En France, l'homosexualité est généralement présentée en droit civil sous l'angle d'une liberté, de la tolérance, voire de la permissivité. L'abrogation des dernières dispositions pénales qui incriminaient spécifiquement les relations entre personnes du même sexe a été réalisée au nom de l'égalité, mais également d'une liberté de choix à respecter. Dès lors, l'homosexualité est une variante de la sexualité humaine comme l'hétérosexualité. Elle est protégée par un principe général de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Or, une approche dans les autres branches du droit privé, fondée exclusivement sur le principe de liberté n'apparaît plus pertinente. Une nouvelle perspective de l'égalité de traitement nous conduit, au-delà de la simple tolérance, à interroger non plus l'opportunité, mais la légitimité d'une restriction ou d'une différenciation des droits et des obligations des individus en raison de leur sexualité.

Les opinions émises dans cet ouvrage sont celles de leurs auteurs ; elles ne reflètent pas nécessairement les positions de la HALDE qu'elles n'engagent pas.

HALDE
Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité
08 1000 5000
www.halde.fr
Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

15 EUROS
ISBN : 978-2-11-006848-4 DF : 5ER07090
9 782110 068484

ÉTUDES & RECHERCHES

HOMOSEXUALITÉ ET DISCRIMINATIONS EN DROIT PRIVÉ

HALDE

dF

ÉTUDES & RECHERCHES

Homosexualité et discriminations en droit privé

Daniel Borrillo
Thomas Formond

La documentation Française

ÉTUDES
RECHERCHES

Homosexualité et discriminations en droit privé

sous la direction de Daniel Borrillo

La **documentation** Française

pages 1-2 interieu HALDE homo.in1 1 3/10/07 15:45:55

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) est une autorité administrative indépendante créée par la loi du 30 décembre 2004. Elle a pour mission de lutter contre les discriminations prohibées par la loi, de fournir toute l'information nécessaire, d'accompagner les victimes, d'identifier et de promouvoir les bonnes pratiques pour faire entrer dans les faits le principe d'égalité.

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© La documentation Française - Paris, 2007
ISBN : 978-2-11-006848-4
DF : 5 ER 057090
www.ladocumentationfrancaise.fr

pages 1-2 interieu HALDE homo.in2 2 3/10/07 15:45:55

SOMMAIRE

Introduction 5

CONCEPTS CLÉS

CHAPITRE I

La non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle 9

CHAPITRE II

Le droit interne 31

PARTIE 1

LA VIE SOCIALE ET PROFESSIONNELLE 43

CHAPITRE I

L'incrimination des discours et des actes homophobes 47

CHAPITRE II

L'emploi et le travail 51

PARTIE II

LA VIE PRIVÉE ET LA VIE DU COUPLE 91

CHAPITRE I

Le droit au respect de la vie privée et le droit à l'image 93

CHAPITRE II

La vie du couple 101

PARTIE III
LA VIE FAMILIALE ET LA FILIATION 173

CHAPITRE I
L'adoption 179

CHAPITRE II
L'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation 195

CHAPITRE III
L'exercice des droits parentaux 227

Conclusion 239

Bibliographie 241

Abréviations utilisées dans l'ouvrage 271

Table des matières 273

INTRODUCTION

Le principe d'égalité est l'un des socles de l'État de droit. Proclamé par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, confirmé et concrétisé depuis dans diverses conventions internationales ainsi que par les constitutions de 1946 et 1958, il se trouve au cœur de nos institutions. Au fil du temps, ses applications ont été multipliées, sa signification et sa portée se sont complexifiées. Mais c'est essentiellement depuis la fin des années 1980 que l'efficacité du principe d'égalité acquiert en droit français une nouvelle dimension, au travers de l'avènement du principe de non-discrimination, son corollaire [1]. C'est notamment sous l'impulsion du droit communautaire et du droit européen que les avancées les plus importantes ont été réalisées. Par leur biais, c'est un véritable droit des discriminations qui se constitue actuellement, caractérisé par un raisonnement et des outils juridiques propres, mais surtout par une efficacité nouvelle : non seulement les inégalités de traitement peuvent être dénoncées et sanctionnées, mais d'autres, jusqu'alors invisibles pour le droit, sont mises à jour. L'égalité tend à être réalisée dans les faits au moyen d'actions positives. En outre, les situations au regard desquelles un traitement différencié est considéré comme illégitime, ainsi que les domaines dans lesquels ces traitements sont en principe prohibés évoluent et se développent également. Ainsi, à côté de l'interdiction traditionnelle des différenciations fondées sur le sexe, la race, la religion ou la nationalité, est également dénoncée l'illégitimité de celles fondées sur la naissance, l'âge, les opinions politiques ou syndicales, le handicap, l'orientation sexuelle ou encore la fortune, la langue et les caractéristiques génétiques (article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Quant aux domaines concernés, aux côtés de textes qui prohibent la discrimination dans des domaines spécifiques, notamment en matière d'emploi ou de logement, d'autres, à vocation plus générale, permettent d'envisager d'étendre l'appréciation de la légitimité d'une différence de traitement sur l'un de ces fondements. L'idéal républicain d'égalité trouve donc aujourd'hui, au travers du principe de non-discrimination, de nouveaux champs d'investigation et de nouveaux moyens de sa réalisation.

Si des travaux ont été conduits au sujet du respect du principe d'égalité en raison du sexe, ainsi qu'en raison de la race ou de l'origine des individus, la situation à propos d'autres différences de traitements prohibées reste à être étudiée. Dans cette optique, outre son actualité sociale et politique, le thème des droits et des devoirs des individus eu égard à leur sexualité hétérosexuelle ou homosexuelle apparaît comme un objet d'étude juridique privilégié. Dans ce domaine, en plus du renforcement des dispositions internes, l'énoncé au niveau européen d'une prohibition de principe des discriminations en raison de l'orientation sexuelle permet d'envisager la mise en œuvre dans les différentes branches du droit, d'une problématique nouvelle de l'égalité.

En France, l'homosexualité est généralement présentée ou traitée en droit civil, uniquement sous angle d'une liberté – liberté sexuelle, liberté de choisir et de mener sa « *vie personnelle* » –, de la tolérance, voire de la permissivité [2]. Il y a peu, cette logique pouvait encore s'interpréter

1. D. BORRILLO (sous la direction de), *Lutter contre les discriminations*, Paris, éditions La Découverte, avril 2003.

2. Dans ce sens, *cf.* par exemple : R. CABRILLAC, « Libres propos sur le PaCS (après l'adoption en première lecture par l'Assemblée nationale) », *Dalloz* 1999, *Chron.* p. 71 ; L. LEVENEUR, « Les dangers du contrat d'union civil et social », *JCP* 1998, I, 4069.

comme inscrite dans le prolongement des conditions de la dépénalisation de l'homosexualité au début des années 1980. En effet, l'abrogation des dernières dispositions pénales qui incriminaient spécifiquement les relations entre personnes du même sexe[3], a été réalisée au nom de l'égalité, mais également d'une liberté de choix devant être respectée. Dès lors, l'homosexualité ne constitue ni plus ni moins au regard de la loi pénale, qu'une variante de la sexualité humaine aux côtés de l'hétérosexualité[4]. Quoi qu'il en soit, à la lumière des dispositions qui énoncent un principe général de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, l'approche dans les autres branches du droit privé exclusivement sous l'angle de la liberté n'apparaît plus pertinente et doit être dépassée. Cette nouvelle perspective de l'égalité de traitement nous conduit au-delà de la simple tolérance, en interrogeant désormais directement, non plus l'opportunité, mais la légitimité d'une restriction ou d'une différenciation des droits et des obligations des individus en raison de leur sexualité, fût-elle homosexuelle.

Mais avant de mettre en perspective notre droit privé avec ce principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, des questions d'ordre théorique et terminologique doivent être résolues. Il est en effet nécessaire de déterminer plus précisément quels sont les fondements, quelle est la signification exacte et quelles sont les implications de ce principe de non-discrimination. Par ailleurs, il convient d'identifier les sources de cette prohibition des discriminations en raison de l'orientation sexuelle, en ayant pris soin au préalable d'identifier le sens et la portée de ce nouveau critère. Or, il se trouve que, par le biais du droit pénal, le droit privé français est déjà officiellement engagé depuis 1985 dans la lutte contre les comportements discriminatoires en raison notamment de l'homosexualité, et plus généralement depuis 2001, de l'orientation sexuelle. Dans ces conditions, il est également nécessaire de se pencher sur la nature et les performances pratiques des outils juridiques existants, tout en envisageant parallèlement les modifications éventuelles et les autres moyens qu'il conviendrait de mettre en place, afin d'optimiser la réalisation de l'objectif de lutte contre ces discriminations. L'approche générale de l'étude est donc à la fois celle de la description du droit positif et celle de l'énonciation d'un droit prospectif qui s'inspire souvent du droit comparé.

Fruit de la synthèse entre la thèse soutenue par T. FORMOND en 2002 et divers travaux effectués par D. BORRILLO qui viennent la compléter et l'actualiser, la présente étude pose les bases juridiques pour l'analyse des principales implications juridiques de l'homosexualité en droit privé.

3. Jusqu'à cette époque, l'article 330, alinéa 2 du C. pén., d'une part, aggravait la peine encourue pour le délit d'outrage public à la pudeur lorsque celui-ci consistait en *« un acte contre nature avec un individu du même sexe »*. Il a été abrogé par une loi du 19 novembre 1980. D'autre part, l'article 331, alinéa 3 du C. pén. incriminait spécifiquement, au titre d'un attentat à la pudeur, *« quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe, mineur de 18 ans »*. Ce texte a été abrogé par la loi n° 82-683 du 4 août 1982, *JO* 5 août 1982, p. 2502. Pour l'historique politique détaillé de ces abrogations, le compte rendu et l'analyse des débats, *cf.* J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour (les politiques de la sexualité en France 1950-1990)*, Paris, éditions Payot, 1991, spéc. pp. 235 et s. ; *cf.* également P. LASCOUMES, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe », *in* D. BORRILLO, *Homosexualités et droit*, collection « Les voies du droit » (sous la direction de), Paris, PUF, 1998, pp. 107-121.

