d'un enfant légitime et il ne pouvait hériter de ses grands-parents (articles 756 à et s. du Code civil de 1804). Le salut ne pouvait venir que de la reconnaissance de l'enfant par ses parents et, mieux encore, de leur mariage subséquent. L'enfant naturel était alors légitimé, ce qui lui permettait d'avoir les mêmes droits que s'il était né du mariage de ses père et mère (article 333 du Code civil de 1804). Cette conception du mariage a perduré pendant plus d'un siècle. Elle a été, peu à peu, remise en question tant en ce qui concerne les liens entre le mariage et la filiation que son indissolubilité.

9 – La première étape de cette évolution est survenue en 1912, lorsque le législateur a admis l'action en recherche de paternité. Les conditions de cette action étaient rigoureuses à l'époque. Il n'en demeurait pas moins qu'il était devenu juridiquement possible d'établir un lien de filiation à l'égard d'un homme qui ne souhaitait pas reconnaître l'enfant. Malgré cette avancée, la famille légitime demeurait la seule digne d'intérêt. La famille naturelle étant toujours considérée comme inférieure. Sous l'effet de l'évolution des mœurs, cette situation a changé à la fin des années soixante. C'est ainsi que le 3 janvier 1972, le législateur a adopté une loi qui a véritablement bouleversé le droit de la filiation, en posant les principes d'égalité et de vérité des filiations. Désormais, la famille «hors mariage» existe juridiquement et «l'enfant naturel s'inscrit comme les autres dans la transmission entre les générations»⁴⁰. Ce mouvement s'est achevé en 2005⁴¹ lorsque la distinction «filiation légitime» et «filiation naturelle» a été effacée dans le droit civil. Qu'ils soient nés hors mariage ou de parents mariés, les enfants ont désormais les mêmes droits.

Le mariage n'est donc plus «le lieu privilégié de la procréation»⁴². Il se conçoit également qu'il puisse être célébré quand bien même l'union projetée ne pourrait engendrer des enfants. Au-delà de certaines situations marginales admises par le droit civil, comme le mariage posthume ou le mariage *in extremis*, il apparaît que

40 I Théry «Mariage de même sexe et filiation: rupture anthropologique ou réforme de civilisation?» Dr fam 2013, dossier 17, spéc n° 14.

41 Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, ratifiée par la Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009.

42 R Libchaber, article préc, spéc n 31, n° 15; H. Fulchiron, article préc n 31, p 409 et Y Lequette, article préc n 31, p 532.

ni la capacité de procréer ni celle d'entretenir des relations sexuelles ne sont, en soi, des obstacles à la formation du mariage⁴³. À cela s'ajoute le phénomène du remariage⁴⁴ qui intervient parfois à un âge où les époux ne peuvent plus procréer. Le mariage prend un autre sens. Il ne s'agit plus de fonder une famille mais d'organiser une vie commune, de permettre aux conjoints de bénéficier de certains droits conférés par le mariage, notamment en matière de succession.

10 – Par ailleurs, l'indissolubilité n'est plus le trait marquant du mariage civil. Le divorce, qui existait dans le Code civil de 1804, avait été supprimé en 1816 avec la loi *de Bonald*. Il ne fut rétabli qu'en 1884 par la Loi *Naquet*. Mais il ne s'agissait, à l'époque, que d'un divorce pour faute. Au fil du temps, cette loi s'avèrera inadaptée à l'évolution de la société. On sait comment la pratique judiciaire, sous couvert de prononcer des divorces pour faute, consacrait bien souvent une situation «d'accord» entre les époux qui reconnaissaient chacun des torts pour pouvoir divorcer⁴⁵. C'est dans ce contexte que fut adoptée la loi du 11 juillet 1975 qui instaura le divorce par consentement mutuel et pour rupture de la vie commune. La loi du 26 mai 2004 facilite encore plus le divorce en permettant à un époux d'imposer le divorce à son conjoint en présence d'une altération du lien conjugale caractérisée par une séparation de fait de plus de deux ans (articles 237 et 238 du Code civil).

Le divorce est aujourd'hui devenu banal. En raison de son développement contemporain, le phénomène dit «des familles recomposées» brouille les perspectives traditionnelles. En droit comme en fait, ces familles sont indifféremment fondées sur des mariages rompus, des remariages et des concubinages. Au bout du compte, il apparaît que si le mariage peut être le fondement d'une famille, la famille peut avoir d'autres fondements juridiques que sont le concubinage et le PACS⁴⁶. Or, l'un et l'autre sont indifférents au sexe des partenaires.

43 V par exemple l'arrêt *Goodwin* dans lequel la CEDH, pour reconnaître le droit pour un transsexuel de se marier avec une personne du sexe opposé au sien à l'état civil, a jugé que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne peut être considérée en soi comme le privant du droit de se marier (CEDH, 11 juillet 2002, Rev trim dr civ 2002, p 782, obs J Hauser et p 862, obs J-P Marguénaud; AJ fam 2002, p 413, note Fr. Granet; Rev jur. pers. et fam 2002, n° 11, p 14, note A Leborgne; Dr fam 2002, comm. n° 133, obs A Gouttenoire-Cornut; D 2003, somm p 525, obs C Bîrsan, p 1935, obs J-J Lemouland et jur. p 2032, note A-S Chavent-Leclère; JCP G 2003, I, n° 101, §1, obs Y Favier et n° 150, §3, obs B Teysié).

44 R Libchaber, article préc n 31, spéc n° 14.

45 J Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p 221-222.

46 Sur le pluralisme familial, v not O Roy (dir) *Réflexions sur le pluralisme familial* (Presses universitaires de Paris Ouest, 2011).