4. Depuis cette époque, l'homosexualité n'est plus considérée par notre droit comme une déviance. Signalons que, d'une manière générale, là où dans le monde la répression perdure sur ce fondement, elle apparaît autant liée au degré de démocratisation de l'État, qu'à ses liens avec la religion, ces deux éléments n'étant pas nécessairement concomitants. En effet, si actuellement les condamnations pénales les plus explicites et les plus lourdes (peine de mort, lapidation, flagellation ou prison à perpétuité) sont prévues par les législations d'États autoritaires (Jordanie, Maroc) et/ou par les pays musulmans qui appliquent la *Charia* (Afghanistan, Arabie Saoudite, Iran, Koweït, Mauritanie, Qatar, Soudan, Yémen), une condamnation pénale existait également aux États-Unis jusqu'en 2003, plus précisément le 26 juin, date à laquelle la Cour suprême statue dans l'affaire *Lawrence et Al vs Texas* que la loi pénalisant la sodomie dans cet État est contraire à la Constitution fédérale.

Concepts clés

CHAPITRE I

La non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

L'étude du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle suppose que l'on s'intéresse, d'une part, à la signification et aux modalités de mise en œuvre du principe général de non-discrimination, d'autre part, à ce critère de l'orientation sexuelle jusqu'alors inconnu de notre droit et, enfin, aux différentes sources qui consacrent le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

Le principe de non-discrimination

Si le terme « *discrimination* » renvoie à l'origine au fait de distinguer, de discerner, il a cependant acquis en droit une signification particulière. Dans le langage juridique, la discrimination, c'est en substance « *la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime car arbitraire, et interdite puisqu'illégitime* »[1].

DISCRIMINATION ET DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT

Par rapport à un principe d'égalité, souvent énoncé de manière générale et abstraite, le principe de non-discrimination facilite la caractérisation de la différence de traitement *a priori* interdite. En effet, les textes énonçant ce principe visent, aux termes d'une liste fermée[2], ou bien ouverte[3], les critères au regard desquels l'établissement d'une distinction entre les individus n'est pas légitime.

Selon certains, une distinction semble néanmoins devoir être faite entre les différences susceptibles d'être prises en compte dans l'édiction de la règle juridique. Ainsi, seules certaines distinctions opérées entre des groupes d'individus devraient être « *toujours considérées comme arbitraires* », parce que « *frappées d'une illégitimité de principe en fonction d'un jugement de valeur, d'un* a priori *d'ordre éthique* », c'est-à-dire concrètement les discriminations

1. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, 778. En cela l'expression « *discrimination positive* », qui consiste à traiter volontairement une catégorie de personnes en considération d'un critère en principe illégitime, mais afin de rétablir l'égalité de traitement au profit de cette catégorie, est impropre car elle est source d'une confusion inutile ; l'expression « *action positive* » utilisée par le droit communautaire nous semble préférable.

2. *Cf.* dans ce sens par exemple, la formulation de l'article 225-1 du C. pén. : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de* [...] ».

3. *Cf.* dans ce sens l'article 2, § 1 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente déclaration, sans distinction aucune, notamment de race* [...] *ou de toute autre situation* » ; formulations identiques : article 2 § 1 et 26 du pacte relatif aux droits civil et politiques ; article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme. Pour la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race* [...] ».

raciales au sens large[4]. Or ce raisonnement conduit à hiérarchiser les motifs susceptibles d'être à l'origine d'une discrimination (au sens juridique du terme). Une telle analyse pouvait effectivement trouver un fondement juridique dans la condamnation exprès du racisme dans les textes fondamentaux[5], toutefois, on aurait alors pu également invoquer une illégitimité de principe des différences de traitement en raison de la religion ou du sexe[6].

Cela étant, si ces textes consacrent des valeurs toujours aussi fondamentales, ils sont néanmoins historiquement datés : d'autres valeurs et interdictions de discriminer devraient aujourd'hui y être ajoutées. De plus, cette hiérarchisation théorique des critères au regard desquels une discrimination serait illégitime par principe semble difficilement justifiable en droit.

En effet, même si le droit interne et le droit communautaire témoignent encore de ce que toutes les discriminations prohibées par les textes ne font pas l'objet d'une protection aussi importante que celles fondées sur la race, l'origine et le sexe, l'idée d'une hiérarchie entre les motifs s'intègre de moins en moins à notre ordre juridique. En présence de textes fondamentaux énonçant expressément les motifs de discrimination prohibés, notre droit ne permet ni ne justifie l'élaboration d'une hiérarchie des distinctions, telle que la Cour suprême des États-Unis l'a fait. Car si cette dernière a pu retenir l'existence de distinctions suspectes soumises à un contrôle renforcé *(strict scrutiny)*, c'est avant tout parce que, dans ce pays, le principe d'égalité n'est énoncé que par des textes constitutionnels généraux et qu'aucune disposition ne met explicitement hors la loi certaines distinctions. Dans ces conditions, le juge fédéral dispose objectivement d'une totale et légitime liberté d'appréciation.

À l'opposé, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, l'article 13 du traité de l'Union européenne (modifié par le traité d'Amsterdam) et la Charte des droits fondamentaux, en interdisant expressément et sans distinction toute discrimination fondée sur certains critères[7], traduisent l'idée qu'une valeur identique est reconnue à ces situations. En énonçant ainsi à la suite les différents motifs de discrimination prohibés, ces textes réfutent toute idée de hiérarchisation. Et cette organisation vaut tant à l'échelle européenne que nationale[8]. Certes, il se peut qu'en pratique des différences de niveaux de protection subsistent, mais leur légitimité est désormais contestée.

4. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, 779 ; selon l'auteur, dans cette hypothèse, « *la discrimination est mise totalement hors la loi parce qu'elle représente une violation directe des valeurs démocratiques fondamentales* [...] » : selon cet auteur, seul le critère de la race impliquerait que, par définition, aucune différence de traitement ne serait acceptable, dans aucun domaine.

5. *Cf.* en ce sens le Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « [...] *le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

6. Pour la religion et le sexe, *cf.* notamment le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

7. Le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

8. En effet, comme l'envisage la doctrine, d'une manière générale, en dépit de son caractère non contraignant, la charte constituera « *une norme de référence que les juridictions constitutionnelles nationales ne manqueront pas d'invoquer* » (J.-F. FLAUSS, « Les Droits de l'Homme dans l'Union européenne : chronique d'actualité 1999-2000 », *Les Petites Affiches* 6 août 2001, nº 155, p. 4 (première partie), spéc. p. 7).

L'origine de la discrimination : la norme, un comportement ou une pratique

Classiquement, la notion d'égalité est démembrée en trois composantes : l'égalité devant la règle juridique, l'égalité dans la règle et l'égalité par la règle[9]. Parce qu'il est destiné à assurer l'égalité entre les sujets de droit, le principe de non-discrimination est susceptible d'être mis en œuvre dans ces mêmes situations. Dans ces conditions, la différence de traitement (c'est-à-dire la rupture dans la réalisation de l'un de ces idéaux de l'égalité) pourra être tout autant le fait de personnes privées, des institutions, que de la norme juridique.

Traditionnellement, l'égalité devant la règle de droit est définie comme l'injonction faite aux organes chargés d'appliquer la norme (l'administration, le juge), de le faire sans opérer d'autres distinctions que celles que prévoit éventuellement cette norme. Dans leurs relations entre elles, les personnes privées (physiques et morales) sont aussi soumises à l'obligation de respect de l'égalité devant la règle de droit. Ceci résulte dans une certaine mesure du principe de non-discrimination énoncé par l'article 225-1 et 2 du C. pén. : parallèlement à l'exposé du principe et de sa portée, la loi dispose limitativement les circonstances précises dans lesquelles les personnes privées pourront opérer certaines distinctions, au regard de l'état de santé, du handicap ou du sexe[10]. En substance, ce qui est en cause concernant le respect de l'égalité devant la règle, c'est donc un comportement de la part de tous ceux, institutions comme personnes privées, chargés de mettre en œuvre ou d'appliquer la loi.

Quant à l'égalité dans la règle, elle trouve son fondement dans l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 qui dispose que « [la loi] *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* » ; il en résulte que l'auteur de la règle (le législateur ou le pouvoir réglementaire) ne doit pas en principe instituer d'inégalités de traitement entre les sujets de droit. C'est le principe d'universalité de la règle de droit. Cependant, notre droit admet que la norme établisse des distinctions quant aux bénéficiaires, à la condition toutefois que celles-ci soient justifiées, par une différence de situation ou par l'utilité commune. Cette dernière situation renvoie à la conception contemporaine de l'égalité dans la règle, telle qu'elle a été dégagée par les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État au terme de leurs contrôles du respect du principe d'égalité dans l'édiction de la norme. Mais en substance, l'objectif ainsi poursuivit est précis : il s'agit uniquement de donner à l'État les moyens d'agir en faveur de la réalisation de l'égalité concrète, réelle, des sujets de droit. Dans cette seule mesure, une différence de traitement peut donc intervenir dans l'édiction de la norme. Cette égalité par la règle de droit s'inscrit donc dans la continuité du principe juridique de l'égalité dans la règle. En effet, comme ce dernier, c'est le contenu de la norme qui est concerné, mais cette fois, l'exigence d'égalité ne vise pas le contenu d'une règle en particulier, mais plus fondamentalement la réalisation de cette égalité au travers d'elle. Cette égalité *par* la règle n'est donc pas tant un objet de contrôle juridictionnel, qu'un principe conduisant plus généralement l'action de l'État afin de réaliser une égalité non pas seulement formelle (dans la règle), mais réelle ou substantielle (dans les faits). Dans ce dernier cas, l'égalité par la règle doit conduire à son effectivité.

9. *Cf.* J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'Association H. CAPITANT, tome XIV, 1961-1962, Paris, Dalloz, 1965, spéc. n° 14 et s., pp. 349 et s. ; G. PÉLLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, collection « Systèmes », Paris, LGDJ, 1996, spéc. pp. 24-30.

10. *Cf.* l'article 225-3 C. pén. qui énumère les situations dans lesquelles les dispositions de l'article 225-2, qui sanctionnent la discrimination, « *ne sont pas applicables* ». Ainsi, par exemple, ne sont pas sanctionnées les discriminations fondées sur l'état de santé « *lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité* » .

Enfin, à la norme et au comportement explicitement discriminatoires, il convient d'ajouter toutes les mesures, les comportements et surtout les pratiques qui, bien qu'apparemment neutres, entraînent en réalité dans les faits un traitement moins favorable vis-à-vis d'une catégorie particulière d'individus protégés. Le droit peut désormais en connaître au moyen de la notion de discrimination indirecte.

LES FORMES DE LA DISCRIMINATION : DIRECTE OU INDIRECTE

Le droit communautaire a développé de nouveaux outils et techniques juridiques destinés à réaliser dans les faits l'égalité de traitement, qui depuis 2001 intègrent notre système juridique[11]. Les notions de discriminations directe et indirecte, ainsi qu'un régime probatoire plus favorable à la victime, constituent l'essentiel de ces avancées dans la lutte contre les discriminations.

Dans une première acception, classique, de la notion de discrimination, discriminer consiste soit à traiter moins favorablement un individu sur le fondement d'un des critères de distinction explicitement prohibés par les textes, soit plus généralement à transgresser volontairement le principe d'égalité en édictant des distinctions arbitraires. On parle alors d'une discrimination directe. Dans une telle situation, le droit communautaire a développé un régime probatoire particulier, favorisant l'établissement de la différence de traitement prohibée par celui qui s'estime victime et renversant par suite la charge de la preuve. Ainsi, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité, elle « *établit* » tout d'abord devant le juge « *des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination* » directe ou indirecte[12]. Dans un second temps, si le juge admet l'existence présumée d'une telle discrimination, il incombera alors au défendeur de « *prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement* ». S'il échoue, l'existence de la discrimination sera alors établie[13]. Depuis 1997, différentes directives obligent les États membres à transposer ce régime de la preuve dans leur droit en matière d'emploi, d'abord à propos des discriminations en raison du sexe[14] et, plus récemment, à propos des discriminations raciales[15] et de l'ensemble des motifs de discrimination prohibés[16].

À l'heure actuelle, s'agissant de la capacité de notre droit à appréhender et à condamner une telle différence de traitement, il convient de distinguer les domaines de l'emploi et de l'accès au logement, des autres domaines : le droit français des discriminations directes répond aujourd'hui à deux régimes juridiques distincts, plus ou moins efficaces. Ainsi, c'est uniquement pour les premiers que l'objet de la preuve pesant sur le demandeur a été

11. Pour une présentation de la mise en place de ce nouveau dispositif, *cf.* D. BORRILLO, « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », *RFAS*, 2002, nº 1, 113.

12. C'est la définition retenue par la directive 2000/78, article 10-1, et la directive 2000/43, article 8-1.

13. Sur le thème de la preuve en droit communautaire, *cf.* M.-T. LANQUETIN, « Un tournant en matière de discriminations », *Dr. soc.* 2000, 589 ; du même auteur : « Discriminations à raison du sexe ». Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe, *Dr. soc.* 1998, 688 ; « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, 435.

14. Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOCE* L., nº 14, 20 janvier 1998, p. 16.

15. Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOCE* nº L 180, 19 juillet 2000.

16. Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* nº L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

allégé et que, dans un deuxième temps, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombera au défendeur[17]. Si besoin était, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé les obligations respectives des parties : il incombe au demandeur « *d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'il présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination* » et le défendeur devra dès lors « *prouver que sa décision est motivée* »[18]. En revanche, dans les domaines régis par les articles 225-1 et suivants du C. pén., où la discrimination constitue une infraction pénale intentionnelle, la victime doit établir devant le juge que l'auteur présumé a effectivement eu l'intention de la discriminer sur le fondement d'un des critères visés par la loi. À défaut, la discrimination ne sera pas condamnable.

À côté du caractère direct de la discrimination, le droit communautaire a également développé, sous l'impulsion de la CJCE, soucieuse de parfaire la réalisation de l'égalité en droit et en fait, « *une conception plus concrète de l'égalité et de la non-discrimination* »[19]. La CJCE a ainsi élaboré la notion de discrimination indirecte[20], laquelle a été intégrée en 2001 au droit français des discriminations en matière d'emploi et d'accès au logement[21]. Aux termes des directives européennes élaborées dans le prolongement de la jurisprudence communautaire et promulguées en 2000, une telle discrimination existe quand « *une mesure apparemment neutre est susceptible d'entraîner en réalité un désavantage particulier* » pour des personnes, identifiables au travers de l'un de ces critères prohibés, par rapport à d'autres personnes[22].

La notion de « *mesure apparemment neutre* » est susceptible de recouper deux situations : il peut tout d'abord s'agir d'une mesure qui n'est pas explicitement motivée par l'un des critères prohibés par les textes ; mais il peut également s'agir plus généralement d'une décision prise pour des motifs dont la légitimité n'est pas *a priori* contestable[23]. La notion de « *désavantage particulier* » suppose quant à elle d'apprécier, non pas seulement *a posteriori*, mais également *a priori*, les effets de cette mesure sur un groupe d'individus désigné par un critère en principe illégitime. Ainsi, cette approche, en considérant des mesures comme suspectes, permet d'appréhender des différences de traitement non pas seulement formelles, explicites ou intentionnelles, mais substantielles, c'est-à-dire celles inscrites dans des pratiques en apparence impartiales.

17. À propos des discriminations en matière d'emploi en général (article L. 122-45 C. trav.), le rapprochement du droit communautaire résulte de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (*JO* 17 novembre 2001, p. 18311) ; concernant le harcèlement sexuel, le harcèlement moral (article L. 122-52 C. trav.) et les discriminations dans l'accès au logement (article 1er de la loi du 6 juillet 1989), il résulte de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO* 18 janvier 2002, p. 1008).

18. Soit « *par la gestion normale de son patrimoine immobilier* » s'agissant d'une discrimination dans l'accès au logement, soit « *par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* » en matière de harcèlement sexuel et moral ; par ailleurs, le Conseil considère qu'« *en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige* » (Cons. const., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2001, loi de modernisation sociale, § 89).

19. M.-T. LANQUETIN, « Le principe de non-discrimination », *Dr. ouv.* mai 2001, 186.

20. Sur les différentes étapes jurisprudentielles et légales de cette élaboration, *cf.* M.-T. LANQUETIN, « Le principe de non-discrimination », *op. cit. Cf.* également S. PRECHAL, « Combatting Indirect Discrimination in Community Law Context », *Legal Issues of European Integration*, 1993/1, pp. 81-97.

21. *Cf.* les articles L. 122-45, L. 122-46 et L. 122-49 du C. du trav. et l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989.

22. Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et directive 2000/43/CE du 29 juin 2000. Une première définition « officielle » de la discrimination indirecte avait été donnée par la directive 97/80 du 15 décembre 1997.

23. Dans ce sens, *cf.* M.-T. LANQUETIN, « La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 812.

La jurisprudence communautaire en matière de discrimination fondée sur le sexe offre des illustrations de ce que peut être « *une mesure apparemment neutre susceptible d'entraîner en réalité un désavantage particulier* » pour une catégorie d'individus. Ainsi, par exemple, constitue une telle mesure le fait de rémunérer pour un même travail, à un taux horaire différent, le travail à temps partiel et le travail à temps plein[24] ou bien le fait d'instituer un régime complémentaire de pensions, prévoyant que les employés à temps partiel ne pourront en bénéficier que s'ils ont travaillé à temps plein au moins quinze ans sur une période de vingt ans[25]. En effet, dans les deux cas, il est apparu que dans les faits, un nombre beaucoup plus importants de salariés de sexe féminin que de salariés de sexe masculin travaillaient à temps partiel, ces premiers se trouvant dès lors en pratique plus souvent dans une situation moins favorable que les seconds. De même, dans le cadre de la formation des magistrats, l'attribution préférentielle d'un stage aux candidats qui ont effectué leur service national obligatoire s'avère, en réalité, entraîner « *par elle-même* » un désavantage particulier pour les candidates, dès lors que seuls les hommes ont cette obligation[26].

Mais le constat de l'existence dans les faits d'une différence de traitement en principe prohibée n'emporte pas l'existence d'une discrimination indirecte en tant que telle : tout du moins, cette mesure est-elle suspecte. Dans un second temps, le défendeur a en effet la possibilité d'établir que cette disposition, ce critère ou cette pratique est « *objectivement justifié par un objectif légitime* » et que « *les moyens de réaliser cet objectif* [sont] *appropriés et nécessaires* ». Ce n'est qu'à défaut pour l'auteur de la mesure incriminée de rapporter cette preuve, que l'existence d'une discrimination indirecte sera établie. L'existence d'un objectif légitime étant appréciée par la CJCE à la lumière des circonstances de l'espèce, il est difficile d'établir une typologie des justifications ; en matière de discrimination indirecte en raison du sexe, on notera néanmoins leur diversité, en ce qu'elles peuvent être tant économiques, relever de la politique sociale de l'État, voire, sous certaines conditions, tenir compte de la force physique, étant entendu qu'il doit s'agir en toute hypothèse d'« *arguments sérieux* ».