B La Reconnaissance Juridique du Couple Homosexuel

11 – La reconnaissance du couple homosexuel par le droit est d'apparition récente. Pendant longtemps, la Cour de cassation s'est refusée à admettre le concubinage homosexuel qui, dès lors, ne pouvait bénéficier de certaines règles particulières prenant en compte cette situation de fait⁴⁷. La loi du 15 novembre 1999 a amorcé une double évolution. Tout en adoptant une définition du concubinage applicable aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels (article 515-8 du Code civil), elle a créé une nouvelle forme de conjugalité – le pacte civil de solidarité – limitée aux seules relations patrimoniales. Le PACS présente l'avantage de ne pas être un statut «ghetto», c'est-à-dire réservé aux couples de même sexe. Ce faisant, il a permis au couple homosexuel de bénéficier d'une certaine reconnaissance sociale.

12 – Il reste qu'avant la loi du 17 mai 2013, un couple hétérosexuel pouvait choisir entre trois types de conjugalité: le concubinage, le PACS (sauf en Polynésie, v. supra n° 3) et le mariage alors que les couples de même sexe ne pouvaient être que concubins ou PACsés. Or le PACS est un statut moins protecteur. Certes, pendant la durée de ce partenariat, les obligations personnelles des partenaires sont proches de celles du mariage. Au fil de ses évolutions et notamment depuis la loi du 23 juin 2006, le PACS s'est «matrimonialisé»⁴⁸. La différence avec le mariage demeure pourtant très nette au moment de la rupture, qu'il s'agisse d'une séparation ou d'un décès. La rupture d'un PACS est totalement libre et ne donne lieu à aucune prestation compensatoire. Et en cas de décès, le partenaire ne bénéficie d'aucune vocation successorale automatique, d'aucune quotité disponible spéciale, et encore moins de pension de réversion. Une telle différence de régime peut se comprendre lorsque les personnes peuvent choisir leur statut. Elle est plus difficilement acceptable dans le cas contraire.

Si l'on est soucieux de rétablir l'égalité entre les couples quelle que soit leur orientation sexuelle, deux voies sont envisageables. La première consiste à doter le

47 V not Cass soc, 11 juillet 1989, D 1990, jur p 582, note Ph Malaurie; JCP G 1990, II, n° 21553, note Meunier; Rev trim dr civ 1990, p 53, obs J Rubellin-Devichi; Cass 3^e civ, 17 décembre 1997, D 1998, jur p 111, concl J-F Weber, note J-L Aubert; JCP G 1998, II, n° 10093, note A Djigo; Rev trim dr civ 1998, p 347, obs J Hauser.

48 J-J Lemouland «L'émergence d'un droit commun des couples» in H Fulchiron (dir) *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (Daloz, coll Thèmes and commentaires, 2009) p 33, spéc pp 40 à 42. Rapp H Fulchiron «Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement?)» in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser* (LexisNexis/Daloz, 2012) p 125. Sur l'émergence de principes communs en matière de rupture, v H Fulchiron «Pluralisme et rupture familiale» in O Roy (dir) *Réflexions sur le pluralisme familial* (Presses universitaires de Paris Ouest, 2011) p 183.

PACS d'effets patrimoniaux plus étendus⁴⁹. La seconde consiste à ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Cette dernière voie s'inscrit dans la logique même du mariage qui constitue le droit commun de la vie conjugale⁵⁰. Elle permet également d'ouvrir l'adoption au couple homosexuel (v. infra n° 20 et s.). On pourrait y voir un paradoxe. En effet, l'ouverture du mariage aux homosexuels se conçoit dans la mesure où cette institution ne commande plus la procréation⁵¹. Mais si la famille peut se concevoir en dehors du mariage, cette institution en demeure toujours l'un des fondements possibles. La voie choisie par le législateur permet de reconnaître l'homoparenté, ce que l'on peut considérer comme nécessaire en raison de l'émergence de la famille homosexuelle.

C L'émergence de la Famille Homosexuelle

13 – La famille «homosexuelle» existe déjà dans les faits. Des homosexuels ont et élèvent des enfants, qu'ils ont pu engendrer lors d'une précédente union hétérosexuelle ou en ayant eu recours à l'étranger à une aide médicale à la procréation (cf. infra n° 25). La filiation adoptive est également ouverte aux homosexuels. Mais avant la loi du 17 mai 2013, ils ne pouvaient adopter qu'en qualité de célibataire. Rappelons, en effet, que depuis la loi du 5 juillet 1966, une personne seule peut adopter en droit français (article 343-1 du Code civil). Cette loi a, sans doute, permis à des homosexuels d'adopter des enfants. Mais il fallait certainement qu'ils dissimulent leur orientation sexuelle. En effet, l'adoption, en France, est précédée d'une phase administrative lors de laquelle il est vérifié l'aptitude du futur adoptant. Cette phase débouche sur la délivrance d'un agrément administratif, sans lequel il est impossible de pouvoir recourir à l'adoption. Une homosexualité non dissimulée pouvait, de façon plus ou moins implicite, constituer un obstacle dirimant à la délivrance de cet agrément. Dans un arrêt *Fretté c/ France*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le refus par des autorités françaises de délivrer l'agrément à un homme célibataire homosexuel n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14, combiné avec l'article 8, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵². Mais dans l'arrêt

49 L Aynès «Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe: trop ou trop peu» D 2012, p 2750.

50 F Courtray *Normes sociales, droit et homosexualité* thèse Aix-Marseille III, 1996, p 199; R Libchaber, article préc n 31, n° 17.

51 R Libchaber, article préc n 31, n° 17; H Fulchiron «Le mariage pour tous. Un enfant pour qui?» préc n 1, n° 6.

52 CEDH, 26 février 2002, req. n° 36515/97, JCP G 2002, II, n° 10074, note A Gouttenoire-Cornut et F Sudre, Rev trim dr civ 2002, p 280, obs J-P Marguénaud.

EB c/ France, la Cour est revenue sur sa position⁵³. Elle a décidé que la France ne pouvait refuser l'agrément à l'adoption en se fondant sur des motifs implicitement fondés sur l'homosexualité de la requérante⁵⁴. Désormais, l'orientation sexuelle ne peut constituer un obstacle à l'adoption individuelle.

14 – Si l'adoption par un célibataire est permise, le droit antérieur à la loi du 17 mai 2013 rejetait l'homoparenté, c'est-à-dire l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et un couple homosexuel⁵⁵. En effet, seuls les couples mariés peuvent conjointement recourir à l'adoption plénière d'enfant (article 343 du Code civil). Et s'agissant de l'adoption simple de l'enfant du partenaire, la Cour de cassation s'y refuse au motif qu'elle a pour effet de transférer l'exercice de l'autorité parentale à l'adoptant (article 365 du Code civil)⁵⁶. Cette position a été confirmée par le Conseil constitutionnel⁵⁷ ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France*, a jugé que l'impossibilité pour une personne homosexuelle d'adopter l'enfant de son partenaire ne constitue pas

53 CEDH, gr ch, 22 janvier 2008, req n° 43546/02, D 2008 panor p 1786, obs J-J Lemouland et D Vigneau, jur p 2038, note P Hennion-Jacquet, JCP G 2008, II, 10071, note A Gouttenoire et F Sudre; Rev trim dr civ 2008, p 249, obs J-P Marguénaud et p 287, obs J Hauser; Rev dr sanit. soc. 2008, p 380, obs C Neirinck; Gaz Pal, 26 juillet 2008, n° 208, p 13, note C Tahri; Rev trim dr fam (belge) 2008, p 942, note G Ruffieux.

54 Après cet arrêt, la requérante a déposé une nouvelle demande d'agrément qui fut une nouvelle fois refusée pour des motifs pour le moins fallacieux (la non implication de la compagne, alors qu'il s'agit d'une adoption par un célibataire, ainsi que le désaccord des deux femmes sur l'âge de l'enfant à adopter). Ce refus a été annulé par le tribunal administratif, qui a enjoint au Conseil général du département de délivrer l'agrément à l'adoption (TA Besançon, 10 novembre 2009, D 2009, act jur p 2807, obs S Lavric; AJ fam 2009, p 489, obs Fr Chénéde; Dr fam 2010, comm. 5, obs P Murat; Rev trim dr civ 2010, p 95, obs J Hauser; RD sanit soc 2010, p 148, note Donier).

55 V not CI Neirinck «Homoparentalité et adoption» in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala* (Litec, 2001) p 353; M Gross *L'homoparentalité* PUF, coll Que sais-je?, 2003; Fl Millet «L'homoparentalité: essai d'une approche juridique» Defrénois 2005, art 38153, p 743; G Kessler «Homoparenté et homoparentalité: les différents modes de constitution de la famille homosexuelle» Rev Lamy dr civ 2008/50, n° 3028, p 35; H Fulchiron (dir) *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (Dalloz, coll Thèmes & commentaires, 2009); C Mécarry «Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» in N Gallus (dir) *Droit des familles, genre et sexualités* (Anthémis/LGDJ, 2012) p 227 et F Dekeuwer-Defossez «Réflexions critiques d'un juriste sur la "parentalité"» in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser* (LexisNexis/Dalloz, 2012) p 41.

56 Cass. 1^{re} civ, 20 février 2007 (2 arrêts), n° 06-15.647 et n° 04-15.676, JCP G 2007, II, n° 10068, note C Neirinck; D 2007, p 1047, note D Vigneau; AJ fam 2007, p 182, obs Fr Chénéde; Dr fam 2007, comm. 80, note P Murat; Defrénois 2007, art 38595, p 791, note J Massip; Rev trim dr civ 2007, p 325, obs J Hauser et Cass 1^{re} civ, 19 décembre 2007, n° 06-21.369, JCP G 2008, II, n° 100046, note Y Favier; Dr fam 2008, comm 28, note P Murat.

57 Cons const, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, Dr fam 2012, comm 82, note C Neirinck; Procédures 2012, comm 148, obs N Fricero; AJ fam 2010, p 489, obs C Mécarry; Rev trim dr civ 2010, p 776, obs J Hauser.

une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dans la mesure où elle s'applique également aux couples hétérosexuels⁵⁸.

15 – Le fait que l'enfant n'ait de filiation établie qu'à l'égard de l'une des personnes composant un couple homosexuel peut parfois s'avérer problématique. Qu'une seule personne, le parent, soit titulaire de l'autorité parentale peut constituer une gêne dans la vie quotidienne, notamment en cas de défaillance de ce dernier. Par ailleurs, si le couple se sépare, l'enfant ne pourra, en principe, être élevé que par son parent. L'ex-partenaire ne pourra être obligé de verser une pension alimentaire à l'enfant. Il ne pourra non plus être certain de bénéficier d'un droit de visite et d'hébergement. Enfin, si le partenaire du parent de l'enfant décède, celui-ci ne bénéficie d'aucune vocation successorale. Et si le parent décède, rien ne garantit que son partenaire pourra continuer à s'occuper de l'enfant.

Différentes techniques juridiques ont été mobilisées afin d'accorder certains droits parentaux au partenaire du parent de l'enfant. Tel est le cas de la délégation de l'autorité parentale qui permet à un parent de saisir le juge en vue de déléguer à une personne tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale. Mais pour être accordée, il faut que la délégation soit «conforme à l'intérêt de l'enfant» et que «les circonstances l'exigent» (article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil). L'appréciation de ces «circonstances» pose difficulté. En principe, le seul fait qu'une personne vive avec le parent et s'occupe de l'enfant ne suffit pas à les caractériser. Ce critère vise davantage «les cas d'hospitalisation des parents ou les voyages prolongés»⁵⁹. En 2006, la Cour de cassation a fait preuve d'une lecture compréhensive de l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil, en permettant au parent de déléguer l'autorité parentale à la personne avec laquelle il vit «en union stable et continue»⁶⁰. Mais en 2010, elle est revenue à plus d'orthodoxie⁶¹. Depuis lors, cette technique est

58 CEDH, 15 mars 2012, req n° 25951/07 *Gas et Dubois c/ France* D 2012, p 1241, obs I Gallmeister, note A Dionisi-Peyrusse; AJDA 2012. 1726, chron L Burgorgue-Larsen; AJ fam 2012, p 220, obs C Siffrein-Blanc et p 163, point de vue Fr Chénéde; Rev trim dr civ 2012, p 275, obs J-P Marguénaud et p 306, obs J Hauser; D 2013, p 663, obs J-C Galloux et H Gaumont-Prat, p 798, obs M Douchy-Oudot et p 1436, obs F Granet-Lambrechts.