Cette double approche de la discrimination – directe et indirecte – par le droit français conduit à une recherche plus efficace des discriminations : elle permet d'appréhender au mieux l'existence d'inégalités de traitement illégitimes, non plus seulement formelles ou explicites, mais également réelles et implicites.

LE CARACTÈRE ARBITRAIRE DE LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT

Pour être qualifiée de discrimination, encore faut-il que la différence de traitement soit arbitraire, c'est-à-dire injustifiée.

Dans une première hypothèse, l'illégitimité de la distinction peut résulter du seul constat qu'elle est fondée sur un motif prohibé par un texte : c'est le cas du principe de non-discrimination visé à l'article 225-1 du C. pén. ou de certaines conventions internationales[27]. Mais dans d'autres hypothèses, outre la prohibition éventuelle du fondement de la différence de

24. Cet exemple est tiré des faits de l'arrêt *Jenkins* (CJCE, 31 mars 1981, n° 96/80, *Rec.* 911), l'une des décisions au travers desquelles la CJCE a dégagé et élaboré la notion de discrimination indirecte.

25. CJCE, 13 mai 1986, n° 170/84, arrêt *Bilka*, *Rec.* 1620.

26. CJCE 7 juillet 2000, n° 79/99, arrêt *Schnorbus.*

27. *Cf.* la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979).

traitement, son illégitimité suppose avant tout l'appréciation de son caractère arbitraire. C'est le mécanisme en vigueur à propos des notions de discrimination directe et indirecte. S'agissant d'une différence de traitement indirecte, celle-ci constituera en effet une discrimination dès lors que l'auteur de la disposition, du critère ou de la pratique apparemment neutre (qui entraîne un désavantage particulier pour une catégorie donnée de personnes par rapport à une autre) ne rapporte pas qu'elle est « *objectivement justifiée par un objectif légitime* » et que « *les moyens de réaliser cet objectif* » *ne sont pas* « *appropriés et nécessaires* ».

Quant à la discrimination directe, elle existe dès lors que la différence de traitement fondée sur un critère prohibé est établie, à moins d'être autorisée par la loi, ce que le législateur français n'a pas prévu. Cependant, dans cette éventualité, la Cour européenne des Droits de l'Homme exige, selon une jurisprudence constante, que la différence de traitement poursuive un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi[28].

Concernant enfin le principe de non-discrimination énoncé par le C. pén., la possibilité d'une justification de la différence de traitement en principe interdite n'apparaît pas immédiatement. D'autant que le législateur a même supprimé la possibilité pour l'auteur d'invoquer un motif légitime écartant sa responsabilité pénale[29]. Ce à quoi en substance cette prohibition oblige, c'est bien de ne pas opérer dans l'application du droit, d'autres distinctions que celles prévues par la règle de droit : *a contrario,* là où la règle distingue, il sera légitime, justifié, de distinguer. D'autre part, après avoir énoncé le principe de non-discrimination, le Code pénal expose précisément une série de situations dans lesquelles des traitements différenciés, en principe illégitimes, ne seront néanmoins pas condamnables[30], c'est-à-dire qu'ils seront justifiés.

Cependant, bien que fondés sur un critère prohibé, certains traitements différenciés peuvent être justifiés, dès lors que ces dérogations à l'égalité sont expressément prévues par un texte. C'est le cas en droit communautaire en matière d'emploi[31]. Ce principe s'applique désormais également dans les États membres : tout en prohibant ces discriminations directes, ils ont la possibilité de prévoir que certaines de ces différences de traitement « *ne constitue*[nt] *pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* »[32].

Si toutes ces hypothèses supposent, plus ou moins étroitement, au travers de l'idée de justification, l'appréciation du caractère arbitraire de la discrimination interdite, elles nous permettent également d'appréhender un peu plus précisément cette notion d'arbitraire.

28. Le principe a été énoncé dans l'affaire *Linguistique belge*, CEDH, 23 juillet 1968, série A n° 6, pp. 4 et s.

29. La disparition de la possibilité d'invoquer un fait justificatif de la discrimination a été réalisée en plusieurs temps. Après avoir été supprimée en 1983 en matière d'emploi, la notion de motif légitime disparut ensuite en matière de refus de vente et de prestation de service, mais seulement au profit de la discrimination raciale (loi du 30 juillet 1987) ; il faudra attendre la réforme du C. pén. de 1993 pour que cette possibilité d'exonération n'apparaisse plus dans les nouveaux textes incriminant les discriminations.

30. Article 225-3 C. pén. Il s'agit de certains traitements discriminatoire fondés sur l'état de santé, le handicap et le sexe.

31. *Cf.* par exemple, la directive 76/207 en matière de discriminations en raison du sexe en matière d'emploi : les professions d'artiste et de mannequin justifient l'existence d'une discrimination sur ce fondement.

32. Directive 2000/43, article 4 ; directive 2000/78, article 4-1 ; cette même directive prévoit également la possibilité de justifier des différences de traitement fondées sur l'âge (article 6).

En effet, il ressort tant des hypothèses légales de justification d'une discrimination, que des critères généraux d'appréciation proposés par la Cour européenne des Droits de l'Homme ou les directives européennes, que l'arbitraire s'apprécie soit par rapport à l'existence d'un but légitime [33] – sous réserve éventuellement d'un rapport de proportionnalité entre celui-ci et les moyens utilisés –, soit en considération d'une impossibilité concrète (une inaptitude tenant à la personne de l'individu [34]), soit enfin lorsque la caractéristique en cause est, dans la situation considérée, essentielle et déterminante. En dehors de l'existence d'une telle situation, la différence de traitement est illégitime.

Certes, les notions de but légitime, d'exigence essentielle et déterminante n'épuisent pas la subjectivité d'une appréciation qui demeure à un moment donné nécessaire. Cependant, en donnant à cette appréciation une orientation générale – soit la prise en compte d'une situation objective, soit la préservation des intérêts du discriminé – la notion d'arbitraire est un peu mieux cernée.

Au terme de cette présentation, le principe de non-discrimination apparaît donc comme le prolongement direct de celui d'égalité, mais dans une perspective pratique. Ce sont ces nouveaux outils donnés à la réalisation de l'égalité de traitement que nous utiliserons ici afin d'apprécier l'existence, en droit privé, de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, que celles-ci soient le fait, explicitement ou implicitement, de la règle juridique, du juge ou de tout autre acteur politique, administratif, social ou professionnel. Chaque domaine du droit privé sera ainsi étudié à la lumière de cette interrogation fondamentale : d'une part, existe-t-il un traitement moins favorable motivé par une orientation sexuelle déterminée ? D'autre part, cette différence de traitement est-elle arbitraire, c'est-à-dire poursuit-elle ou non un but légitime ou peut-elle être objectivement justifiée ?

L'orientation sexuelle en droit

Le terme « *orientation sexuelle* » est apparu pour la première fois en 1972 dans une disposition légale au Michigan puis dans deux lois du district de Columbia et de Washington aux États-Unis [35]. Jusqu'à la loi du 16 novembre 2001, l'expression « *orientation sexuelle* » était inconnue du droit français [36]. Au niveau du droit européen, si les termes « *penchants*

33. Si cette notion est expressément visée par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et le droit communautaire, elle ressort également du droit interne quand l'article 225-3, 1° du C. pén. dispose que l'incrimination ne s'applique pas aux discriminations fondées sur l'état de santé « *lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité* ».

34. *Cf.* par exemple l'absence d'incrimination de la discrimination fondée sur l'état de santé ou le handicap en matière d'embauche ou de licenciement, dès lors que l'inaptitude de la victime est médicalement constatée (article 225-3, 2° C. pén.).

35. Dans l'État de Minneapolis le terme utilisé fut « *affectional or sexual preference* » et la charte Québécoise des droits des personnes consacre le terme « *orientation sexuelle* » en 1977. V.W. ESKRIDGE, *Gaylaw : Challenging the Apartheid of the Closet*, Harvard University Press, 199, p. 130. *Cf.* également l'entrée « Orientation Sexuelle » in D. ERIBON (sous la direction de) *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*, Paris, Larousse, 2003, p. 346.

36. C'est en effet la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations qui a ajouté l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination prohibés par le C. pén. (article 225-1 et s.) et le C. trav. (article L. 122-45).

sexuels», «*préférences sexuelles*»[37] ou encore «*tendances sexuelles*»[38] ont dans le passé été utilisés, la première transcription de l'orientation sexuelle dans un texte (en l'espèce le traité instituant l'Union européenne), résulte de l'adoption du traité d'Amsterdam en 1997[39]. Cette expression est la traduction de *sexual orientation*, couramment employée par le droit anglo-saxon depuis la fin des années 1970, d'abord par la doctrine, puis dans diverses dispositions relatives aux discriminations[40]. La question de la signification de cette expression dans notre droit se pose donc, étant entendu que, *stricto sensu*, cette exigence est avant tout conventionnelle et doit permettre de s'entendre sur les situations ainsi visées en pratique. Par ailleurs, ceci concourant d'une manière générale à cette définition, l'orientation sexuelle doit être distinguée d'autres situations et ses liens avec les termes «*sexe*» et «*mœurs*», également visés par le droit des discriminations, doivent être précisés.

La définition de l'orientation sexuelle

En l'absence de définition par aucun texte de notre ordre juridique, ni par aucune autorité, il convient de se tourner vers le droit anglo-saxon dont l'expression «*orientation sexuelle*» est issue. Ainsi, considérant la complexité du phénomène et la diversité de sens que cette expression est susceptible de recouvrir, R. WINTEMUTE a retenu dans sa thèse une définition juridique[41]. Selon l'auteur, elle peut être définie comme désignant, soit l'attirance exprimée par l'individu, soit un comportement, habituel ou ponctuel, affectif ou sexuel, avec une personne de sexe opposé (orientation sexuelle hétérosexuelle), du même sexe (orientation sexuelle homosexuelle), ou indifféremment avec des individus de l'un ou l'autre sexe (orientation sexuelle bisexuelle)[42]. Par suite, les termes «*homosexualité*, *hétérosexualité*» et «*bisexualité*» désigneront ici respectivement les orientations sexuelles homosexuelle, hétérosexuelle et bisexuelle, sans aucune signification implicite ou sens caché[43].

En ce qui concerne plus particulièrement les discriminations motivées par la bisexualité, elles peuvent en pratique être appréhendées au travers des discriminations visant l'orientation sexuelle homosexuelle ou hétérosexuelle : on peut considérer que la victime bisexuelle, vraie ou supposée, sera tour à tour discriminée, soit parce que ses désirs ne vont pas seulement vers les personnes opposées à son sexe ou vers les personnes du même sexe (on peut alors considérer qu'il s'agit d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle homosexuelle), soit parce qu'elle ne désire pas seulement les personnes de même sexe, mais également

37. *Cf.* par exemple la recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 8 juillet 1981.

38. *Cf.* la résolution du Parlement européen sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail du 13 mars 1984, *JOCE* nº C 104, 16 avril 1984, p. 46.

39. Article 6 A du traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997. Cette disposition constitue désormais l'article 13 du traité instituant l'Union européenne.

40. Pour le détail de ces textes, *cf.* R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights (The United State Constitution, the European Convention and the Canadian Charter)*, Clarendon Press, 1997, Appendix II, pp. 265 et s.

41. R. WINTEMUTE, *op. cit,* spéc. pp. 6-10.

42. Le terme «*gay*» désignera l'homme qui a une relation avec ou exprime une attirance pour un autre (ou d'autres) homme(s), le terme «*lesbienne*» désignera la femme qui a une relation avec ou exprime une attirance pour une autre (ou d'autres) femme(s). D'après D. ERIBON, le terme «*gay*» s'est imposé, au cours des trente dernières années, à l'échelle internationale, pour remplacer « homosexuel » jugé trop médical.

43. De même pour les termes «*homosexuel(le)*», «*hétérosexuel(le)*» ou «*bisexuel(le)*». En effet, il apparaîtra au gré des différentes citations que ces termes peuvent recouvrir un sens particulier pour ceux qui les utilisent ; dès lors, leur transcription entre guillemets ou en italique renverra à l'éventuelle signification particulière retenue par l'auteur ou la décision citée.

les personnes de sexe opposé (il s'agirait dans ce cas d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle hétérosexuelle).

D'un point de vue plus général, il est cependant permis de s'interroger sur la nécessité pour le droit de retenir une définition de l'orientation sexuelle plutôt qu'une autre et, plus fondamentalement, sur l'opportunité même d'une telle définition. En effet, la transposition d'une notion en une catégorie juridique n'est pas neutre, s'agissant notamment de ses effets pratiques et symboliques[44]. Tout comme à propos de la race, la seule inscription de l'orientation sexuelle dans les textes destinés à lutter contre les comportements discriminatoires, de par le « *phénomène de reconnaissance* » qu'elle produit, met en question la pertinence de ce choix[45]. En effet, si l'on a craint que l'inscription de la race dans la loi afin de lutter contre les discriminations confère à cette notion une « *objectivité ambiguë* » (n'est-elle pas ainsi entérinée ?), celle de l'orientation sexuelle est propre à suggérer une interrogation identique.

Si « *les races n'existent pas* » du fait « *qu'elles sont l'invention des racistes* », il apparaît que le concept d'homosexualité, et par là même celui d'hétérosexualité, ainsi que le personnage de « l'homosexuel », ont été eux aussi inventés afin de classer « scientifiquement » une catégorie d'individus. M. FOUCAULT a ainsi montré comment, en France, à partir du XIX^e^ siècle, alors que n'existaient que des sujets de droit coupables du crime de sodomie, « *l'homosexuel est devenu un personnage,* [...] *une espèce* » que « *la mécanique du pouvoir* » s'est alors employée à rendre visible, à « *incorporer à l'individu* », afin d'en faire « *un principe de classement et d'intelligibilité* »[46]. Jusqu'à cette époque, les concepts et termes même d'« *homosexualité* » et d'« *hétérosexualité* » étaient inconnus : seule la sodomie ou la pédérastie, et non l'homosexualité, était condamnée, en tant que crime contre l'ordre de la nature, principalement parce que, selon les théologiens, ce type de relations sexuelles niait la fonction reproductrice de la sexualité[47].

En outre, à moins de décider d'autorité d'une définition nécessairement subjective, la diversité des critères invocables afin de déterminer dans quelle mesure un individu doit ou peut être considéré comme hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel, rend le concept d'orientation sexuelle particulièrement difficile à cerner avec suffisamment d'exhaustivité, de cohérence et de certitudes[48]. Faut-il s'attacher à des comportements objectifs (lesquels ?) ou bien à ce qu'exprime l'individu ? à une attirance affective et/ou sexuelle ? habituelle ou ponctuelle ? L'orientation sexuelle est-elle culturelle, psychologique et/ou génétique ? Les variations possibles apparaissent infinies. Dans ces conditions, on peut douter de l'opportunité de débattre d'une définition exacte en droit de cette expression, ou de critiquer l'opportunité de la terminologie retenue : ce qui importe pour le droit dans un premier temps, c'est de s'entendre quant à la situation visée par cette expression, c'est-à-dire fondamentalement l'attirance ou les relations affectives et/ou sexuelles d'un individu pour un autre de son propre sexe, du sexe opposé ou de deux sexes.

44. D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, décembre 1992, n° 33, pp. 291-303.

45. D. LOCHAK, *op. cit*, p. 298.

46. M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, tome I « La volonté de savoir », collection « Tel », Paris, Gallimard, 1976, reéd. 1998, spéc. pp. 59-60. *Cf.* également L. SUEUR, « Le message médical français concernant les identités de genre (deuxième moitié du XIX^e^/fin du XX^e^ siècle) », *Déviance et Société*, 1996, vol. 20, n° 4, pp. 359-375.

47. *Cf.* D. BORRILLO et D. COLAS, *L'homosexualité de Platon à Foucault. Une anthologie critique*, Paris, Plon, 2005. *Cf.* aussi, F. LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité*, collection « Médecine et société », Paris, PUF, 1997, spéc. pp. 30 et s.

48. *Cf.* R. WINTEMUTE, *op. cit*, pp. 6-10 ; pour un constat identique, *cf.* E. HEINZE, *Sexual Orientation : a Human Right. An Essay on International Human Right Law*, Martinus NIJHOFF, 1995, spéc. pp. 44 et s.

La question d'une définition juridique de l'orientation sexuelle semble néanmoins resurgir, dans l'hypothèse où, bien que touchant en particulier un individu d'une certaine orientation sexuelle, la différence de traitement n'a cependant pas été clairement motivée par ce critère. C'est l'hypothèse d'une discrimination indirecte. En effet, dans cette situation, l'appréciation de l'existence d'une discrimination nécessite le constat par le juge que la mesure apparemment neutre entraîne en réalité un désavantage particulier pour une catégorie spécifique de personnes (par exemple d'une orientation sexuelle donnée)[49]. Or, concrètement, dresser ce constat suppose de disposer d'une grille de lecture comparative, et donc la constitution de groupes de personnes, en l'espèce selon leur orientation sexuelle. Dans ce dessein, il est donc nécessaire de disposer d'une définition de ce qu'est une orientation sexuelle hétérosexuelle, homosexuelle ou bisexuelle. Mais alors que la seule inscription dans la loi de cette notion peut en soi être déjà matière à critiques, que penser de sa définition, fût-ce afin de lutter contre les discriminations ?

Cette problématique, propre au droit français, relève d'un débat désormais classique en matière de lutte contre le racisme. Elle résulte, d'un côté, d'un refus du communautarisme auquel aboutirait la reconnaissance de groupes distincts au sein de notre société, mais plus fondamentalement, de l'autre, d'une impossibilité qu'il y aurait à constituer de tels groupes, conformément au postulat universaliste de notre droit, fondé sur l'existence d'une humanité abstraite[50]. Bien que jusqu'à aujourd'hui l'État français ait relayé ce refus[51], actuellement, le constat de la permanence structurelle de discriminations à caractère raciste malgré le dispositif légal en place, suscite des appels insistants en faveur d'une évaluation réelle des discriminations. Celle-ci suppose la collecte d'informations quantitatives (statistiques) et qualitatives (étude et comparaisons de groupes d'individus)[52]. Une évolution en ce sens apparaît d'autant plus envisageable que, comme le souligne M.-T. LANQUETIN, « *il ne s'agit pas de préconstituer des groupes en vue d'actions positives mais de constater* a posteriori *l'existence de groupes aléatoires en fonction de pratiques* [...] [en l'espèce en matière d'emploi, mais ce raisonnement peut parfaitement être étendu à d'autres domaines] *justement contraires au droit, au principe républicain et auxquelles il convient de mettre fin* »[53]. L'admission par la Cour de cassation de la méthode du *testing* – ou « *test de discrimination* »[54] – afin d'établir l'existence

49. Formulation retenue par la directive 2000/78 du Conseil.

50. *Cf.* D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in *L'autre. Études réunies pour Alfred GROSSER*, B. BADIE et M. SADOUN (sous la direction de), Paris, Presses de Sciences po, 1996, pp. 179-199 : « *Dans la conception traditionnelle des Droits de l'Homme, fondée sur un postulat individualiste et universaliste, "l'autre" n'apparaît pas, ne peut pas apparaître* ».