59 G Kessler, article préc n 52, spéc p 37.

60 Cass 1^{re} civ, 24 février 2006, n° 04-17.090, JCP G 2006, I, 199, n° 16, obs M Rebourg; D 2006, p 897, note D Vigneau, p 876, point de vue H. Fulchiron, p 1139, obs F Granet-Lambrechts et p 1414, obs J-J Lemouland; AJ fam 2006, p 159, obs F Chénéde.

61 Cass 1^{re} civ, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, JCP G 2010, n° 994, note A Gouttenoire; AJ fam 2010, p 394, obs Fr Chénéde; Rev jur pers fam 2010-11/29, note F Eudier; Defrénois 2010, p 2028, obs J Massip; Rev trim dr civ 2010, p 547, obs J Hauser.

redevue «une mesure exceptionnelle subordonnée à des conditions particulières»⁶² malgré la résistance de certaines juridictions du fond⁶³.

D'autres procédés sont également utilisés. Ainsi, en cas de séparation du couple, l'ex-compagnon du parent peut demander au juge le maintien de sa relation personnelle avec l'enfant (article 371-4, alinéa 2, du Code civil). Des mesures peuvent également être adoptées en cas de décès de l'un ou l'autre membre du couple homosexuel. Le parent peut désigner son compagnon comme tuteur testamentaire. Sur un plan successoral, le partenaire du parent pourra faire un testament en faveur de l'enfant qui devra, cependant, acquitter des droits de mutation plus importants. Il reste que l'utilisation de ces différentes techniques ne permet pas de placer l'enfant et le partenaire de son parent exactement dans la même situation que si une relation de filiation existait.

II LES CONSÉQUENCES DE L'OUVERTURE DU MARIAGE AUX COUPLES DE MEME SEXE

16 – Depuis la loi du 17 mai 2013, le mariage peut être «contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe» (article 143 du Code civil). Les conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe doivent être envisagées au regard du mariage (A), mais également de la filiation (B).

A Les Conséquences au Regard du Mariage

17 – La nouvelle loi n'a pas modifié le cœur de l'institution du mariage. Si le mariage est désormais «ouvert» aux couples de même sexe, les droits et les obligations qu'il comporte demeurent inchangés. Le mariage reste encadré par l'interdit de l'inceste et de la polygamie. Il impose aux époux les mêmes devoirs et leur ouvre les mêmes droits qu'auparavant (communauté de vie, fidélité, assistance, etc.). Il remplit toujours des «fonctions sociales singulières», notamment de solidarité et d'assistance⁶⁴, lesquelles se prolongent après la rupture du mariage. Hier comme aujourd'hui, le divorce peut imposer à un époux de payer une prestation compensatoire à l'autre, lorsque la rupture entraîne une disparité dans les conditions de vie de ce conjoint. En cas de décès de l'un des époux, le conjoint survivant dispose toujours des mêmes droits successoraux (vocation successorale

62 V Depadt-Sebag «La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage» D 2011, p 2499.

63 V C Mécar, article préc n 52, spéc p 241 à 242 et les décisions citées.

64 A-M Leroyer, article préc n 1, spéc p 1699.

spéciale, droit au maintien dans le logement familial, etc.) et peut percevoir une pension de réversion⁶⁵.

Si le contenu du mariage n'a pas changé, la loi nouvelle apporte certaines adaptations mineures pour tenir compte du possible caractère homosexuel de l'union. Ainsi, le rappel de l'interdit de l'inceste a nécessité certaines modifications des articles relatifs aux empêchements à mariage. Désormais, le mariage est aussi prohibé entre frères et entre sœurs (article 162 du Code civil), ainsi qu'entre l'oncle et le neveu et entre la tante et la nièce (article 163 du Code civil). S'agissant de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil ne recevra plus la déclaration des parties qu'elles veulent se prendre «pour mari et femme», mais qu'elles veulent se prendre «pour époux» (article 75, alinéa 6, du Code civil).

18 – Sur un plan terminologique, les opposants au projet de loi avaient soutenu que l'ouverture du mariage au couple de même sexe entraînerait une «désexualisation» du droit (d'où la polémique relative à la «théorie du genre»)⁶⁶. Cette thèse a, notamment, été défendue par l'Union nationale des associations familiales qui a prétendu que la réforme bouleverserait pour chacun son «état civil» et engendrerait une remise en cause de notre «pacte social»⁶⁷. Une telle crainte est pour le moins infondée. Tout d'abord, parce la loi nouvelle ne supprime pas la mention du sexe dans les actes de l'état civil. Ensuite et surtout, parce que la «désexualisation» des textes régissant le droit du mariage n'est pas un phénomène nouveau⁶⁸. Il faut se rappeler qu'à l'origine, le mariage était marqué par la puissance maritale et paternelle. Les termes mari et femme étaient alors principalement utilisés par les textes pour signifier que les époux n'avaient pas les mêmes droits. C'est pourquoi, toutes les réformes qui, à partir des années soixante, visaient à assurer l'égalité entre les époux ont substitué à ces termes ceux, plus neutres, de conjoint ou d'époux. Aussi bien, il ne restait dans la législation que très peu de texte distinguant l'homme de la femme ou la femme du mari. Poursuivant ce mouvement, la loi du 17 mai 2013 modifie plusieurs textes du Code civil afin de tirer les conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. S'agissant des textes hors le Code civil⁶⁹, le gouvernement procédera à leur adaptation par voie d'ordonnance.

65 Sur l'incidence de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en matière de retraite, v A Devers «Le droit à pension de réversion du conjoint homosexuel», Dr fam 2013, dossier 23.