51. Ainsi, à l'occasion de l'élaboration de la directive 2000/43 *(op. cit.)*, la France a fait en sorte que l'utilisation des données statistiques afin d'apprécier l'existence d'une discrimination puisse être écartée ; *cf.* M.-T. LANQUETIN, « Le principe de non-discrimination », *op. cit*.

52. *Cf.* D. DE RUDDER, C. POIRET, F. VOURC'H, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, collection « Pratiques théoriques », Paris, PUF, 2000.

53. M.-T. LANQUETIN, *op. cit.* p. 192.

54. *Cf.* D. DE RUDDER, C. POIRET, F. VOURC'H, *op. cit.*, pp. 178-179 : « *Cette procédure de recherche couramment utilisée dans différents pays (Angleterre, États-Unis, Pays-Bas, Canada, Australie) permet de créer, dans la vie réelle, des situations expérimentales de manière à faire apparaître, au cours d'interactions organisant l'accès à des ressources stratégiques (emploi, logement...), des discriminations en raison de caractéristiques non pertinentes à l'égard de la situation. Elle suppose le recours à une équipe de "testeurs" (deux ou trois) présentant, pour leurs interlocuteurs, des caractéristiques pertinentes identiques* [...] *et ne différant que par la ou les caractéristiques présumées susciter la discrimination* [...]. *La présence ou l'absence de différence de traitement permet alors* [de] *fonder une interprétation en terme de discrimination* ».

de la discrimination ethnique ou raciale[55], témoigne de l'utilité de la constitution de groupes à cet effet, pour une lutte efficace contre les discriminations. Ajoutons qu'en pratique, la constitution de ces groupes, c'est-à-dire la définition des critères d'appartenance à tel ou tel, ne reviendra pas en soi au juriste, mais aux démographes, aux sociologues, voire aux ethnologues ; bien qu'il s'agisse toujours de retenir une définition de l'orientation sexuelle, soit elle n'est inscrite dans aucun texte et les éventuels effets « *pratiques et symboliques* » de cette catégorisation restent limités, soit elle l'est, mais alors la vocation statistique du texte en limitera la portée. Ainsi, à propos du PaCS, en envisageant d'autoriser les tribunaux d'instance, dans le cadre de l'établissement de statistiques concernant le nombre de pactes conclus semestriellement dans leur ressort, à distinguer les données relatives aux pactes conclus « *entre des personnes de sexe différent* », « *entre des personnes de sexe féminin* » et « *entre des personnes de sexe masculin* », le législateur a opté pour refuser cette forme de classification au nom de la protection des catégories « *sensibles* »[56].

Si, compte tenu de la complexité du phénomène ou de la pertinence même de l'expression orientation sexuelle, toute définition était nécessairement partiale et partielle, cette situation ne suffirait pas cependant à remettre en question le principe de la nécessité de recueillir des données concernant ces discriminations, afin de mieux les identifier. Le droit des discriminations a d'ailleurs déjà résolu cette équation *a priori* insoluble entre, d'un côté, la volonté de dénoncer certains comportements et pratiques comme contraires aux valeurs fondamentales et, de l'autre, la difficulté, voire l'impossibilité, de définir rigoureusement ces pratiques ou les motifs de différenciation considérés comme illégitimes. Sur ce point, la lutte contre le racisme est à nouveau éclairante. En effet, dans ce cadre, en énumérant pêle-mêle, au risque même de la redondance, l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ainsi qu'en évoquant le caractère « *vrai ou supposé* » de l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, le législateur français a réussi à passer outre la difficulté ou l'impossibilité d'une définition stricte du racisme, pour se concentrer sur la sanction du comportement raciste, nonobstant les motivations subjectives de l'auteur[57]. De la même manière, tout en préservant le sens propre de la notion d'orientation sexuelle par rapport à d'autres situations, la conservation de la notion de mœurs contribue à l'efficacité de la lutte contre l'homophobie.

La spécificité de l'orientation sexuelle

Il convient de distinguer l'orientation sexuelle du transsexualisme, du travestisme et des comportements en eux-mêmes pénalement répréhensibles tels que la pédophilie.

55. Cass. crim., 12 septembre 2000, *Juridisque Lamy Cassation*, arrêt nº 4893. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Orléans avait condamné trois individus pour discrimination raciale et complicité, aux motifs notamment qu'il ressortait « *clairement* » du constat établi par un huissier de justice que « *les deux petits groupes composés de jeunes de type maghrébin n'ont pas pu entrer dans l'établissement de nuit* [...] *au prétexte qu'il s'agissait d'un établissement "privé", alors que dans le même temps d'autres groupes de personnes de type européen entraient sans difficultés* ». Afin de rejeter le pourvoi formé contre cette décision, la Cour de cassation a considéré que « *les énonciations de l'arrêt attaqué* [la] *mett* [aient] *en mesure de s'assurer que la Cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnels, le délit dont elle a déclaré les prévenus coupables* [...] ».

56. Loi nº 2004-81 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et modifiant la loi nº 78 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

57. C'est uniquement dans l'article 132-77 du C. pén. relatif à la circonstance aggravante dans les cas des crimes à caractère homophobes que le législateur a choisi la formule d'orientation sexuelle vraie ou supposée (introduit dans le C. pén. par l'article 47 de la loi nº 2003-239 du 18 mars 2003).

Le transsexualisme est traditionnellement défini par l'inadéquation revendiquée par l'individu, de son sexe morphologique[58] avec son sexe psychologique[59] ; la possibilité de réaliser une opération chirurgicale permettant de mettre en conformité le sexe biologique avec le sexe psychologique a confronté le droit au transsexualisme par le biais de demandes de modification de l'état civil visant à sa mise en conformité avec le nouveau sexe morphologique (sexe apparent). Les discriminations subies par les transsexuels (hommes ou femmes) tombent dans la catégorie de discriminations fondées sur le sexe et non pas sur l'orientation sexuelle[60].

Quant au travestisme, il peut être défini comme le désir d'identification à l'autre sexe, désir s'exprimant notamment par le port de vêtements ou l'adoption de comportements typiques du sexe opposé, mais qui n'est pas motivé par le souhait de changer de sexe morphologique et qui peut n'être qu'occasionnel. Là encore, le fait de se travestir ne signifie ni n'induit en soit telle ou telle orientation sexuelle. Les discriminations subies par les travestis peuvent être sanctionnées par la protection juridique propre à l'« apparence physique ».

Enfin, l'orientation sexuelle se distingue des agissements condamnés par la loi pénale. Depuis 1982 le droit pénal n'incrimine plus spécifiquement les relations entre individus de même sexe[61]. Depuis cette date, les incriminations pénales à caractère sexuel ne se préoccupent plus de l'orientation sexuelle ou le sexe de l'auteur de l'infraction ou de la victime : seuls comptent aujourd'hui l'absence de consentement (viol), l'âge (prohibition des relations entre un majeur et un mineur consentant de 15 ans), un état de faiblesse physique ou psychique (maladie, infirmité, état de grossesse) ou encore un lien de parenté[62].

En outre, il ne serait pas juridiquement pertinent d'associer l'homosexualité à la pédérastie ou à la pédophilie. La pédérastie vise en effet l'attirance sexuelle d'un majeur pour les mineurs entre 15 et 18 ans, quel que soit leur sexe[63] ; quant à la pédophilie, elle consiste en l'attirance sexuelle d'un majeur pour les mineurs de moins de 15 ans, et constitue en toute hypothèse un délit[64] ; en l'état actuel de la législation, aucune distinction n'est opérée s'agissant de l'incrimination ou de la sanction, selon que le majeur et le mineur de plus ou de moins de 15 ans sont de même sexe ou de sexe différent : ces comportements sexuels sont identiquement condamnés, quelle que soit l'orientation sexuelle de la relation en cause. Dans ces conditions, toute allusion ou affirmation tendant à lier spécifiquement l'homosexualité à la pédérastie ou à la pédophilie serait erronée, tant du point de vue sémantique que juridique.

58. Le sexe morphologique, ou sexe apparent, est celui qui détermine le sexe attribué à la naissance et reporté sur les registres d'état civil, après examen visuel de ses organes génitaux. Il constitue, avec le sexe génétique ou chromosomique, le concept de sexe biologique ; on parle également de conception objective du sexe.

59. C'est-à-dire la conviction qu'il a d'appartenir à un sexe, le même que son sexe biologique ou bien au sexe différent. On parle de composante psychique ou psychosociale du sexe.

60. CJCE, *Jacqueline Grant c./South-West Trains Ltd*. 17 février 1998.

61. À propos de la dépénalisation de l'homosexualité, *cf.* P. LASCOUMES, « L'homosexualité entre crime à loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe », in *Homosexualités et Droit*, *op. cit.* et J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour*, *op. cit*.

62. Pour une analyse critique de la législation en la matière, *cf.* : D. BORRILLO, « Liberté érotique et exception sexuelle » in D BORRILLO et D. LOCHAK (sous la direction de), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.

63. Il est donc susceptible d'exister une pédérastie à caractère homosexuel (les partenaires sont de même sexe) ou à caractère hétérosexuel (les partenaires sont de sexe différent). Ces relations ne sont pas incriminées tant que ne s'exerce aucune violence, contrainte, menace ou surprise et qu'elles ne sont pas le fait d'un ascendant, d'une personne ayant autorité sur le mineur ou qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions (article 227-27 C. pén.).

64. Article 227-25 du C. pén. : « *Le fait pour un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

L'ORIENTATION SEXUELLE ET LES AUTRES MOTIFS VISÉS PAR LE DROIT DES DISCRIMINATIONS

En France, dans les textes prohibant la discrimination, le visa de l'orientation sexuelle a été précédé de celui des mœurs, qui demeure et permet d'envisager un domaine de protection étendu. En outre, il apparaît que l'interdiction des discriminations en raison du sexe peut également être utilisée afin d'appréhender un traitement moins favorable touchant les individus en raison de leur homosexualité ou de leur hétérosexualité.

Orientation sexuelle et mœurs

Si le terme « *mœurs* » doit être rapproché de l'orientation sexuelle, c'est que l'ajout du premier en 1985 aux motifs de discrimination prohibés par le C. pén. (puis dans le C. du trav. en 1986 et en 1992), a été explicitement motivé par la volonté de dénoncer notamment les discriminations visant des individus en raison de l'homosexualité[65]. Selon le député à l'initiative du visa des mœurs, « *cette proposition vise bien entendu les homosexuels* »[66].

À l'occasion de l'ajout de l'orientation sexuelle à la liste des motifs prohibés de discrimination par le C. pén. et le C. trav., le législateur n'a pas pour autant retiré les mœurs. Pour différentes raisons, cela n'était en tout état de cause pas nécessaire, les termes « *orientation sexuelle* » et « *mœurs* » n'étant pas redondants. Au contraire, ils se complètent. Tout d'abord, selon le législateur de 1985, l'homosexualité n'est pas la seule situation visée par les mœurs : c'est en effet plus largement une variété de comportements ou d'éléments de faits qui peuvent être retenus sous ce vocable[67]. Des situations distinctes de l'orientation sexuelle, telles que le transsexualisme, le travestisme ou certaines pratiques sexuelles non conventionnelles comme le sadomasochisme peuvent par ce biais prétendre à une protection contre des discriminations[68]. Par ailleurs, ces deux expressions sont susceptibles d'être complémentaires. D'une part, par rapport à la signification des mœurs entendue par le législateur, l'orientation sexuelle institue la garantie d'une protection également contre des discriminations en raison de l'hétérosexualité ou de la bisexualité : à l'inverse, si l'on s'en tenait strictement à l'interprétation des mœurs du législateur, seule la circonstance de l'homosexualité pourrait être concernée. D'autre part, sur le modèle de la lutte contre le racisme, le caractère plus large du terme « *mœurs* » permet de pallier la difficulté, ou le refus éventuel, de retenir une définition précise de l'homosexualité, de l'hétérosexualité ou de la bisexualité, en offrant notamment au juge un moyen supplémentaire d'appréhender la discrimination motivée par ces circonstances. Tout comme la multiplicité des motifs visés en matière de lutte contre le racisme a montré en pratique son efficacité, en évitant au juge de rechercher *in concreto* quel motif a été retenu par l'auteur (il se contente de constater que les actes poursuivis correspondent à l'une quelconque des catégories énumérées par la loi), la

65. Loi nº 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* 25 juillet 1985, p. 8471. C'est par voie d'amendement, au cours de la discussion en 1985 des dispositions concernant les discriminations d'un projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social, qu'a été proposé et adopté l'ajout des « *mœurs* » à la liste des motifs de discriminations prohibées et sanctionnées par le droit pénal.

66. J.-P. MICHEL, *JOAN*, 24 mai 1985, p. 1103.

67. Selon l'auteur de l'amendement à l'époque, « *cette proposition vise bien entendu les homosexuels, mais pas seulement eux. Elle concerne aussi tous ceux qui, par leur comportement, leur manière de vivre, leurs vêtements, leur coupe de cheveux, que sais-je encore, pourraient se voir refuser telle ou telle prestation ou service* » *(JOAN op. cit.)*.

68. Cass. soc. 26 avril 2007 nº 05-42 352 F-D.

permanence du terme « *mœurs* » aux côtés de l'orientation sexuelle doit concourir à renforcer l'efficacité de la lutte contre ces discriminations.

Orientation sexuelle et sexe

Le critère de l'orientation sexuelle et celui du sexe (masculin ou féminin) sont étroitement liés. En effet, le caractère hétéro – homo – ou bisexuel d'une orientation sexuelle peut être apprécié au travers du sexe des partenaires ou de l'individu, et de celui vers lequel son attirance se porte.

Afin de désigner l'homosexualité ou l'hétérosexualité, notre droit fait ainsi référence au sexe des individus qui composent le couple : c'est le cas tant pour la jurisprudence[69], que pour la loi à propos de la définition du concubinage et du PaCS ; la différence des sexes renvoie à l'hétérosexualité, leur similitude à l'homosexualité[70]. Considérant cette définition de l'orientation sexuelle d'un individu au moyen du critère du sexe, des auteurs anglo-saxons ont montré comment une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pouvait être également appréhendée comme une discrimination fondée sur le sexe[71].

Cela apparaît si l'on considère, non pas le sexe de la (ou des) personne(s) par laquelle (lesquelles) la victime est attirée ou avec laquelle elle a une relation, mais uniquement celui de la victime. Ce raisonnement repose sur un choix logique et rigoureux de la situation avec laquelle va être comparée celle de l'individu qui s'estime victime de la discrimination. Ainsi, de la même manière que face à une discrimination fondée sur l'homosexualité, le comparant pertinent doit être un individu de même sexe hétérosexuel (par exemple si la victime présumée est un homme homosexuel, sa situation doit être comparée à celle d'un autre homme hétérosexuel), lorsqu'il est prétendu qu'il y a discrimination fondée sur le sexe, ce comparant doit être un individu hétérosexuel de sexe différent. Ainsi, afin d'être pertinemment appréciée au titre d'une discrimination fondée sur le sexe, la situation de la femme qui serait attirée par d'autres femmes ou qui aurait des partenaires féminines (lesbienne) doit être comparée à celle d'un homme qui serait attiré par des femmes ou qui aurait des partenaires féminines (homme hétérosexuel) ; de même, la situation de l'homme qui serait attiré par d'autres hommes ou qui aurait des partenaires masculins (gay) doit être comparée à celle d'une femme qui serait attirée par des hommes ou qui aurait des partenaires masculins (femme hétérosexuelle). En effet, à défaut, comparer la situation de la femme lesbienne à celle d'un homme gay (ou d'un homme gay à une femme lesbienne) rompt la logique du raisonnement car alors le sexe de la victime et celui de son partenaire sont tous deux modifiés, ce qui aboutit en réalité à dissimuler la discrimination[72].

69. Ainsi, pour refuser de reconnaître la qualité de concubins aux couples homosexuels, la Cour de cassation avait retenu que « [...] *le concubinage ne* [pouvait] *résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* [...] » (Cass. soc., 11 juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, 217 ; Cass. civ. 3e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, nº 225, p. 151).

70. Article 515-1 C. civ. : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat civil conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* » ; article 515-8 C. civ. : « *Le concubinage est une union de fait* [...] *entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

71. *Cf.* R. WINTEMUTE, ouvrage *op. cit.* ; du même auteur, *cf.* « Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe », in *Homosexualités et droit*, D. BORRILLO (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 180-204 ; « Recognising New Kind of Direct Sex Discrimination : Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes », *The Modern Law Review* (1997), vol. 60, nº 3, pp. 334-359 ; *cf.* également A. KOPPELMANN, « Why Discrimination Against Lesbian and Gay Men is Sex Discrimination », 69 *New-York University Law Review* 197 (1994).

72. *Cf.* R. WINTEMUTE, « Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe », *op. cit*, spéc. pp. 193-195 et les tableaux comparatifs reproduits.

C'est d'ailleurs à ce « *tour de prestidigitation* »[73] que s'était livré le Cons. const. en 1980, à propos du contrôle de la constitutionnalité de la loi punissant les « *actes impudiques* » ou « *contre nature* » réalisés avec un mineur de 18 ans, uniquement lorsque celui-ci est de même sexe que l'auteur[74], c'est-à-dire incriminant spécifiquement les relations homosexuelles. En effet, afin de retenir que la loi qui lui était soumise ne méconnaissait pas le principe d'égalité, les sages avaient notamment considéré qu'une sanction identique était encourue par l'auteur du délit, qu'il soit de sexe masculin ou féminin[75]. Or le Conseil a usé d'un raisonnement tronqué. En effet, afin d'apprécier l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, logiquement, il ne pouvait pas s'agir de comparer la situation d'un homme majeur qui a une relation avec un autre homme mineur de 18 ans, avec celle d'une femme majeure qui a une relation avec une autre femme mineure de 18 ans : la discrimination est ainsi dissimulée. La situation serait identique si, par exemple, face à une loi incriminant spécifiquement les relations d'un majeur avec un mineur de 18 ans de race différente, on comparait la situation du majeur de race blanche qui a une relation avec un mineur d'une autre race, à celle du majeur de cette autre race qui a une relation avec un mineur de race blanche : il n'y aurait pas en apparence de discrimination en raison de la race.

En réalité, le seul terme de comparaison pertinent afin d'apprécier l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe eut été, pour l'homme majeur qui a une relation avec un autre homme mineur de 18 ans, une femme majeure qui a une relation avec ce même homme mineur de 18 ans, et pour une femme majeure qui a une relation avec une femme mineure de 18 ans, un homme majeur qui a une relation avec une femme mineure de 18 ans. Au terme de ce raisonnement, l'existence d'une discrimination en raison du sexe aurait été mise à jour.

Seule la Cour suprême d'Hawaï en 1993 a retenu que l'impossibilité du mariage entre personnes de même sexe constituait une discrimination fondée sur le sexe du demandeur : les juges ont en effet considéré que c'est parce que le demandeur est un homme, que le droit se marier avec un homme lui est refusé, alors qu'une femme aurait pu se marier avec cet homme[76]. Pour sa part, la CJCE a rejeté la possibilité que le droit communautaire concernant le refus des discriminations fondées sur le sexe puisse s'appliquer à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle[77], malgré les conclusions de l'avocat général favorables à une telle interprétation.