66 I Théry, article préc n 37.

67 Ibid.

68 Ch Bidaud-Garon «Le mariage sans sexe...» Dr fam 2013, dossier 18.

69 D Fenouillet «Le droit civil de la famille hors le Code civil» Petites affiches, 21 septembre 2005, n° 188, p 3.

En définitive, les modifications concernant l'état civil concerne surtout le livret de famille. Les mentions «époux» et «épouse» ont été remplacées par des cases blanches qui devront être remplies par l'officier de l'état civil en fonction du sexe des époux. Il pourra y avoir deux fois «époux», deux fois «épouse», ou «époux»-«épouse»⁷⁰. Mais en toute hypothèse, les mots «père et mère» figureront toujours dans les actes de l'état civil et le livret de famille lorsque les parents sont de sexe différent.

19 – La loi nouvelle apporte toutefois certaines modifications qui concernent tous les époux, qu'ils soient de sexe identique ou de sexe différent. Les règles relatives à la compétence territoriale de l'officier de l'état civil ont été assouplies (article 74 du Code civil). S'agissant de la célébration du mariage, il est désormais indiqué que celle-ci est une «cérémonie républicaine». Il s'agit d'insister sur le caractère laïc et républicain du mariage civil qui, depuis longtemps, s'est éloigné du mariage canonique dont il s'inspirait à l'origine (v. supra, n^{os} 8 et s.). Enfin, la loi réforme l'institution du nom d'usage des époux. Un nouvel article 225-1 du Code civil prévoit que chacun des époux, quel que soit leur sexe, peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux (par substitution ou adjonction à son propre nom). Si, dans la pratique, il est probable que les époux choisiront de porter le même nom à titre d'usage, le texte ne les y contraint pas. Il aurait, à cet égard, été judicieux de s'inspirer du droit allemand qui impose aux époux de choisir le jour du mariage le nom qu'ils porteront⁷¹.

B Les Conséquences au Regard de la Filiation

20 – La loi du 17 mai 2013 ne modifie pas les règles relatives à la filiation découlant d'un rapport charnel qui, comme hier, ne concernent que les couples mariés de sexe opposé. Les couples de même sexe ne pourront ainsi invoquer les présomptions qui y figurent, telle notamment la présomption de paternité. La loi n'instaure pas de présomption de «parentalité» en faveur du couple homosexuel marié, ni même de filiation «déclarative», fondée sur la volonté de deux personnes de même sexe de créer un lien indissoluble de co-paternité ou de co-maternité. Certains États l'ont admis. Tel est le cas du droit québécois qui, depuis 2002, a introduit une présomption de co-maternité en cas de naissance au sein d'un couple de lesbiennes unies par le mariage ou par l'union civile⁷². D'autres droits permettent

70 Ibid.

71 Ch Bidaud-Garon, article préc n 65, spéc n° 7.

72 V not D Goubau «Le mariage pour tous, dix ans après ... L'expérience canadienne» Dr fam 2013, dossier 34, spéc n° 4; S Cap, L Galichet, Fl Maisonnasse, A Molière et S Tetard «Le statut juridique du co-parent de même sexe: aperçu de droit comparé» in H Fulchiron et J Sosson *Parenté, Filiation, Origines. Le droit de l'engendrement à plusieurs* (Bruylant, 2013) p 89, spéc p 115.

l'établissement d'une double filiation monosexuée au sein d'un couple de femmes calquée sur le modèle de la reconnaissance paternelle⁷³. Le maintien de la présomption de paternité a valeur de symbole. Sans doute faut-il aujourd'hui relativiser l'importance de cette règle qui apparaît davantage comme une technique probatoire pratique, mais fragile⁷⁴. Sur un plan symbolique, toutefois, son maintien marque la volonté du législateur de ne pas «déssexualiser» le mariage. La loi ne nie pas les différences entre les couples. Pour autant, cela ne veut pas dire que les couples de même sexe ne pourront accéder à la parentalité. Mais la seule voie qui leur est actuellement ouverte est celle de l'adoption à laquelle ils pourront recourir dans les mêmes conditions qu'un couple hétérosexuel marié.

21 – Précisons que le législateur n'aurait pu choisir d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe tout en leur fermant la porte de l'adoption. Pareille situation n'aurait pas manqué d'être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt *X c/ Autriche*, rendu pendant que la loi était débattue, la Cour s'est de nouveau prononcée, comme dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France* (v supra n° 14) sur l'adoption, par un concubin, de l'enfant de son partenaire⁷⁵. Le contexte était cependant différent dans la mesure où le droit autrichien permet au membre d'un couple hétérosexuel, même non marié, d'adopter l'enfant de son concubin. Interdire, dans ces conditions, l'adoption co-parentale aux concubins homosexuels constitue une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour a également relevé que «le gouvernement [autrichien] n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptible de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant» (§ 142). Elle conclut, par conséquent, à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de la vie privée et familiale (violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8) pour autant que l'on compare la situation d'un couple homosexuel non marié avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Il en va, *a fortiori*, de même si l'adoption par un couple homosexuel marié est refusée alors qu'elle est admise pour les couples hétérosexuels mariés. Dès lors, le législateur français ne pouvait pas

73 S Cap, L Galichet, Fl. Maisonnasse, A Molière et S Tetard, article préc n 69, spéc p 114 et s (à propos du droit anglais et norvégien).

74 V Bonnet «Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage» D 2013, p 107.

75 CEDH, gr ch, 19 février 2013, req n° 19010/07, *X et autres c/ Autriche*, D 2013, p 502, obs I Gallmeister et p 1436, obs F Granet-Lambrechts; AJ fam 2013, p 227, obs F Chénéde; RTD civ 2013, p 329, obs J-P Marguénaud et p 363, obs J Hauser. *Adde* J Ferrero «L'homoparentalité devant la CEDH: éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe» D 2013, point de vue, p 1286.

instituer un mariage au rabais – c'est-à-dire excluant l'adoption pour les seuls conjoints homosexuels – sans qu'elle soit «vouée à une stigmatisation européenne»⁷⁶.

22 – Seules donc les règles relatives à la filiation adoptive pourront être utilisées par les conjoints homosexuels. Il pourra s'agir d'une adoption simple, qui ajoute une nouvelle filiation sans supprimer celle que l'enfant avait déjà, ou d'une adoption plénière dont les effets sont plus radicaux puisqu'elle détruit la filiation originaire, l'enfant n'ayant comme parent que les adoptants⁷⁷. C'est à propos de cette dernière que les critiques ont été les plus vives⁷⁸. Si l'on permet à des couples de même sexe d'adopter plénièrement, l'enfant aura soit deux pères (sans avoir jamais eu de mère), soit deux mères (sans avoir jamais eu de père). Un tel résultat peut surprendre dans la mesure où l'adoption plénière a pour modèle la filiation biologique. C'est pourquoi, l'adopté dispose d'un nouvel acte de naissance, réalisé à partir de la transcription du jugement d'adoption, qui ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant (article 354 du Code civil). Mais la fiction selon laquelle l'enfant adopté a été engendré de ses parents adoptifs est battue en brèche depuis plusieurs années en raison, notamment, de l'admission de l'adoption plénière par une personne seule (v. supra, n° 13)⁷⁹ et de la possibilité ouverte à l'adopté de pouvoir, à des conditions certes très restrictives, accéder à ses origines personnelles⁸⁰. Le secret entourant la filiation ne présente donc plus un caractère absolu. La nouvelle rédaction des actes de l'état civil⁸¹ fait d'ailleurs disparaître la fiction de l'engendrement⁸². En effet, non seulement l'acte de naissance mentionne le jugement d'adoption mais les extraits qui seront délivrés avec mention de la filiation n'indiqueront plus que l'enfant est «né(e) de... et de...», mais qu'il est

76 J-P Marguénaud, note préc.

77 Sur le choix entre ces deux types d'adoption, v A Bateur «L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe», Petites affiches, 4 juillet 2013, n° 133, p 29.

78 V not H Fulchiron «La reconnaissance de la famille homosexuelle: étude d'impact» D 2013, p 100, spéc p 103-104.

79 Rapp A-M Leroyer, article préc n 1, spéc p 1699.

80 Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002.

81 V la Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, NOR JUSC1312445C, Bull off min justice n° 2013-05 du 31 mai 2013.

82 A-M Leroyer, *ibid*.

«fils/fille de...et de...»⁸³. L'ouverture de l'adoption plénière aux couples mariés de même sexe ne constitue donc pas «une falsification de la réalité»⁸⁴.

23 – À l'instar des couples de sexe différent, les couples de même sexe peuvent désormais adopter ensemble un enfant ou adopter l'enfant de leur conjoint, ce qui revient à consacrer l'homoparenté. Précisons que le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation concernant l'adoption. Selon le Conseil, l'agrément à l'adoption ne peut être délivré que si la demande est conforme à l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant se trouve ainsi érigé en principe constitutionnel. Le Conseil indique également que la réforme n'a pas pour objet ni pour effet de consacrer un «droit à» l'enfant pour les couples de même sexe. L'accès à l'adoption ne sera pas automatique. Celle-ci ne sera accordée qu'après un contrôle judiciaire, ce contrôle étant axé sur la protection de l'enfant et la recherche de la meilleure solution pour lui⁸⁵.

La première possibilité désormais offerte aux couples de même sexe, l'adoption en commun, risque de se heurter à de nombreux obstacles pratiques. Si l'adoption concerne un enfant né en France, il est probable que, pendant un certain temps, les instances qui choisissent les adoptants fassent preuve de réticence à l'idée de confier un enfant à un couple de même sexe⁸⁶. Et s'agissant de l'adoption internationale, il est probable que les candidats à l'adoption rencontreront d'innombrables difficultés car nombreux sont les États hostiles aux demandes émanant de couples de même sexe. Cette forme d'adoption risque d'être très minoritaire⁸⁷.

Reste, seconde possibilité, l'adoption de l'enfant du conjoint qui sera beaucoup plus fréquente en pratique. Celle-ci se décline en deux hypothèses.

83 V la Circulaire du 29 mai 2013, préc Pour une présentation, v Ch Bidaud-Garon «Mariage pour tous: la circulaire!» JCP G 2013, n° 729, spéc p 1263.

84 A-M Leroyer, article préc, spéc n 1, p 1700, citant L Brunet «L'adoption au sein des couples de même sexe: une "falsification" de la réalité?» in I Théry (dir) *Mariage de même sexe et filiation*, EHESS, Cas de figure, 2013, p 89.

85 I Corpart «Le Mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants» AJ fam 2013, p 340.

86 V not I Corpart, article préc n 82.

87 En ce sens, v I Corpart, article préc n 82; A Bateau, article préc n 74, et P Murat «L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe ... ou l'art de se mettre au milieu du gué». Dr fam 2013, dossier 24, spéc n° 12. Le rapprochement avec la Belgique, qui autorise depuis sept ans ce type d'adoption, est éloquent: 9 enfants belges ont été adoptés par des familles homoparentales; adoption internationale (G Champenois «L'adoption et la loi du 17 mai 2013. Quelques observations sur l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe» Defrénois 2013, p 731, spéc n° 6 – Sur la loi belge, v N Gallus «Filiation, parenté, parentalité et homoparentalité en droit belge» in O Roy (dir) *Réflexions sur le pluralisme familial* (Presses universitaires de Paris Ouest, 2011) p 81.

En premier lieu, il se peut que le conjoint soit le parent biologique d'un enfant conçu lors d'une précédente relation hétérosexuelle (ou à la suite d'une aide à la procréation: don de sperme, etc.). Dans ce cas, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible si l'enfant n'a pas de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint ou, dans le cas contraire, lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ou est décédé (et, dans ce dernier cas, à condition que le conjoint décédé n'ait pas laissé d'ascendants ou que ceux-ci se soient manifestement désintéressés de l'enfant) (article 345-1 du Code civil). L'adoption simple de l'enfant du conjoint est également possible, mais elle apparaît plus aléatoire car elle suppose, lorsque l'enfant est mineur, l'accord des deux parents biologiques⁸⁸.

En second lieu, un époux peut adopter l'enfant adoptif de son conjoint. Cette possibilité, introduite par la loi du 17 mai 2013, concerne tous les couples, même s'il est probable qu'elle jouera davantage pour les couples de même sexe. Elle permettra à une personne qui a déjà adopté un enfant alors qu'elle ne vivait pas en couple, ou à l'époque où une adoption conjointe par des homosexuels n'était pas possible, de le faire adopter par son conjoint⁸⁹. Cette adoption pourra être simple (que l'enfant ait été initialement adopté en la forme simple ou plénière – article 360, alinéa 2, du Code civil) ou plénière, mais à la condition, là encore, que la filiation de l'enfant ne soit établie qu'à l'égard du parent adoptif (article 345-1, 1^obis, du Code civil).

24 – Il est important de préciser que les adoptions en cascade sont exclues dans la mesure où l'adoption de l'enfant du conjoint n'est possible que si l'enfant n'a été adopté que par une seule personne. Si un enfant a été adopté conjointement par un couple, il ne pourra être adopté une troisième fois si, en cas de divorce, les ex-époux adoptants se remarient de leur côté. En outre, si un enfant a été préalablement adopté en la forme simple, il ne pourra ensuite être adopté par le conjoint en la forme plénière⁹⁰. Mais il pourra être adopté en la forme simple ce qui pourrait conduire à ce que l'enfant ait trois parents de même sexe.

Prenons l'exemple d'une femme qui, après avoir donné naissance à un enfant dans le cadre d'une union hétérosexuelle, se marie avec une autre femme. Son conjoint pourra, avec l'accord du père, adopter l'enfant en la forme simple. Si ce couple divorce et que la mère adoptive se remarie, l'enfant pourrait faire l'objet d'une adoption simple par le nouveau conjoint. Il aurait alors trois mères (une mère

88 V I Corpart, article préc n 82 et G Champenois, article préc n 84.

89 P Murat, article préc n 84.

90 A Batteur, article préc, spé n° 18.

biologique et deux mères adoptives) et un père. Il en va de même si une femme donne naissance à un enfant dont on ignore l'identité du père biologique. Elle pourra se marier avec une femme qui pourra adopter plénièrement l'enfant. En cas de divorce et de remariage, l'une et l'autre pourront offrir à sa seconde épouse la possibilité de devenir, par la voie de l'adoption simple, la troisième mère de l'enfant si les deux autres mères y consentent⁹¹.

Il est toutefois peu probable, en pratique, que de telles situations se réalisent. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'adoption est toujours prononcée par un juge qui, lorsqu'il est saisi d'une demande, se prononce en fonction de l'intérêt de l'enfant. Il est raisonnable de penser qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de voir multiplier les liens de filiation⁹².

25 – La loi du 17 mai 2013 n'aborde pas deux questions sensibles qui ont été l'une des principales sources de crispation des antis «mariage pour tous». Il s'agit de la, d'une part, de l'aide médicale à la procréation (AMP) et, d'autre part, de la gestation pour autrui (GPA).

L'aide médicale à la procréation concerne exclusivement les couples lesbiens. L'hypothèse la plus fréquente est le recours à l'insémination artificielle avec donneur (IAD) qui, en l'état actuel du droit positif, ne reste ouverte qu'aux couples hétérosexuels, mariés ou non, souffrant d'infertilité (article L. 2142-2 du Code de la santé publique). Un couple de lesbiennes mariés ne peut pas y avoir recours. Il existe pourtant une grande hypocrisie en la matière. En effet, la plupart des États qui ont légalisé le mariage homosexuel ont admis le recours à l'aide médicale à la procréation⁹³. C'est le cas, notamment, de la Belgique⁹⁴ et de l'Espagne. De nombreuses femmes françaises contournent ainsi le droit français en ayant recours à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger. L'enfant conçu dans ces circonstances ne peut voir sa filiation maternelle contestée en application de la règle *Mater semper certa est* (la mère est celle qui accouche). Depuis la loi du 17 mai 2013, ces femmes pourront, ensuite, faire adopter l'enfant par leur conjoint. Il y a, à l'évidence, une discrimination financière entre celles qui auront et celles qui n'auront pas les moyens de financer une AMP à l'étranger. Les autorités françaises paraissent se satisfaire de cette situation sans pour autant se presser de légaliser

91 V A Bateau, article préc n 74, spéc n° 16 et G Raoul-Cormeil, article préc n 1.

92 V A Bateau, article préc n 74, spéc n° 16 et G Raoul-Cormeil, article préc n 1.

93 B de Boysson «L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels: quelles perspectives?» Dr fam 2013, dossier 25, spéc n° 26.

94 Sur le droit belge, v not N Gallus, article préc n 84 et C Herbrand «La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique: reflet de la diversité familiale?» in N Gallus (dir) *Droit des familles, genre et sexualités* (Anthémis/LGDJ, 2012) p 321.

cette pratique. Un avis du Comité consultatif national d'éthique, qui a été sollicité, devrait être rendu durant l'année 2014. Bien que ses membres aient été en partie renouvelés, il n'est pas inutile de rappeler qu'il s'est déjà prononcé contre l'ouverture de l'AMP aux couples homosexuels en 2005⁹⁵. Un projet de loi sur la famille devait être discuté au début de l'année 2014. Mais face à la remobilisation des opposants au «mariage pour tous», le gouvernement a décidé de ne pas présenter le texte au Parlement, dont l'examen est repoussé *sine die*. Cette situation d'attente risque bien de se prolonger, favorisant encore plus le «tourisme procréatif»⁹⁶. Elle pourrait également entraîner le développement des inséminations artificielles «artisanales» pratiquées en dehors de tout cadre légal⁹⁷.

26 – La gestation pour autrui (GPA) concerne davantage les couples d'hommes, même s'il n'est pas inenvisageable que des couples de femmes puissent désirer y recourir. Cette pratique étant prohibée en France (article 16-7 du Code civil), la question se pose de savoir si une éventuelle légalisation de l'aide médicale à la procréation (IAD) en faveur des femmes seules ou des couples lesbiens ne devrait pas entraîner, au nom du principe d'égalité, la possibilité pour un homme ou un couple d'hommes de pouvoir utiliser les services à une mère porteuse. Il est difficile d'être catégorique⁹⁸. La gestation pour autrui dépasse largement le cadre de l'homoparenté. Jusqu'à présent, le contentieux en la matière concerne principalement les couples hétérosexuels qui y ont eu recours à l'étranger. En pareille hypothèse, la Cour de cassation refuse, au nom de l'ordre public international, la transcription de l'acte de naissance étranger établissant un lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant issu de la mère porteuse⁹⁹. Un tel

95 CCNE «Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation», avis n° 90, 24 novembre 2005 (www.ccne-ethique.fr).

96 V not J-J Lemouland «Le tourisme procréatif», Petites affiches, 28 mars 2001 n° 62, p 24 et H Bosse-Platière «Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française» Informations sociales, 2006/3 n° 131, p 88.

97 À propos d'une insémination artificielle entre parents homosexuels, v Cass. 1^{re} civ, 9 mars 1994, D 1995, jur p 197, note E. Monteiro. En l'espèce, après avoir publié une annonce dans un journal gay, un couple de lesbiennes était entré en contact avec un homme qui avait accepté d'offrir sa semence. L'insémination artificielle «dans un contexte amoureux» d'une femme par sa partenaire sera réalisée à leur domicile. Elevé par le couple lesbien, l'enfant a été reconnu par ses deux parents biologiques. Il s'ensuit un litige sur l'exercice de l'autorité parentale auquel l'arrêt de la Cour de cassation met un terme.

98 V not A Marais «La maternité pour autrui et le genre» in A-F Zattara-Gros *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, p 151, spéc p 167.

99 Cass 1^{re} civ, 6 avril 2011 (3 arrêts), n° 09-66.486, n° 09-17.130 et n° 10-19.053, D 2011, p 1522, note D Berthiau et L. Brunet, p 1001, édito F Rome p 1064, entretien X Labbée, p 1588, obs F Granet-Lambrechts et p 1995, obs A Gouttenoire, D 2012, p 320, obs J-C Galloux et p 1239, obs F Jault-Seseke; AJ fam 2011, p 265, obs B Haftel et p 266, interview M Domingo; Rev crit dr int priv 2011, p 722, note P Hammje; Rev trim dr civ 2011, p 340, obs J Hauser.

acte est jugé mensonger puisque seule la mère porteuse, qui a accouché de l'enfant, est considérée comme étant sa véritable mère (ce qui est discutable lorsque l'embryon qui a été implanté est issu des gamètes du couple commanditaire). Cette jurisprudence ne semblait pas s'opposer à ce que l'acte d'état civil étranger puisse être transcrit s'il mentionnait le père d'intention (qui est, le plus souvent, le père biologique) et la mère porteuse. Dès lors, on pouvait penser qu'un homosexuel ayant eu recours à une mère porteuse dans un État autorisant cette pratique pouvait faire transcrire l'acte de naissance de l'enfant. Et, dans la mesure où il est, très probablement, le père biologique de l'enfant, qu'il pouvait également faire une reconnaissance de paternité. Par la suite, l'enfant aurait pu être adopté par son conjoint.

Ce schéma est remis en question depuis un arrêt du 13 septembre 2013¹⁰⁰. En l'espèce, un couple avait eu recours à une mère porteuse en Inde. L'homme avait reconnu l'enfant pendant sa grossesse. Estimant qu'il y avait une fraude à la loi française, le ministère public avait attaqué cette reconnaissance, qui avait été annulée. Devant la Cour de cassation, l'homme faisait valoir qu'il n'avait jamais été démontré qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant. La Cour de cassation a rejeté cet argument en considérant que le Parquet n'a pas à rapporter la preuve que le celui qui avait reconnu l'enfant n'était pas le père. Selon la première Chambre civile, il suffit qu'il y ait une fraude à la loi (en l'occurrence, le fait de recourir à une mère porteuse), pour que la reconnaissance soit contestée. Autrement dit, la reconnaissance peut être annulée quand bien même le père d'intention est le père biologique de l'enfant. Bien que rendu à propos d'un couple hétérosexuel, cette décision ferme la porte à l'homoparenté constituée via une mère porteuse. Si le père biologique ne peut plus établir sa filiation reconnaissant l'enfant, celui-ci ne pourra pas être adopté par son conjoint.

27 – Quelle conclusion tirer de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ? Le changement opéré n'est certainement pas la rupture sans précédent que l'on imagine. Il s'inscrit dans une certaine continuité. Celle de l'évolution qu'a connue notre droit de la famille depuis le Code civil. Celui du changement d'attitude du droit à l'égard de l'homosexualité. Celle d'une prise en compte, certes imparfaite, de la famille homosexuelle, qui existait déjà en droit (par le biais, notamment, de l'adoption par une personne célibataire) et, surtout, en fait.

100 Cass 1^{re} civ, 13 septembre 2013, (2 arrêts), n° 12-18.315 et 12-30.138, JCP G 2013, n° 985, note A Mirkovic; D 2013, p 2377, avis C Petit et p 2384, note M Fabre-Magnan. *Adde*, H Fulchiron et Ch Bidaud-Garon «Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse» D 2013 p 2349.

Le mariage «pour tous» n'a pas non plus supprimé la distinction entre les sexes. Comme l'indique opportunément Irène Théry, la réforme procède à un «redéploiement» de la distinction entre les sexes «de façon à inclure dans le mariage et l'adoption, non seulement les relations de sexe opposé, mais les relations de même sexe»¹⁰¹. Il y aura toujours des couples mariés formés d'un homme et d'une femme et des enfants adoptés ayant un père et une mère, ou un père ou une mère. À côté, il y aura désormais des couples mariés de même sexe, et des enfants qui auront deux pères ou deux mères. Autrement dit, «on ne supprime pas, on ajoute»¹⁰².

101 I Théry «Mariage de même sexe et filiation: rupture anthropologique ou réforme de civilisation?» préc n 37, spéc n° 8.

102 Ibid.