Cela étant, ce refus, fondé sur une interprétation stricte de la discrimination fondée sur le sexe, n'interdit pas toute évolution. Si cet argument a été développé et présenté au juge communautaire, c'était afin de pallier l'absence de disposition prohibant explicitement les discriminations en raison de l'homosexualité et de les poursuivre cependant. Or, en ce qui

73. R. WINTEMUTE, « Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe », *op. cit.*, p. 194.

74. Article 331, alinéa 2 ancien du C. pén.

75. Conseil constitutionnel, décision n° 80-125 DC du 19 décembre 1980, *JO* 20 décembre 1980, p. 3005.

76. *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44, pp. 60-63 (Supreme Court of Hawaii, 1993).

77. CJCE 17 février 1998, L. *J. Grant c./South Western Trains Limited*, aff. C-249/96, *Rec.* I-636 ; *cf.* K. BERTHOU, A. MASSELOT, « La CJCE et les couples homosexuels », *Dr. soc.* 1998, 1034. Lisa GRANT, dont le contrat de travail prévoyait qu'elle pouvait obtenir des billets de train à tarifs réduits pour elle-même, ainsi que pour son conjoint et les personnes à sa charge, s'était vue refusée le bénéfice de cette clause au profit de sa compagne avec laquelle elle avait une relation stable depuis deux ans. Celle-ci soutenant devant le juge britannique que ce refus constituait notamment une discrimination contraire à l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne qui interdit les discriminations en raison du sexe en matière de rémunération, le tribunal a notamment demandé à la CJCE si la discrimination fondée sur le sexe visée à l'article 119 du traité, englobait celle fondée sur l'orientation sexuelle.

concerne notre ordre juridique, dans la mesure où tant le droit communautaire que le droit français des discriminations visent cette circonstance (par le biais de la notion de mœurs ou d'orientation sexuelle), ce raisonnement n'a perdu de son utilité pratique qu'en apparence. Il conserve ce particularisme faisant de lui probablement le meilleur fondement afin d'assurer la protection de l'égalité de traitement des gays, des lesbiennes et des bisexuels. En effet, la reconnaissance de ce qu'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle constitue simultanément une discrimination fondée sur le sexe permet de passer outre les difficultés pratiques et théoriques de définir avec précision l'orientation sexuelle homosexuelle, hétérosexuelle ou bisexuelle (ou du moins à l'ambiguïté d'inscrire cette notion en droit).

Toutefois, il ne s'agit pas aujourd'hui de remettre en cause le choix d'assurer l'égalité de traitement en énonçant les termes de « *mœurs* » et d'« *orientation sexuelle* ». Bien au contraire, dans la mesure où l'objectif est de lutter efficacement contre ces discriminations, la multiplicité des catégories au regard desquelles le juge aura la possibilité de constater l'existence d'un comportement discriminatoire doit être favorisée. L'utilisation de ce raisonnement peut dès lors parfaitement lui être recommandée : il a à sa disposition la possibilité supplémentaire de recourir à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe.

LA PROHIBITION DES DISCRIMINATIONS EN RAISON DE L'ORIENTATION SEXUELLE

L'existence de dispositions qui, dans le droit interne, européen ou international, dénoncent le caractère illégitime du traitement moins favorable fondé sur l'orientation sexuelle, motive notre interrogation quant au respect effectif de cette prohibition. Aujourd'hui, nombreux sont les textes qui, dans notre ordre juridique, condamnent, explicitement ou implicitement, de manière générale ou dans des domaines précis, de telles distinctions entre les sujets de droit.

Les textes internationaux

Actuellement, aucun texte international relatif aux droits fondamentaux ne prohibe expressément le traitement moins favorable entre les individus en raison de leur orientation sexuelle. Alors pourtant que l'homosexualité avait explicitement constitué pendant la Seconde Guerre mondiale un motif de répression et de déportation[78], la Déclaration universelle des Droits de l'Homme adoptée en 1948 n'a pas retenu cette circonstance parmi celles pour lesquelles il ne peut être refusé à un être humain de se prévaloir de ses droits et libertés fondamentaux. De même, ni le Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels, ni celui relatif aux droits civils et politiques de 1966 ne retiendront ce motif parmi ceux insusceptibles de motiver une discrimination quant au bénéfice des droits proclamés. Enfin, à la différence de la discrimination raciale et de celle à l'encontre des femmes[79], aucune convention

78. Sur cette question, *cf.* F. TAMAGNE, *Histoire de l'homosexualité en Europe*, collection « L'univers historique », Paris, Éditions du Seuil, 2000, spéc. pp. 532-600 et les nombreuses références bibliographiques. Sur la déportation des homosexuels pendant le IIIe Reich *cf.* : G. GRAU, *Hidden Holocaust? Gay and Lesbian Persecution in Germany 1933-1945*, Chicago, Fritzroy Dearborn, 1995.

79. Convention internationale (Organisation des Nations unies) sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée le 21 décembre 1965 ; Convention internationale (Organisation des Nations unies) sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.

internationale n'a été adoptée afin de lutter spécifiquement contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle[80].

Cependant, depuis 1994, cette situation a connu une évolution notable. En effet, le Comité des Droits de l'Homme des Nations unies a observé, concernant le respect et la garantie par les États des droits reconnus par le pacte international relatif aux droit civils et politiques et la protection contre les discriminations, que la référence au « *sexe* » visée par ces deux dispositions « *doit être considérée comme recouvrant les préférences sexuelles* »[81]. Cette jurisprudence est fondamentale : elle signifie qu'il existe désormais un devoir de respect de l'ensemble des droits fondamentaux proclamés par le pacte, indifféremment à l'hétérosexualité, l'homosexualité ou la bisexualité des individus. De même, dans le cadre de l'affaire *Young c./Australie*, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU a considéré, le 18 septembre 2003, que les couples de même sexe doivent bénéficier des mêmes avantages que les couples hétérosexuels non mariés.

Toutefois, du point de vue de l'effectivité et de l'efficacité, les dispositions actuellement en pointe dans la condamnation des discriminations motivées par l'orientation sexuelle se trouvent dans l'espace européen.

LE DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE

L'illégitimité de principe des discriminations en raison de l'orientation sexuelle est énoncée à la fois dans le cadre du Conseil de l'Europe et dans celui de l'Union européenne.

La Convention européenne des Droits de l'Homme

La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après la Convention), ne vise pas expressément l'orientation sexuelle parmi les motifs de distinction prohibés dans la jouissance des droits qu'elle reconnaît[82]. Malgré l'avis favorable de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[83], selon lequel le protocole n° 12 à la Convention destiné à élargir le champ d'application de l'article 14 devrait entre autres inclure l'orientation sexuelle sur la liste non exhaustive des discriminations prohibées et bien que le texte final dudit protocole ne suive pas cet avis, l'illégitimité de principe au regard de la Convention, de la différence de traitement motivée par l'orientation sexuelle ne fait aucun doute. En effet, la Cour européenne des Droits de l'Homme a énoncé dans un l'arrêt *Salgueiro DA SILVA MOUTA* du 21 décembre 1999 que, selon elle, l'orientation sexuelle est une notion « *couverte, à n'en pas douter, par l'article 14*

80. D. BORRILLO, « Statut juridique de l'homosexualité et Droits de l'Homme », in *Un sujet inclassable ? Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités*, *Cahiers Gay Kitsch Camp*, n° 28, Lille, février 1995, pp. 99-115.

81. Communication n° 488/1992, *Nicolas TOONEN c./Australie*, constatations adoptées les 31 mars 1994, 55e session, § 8.7, *Rapport du Comité des Droits de l'Homme, Nations unies*, vol. II, suppl. n° 40, A/49/40, p. 241.

82. Article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

83. *Cf.* l'avis n° 216 (2000) adopté le 26 janvier 2000 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, § 6 : l'Assemblée « est d'avis que l'énumération de motifs à l'article 14, sans être exhaustive, vise à établir une liste de formes de discrimination qu'elle considère comme étant particulièrement odieuse. En conséquence, il conviendrait d'y ajouter le motif d'"orientation sexuelle" »
http://stars.coe.fr/ta/ta00/FOPI216.htm

de la Convention»[84]. Dans la mesure où, concrètement, seule la Cour apprécie la conformité à la Convention des actes ou des dispositions des États signataires, la clarté de cette jurisprudence ne permet aucune hésitation : l'orientation sexuelle doit être désormais considérée comme un motif de discrimination en principe prohibé dans la mise en œuvre des droits protégés par la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe est à l'origine de rapports et recommandations dénonçant les discriminations dont sont victimes des individus en raison de leur orientation sexuelle. Elle sera ainsi la première à adopter, en 1981, une recommandation « relative à la discrimination à l'égard des homosexuels » demandant au Comité des ministres, entre autres, d'«*exhorter*» les États membres à abolir toute répression pénale spécifique de l'homosexualité, notamment concernant l'âge des consentements, mais également de les inviter à «*assurer ni plus ni moins*» l'égalité de traitement en matière d'emploi, ainsi que d'assurer que les droits des parents (garde, droit de visite, droit d'hébergement) «*ne soient pas limités pour la seule raison du penchant homosexuel de l'un d'entre eux*»[85]. L'Assemblée demandait également l'ajout, à l'article 14 de la Convention européenne, des «*penchants sexuels*» au titre des discriminations prohibées[86].

En 2000, à la suite d'un rapport de la Commission des questions juridiques et des Droits de l'Homme[87], l'Assemblée parlementaire a adopté une nouvelle recommandation sur la situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe[88] ; elle y invite les États à «*inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés dans leur législation nationale*», à «*prendre des mesures positives pour combattre les attitudes d'homophobie*», à assurer l'égalité de traitement en matière d'emploi ou encore «*à inclure dans les structures de protection des droits fondamentaux et de médiation existante ou à mettre en place, une personne experte en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle*».

Le droit de l'Union européenne

Dans notre ordre juridique, l'Union européenne a été la première à considérer l'orientation sexuelle comme un motif de discrimination prohibé. Depuis, cette position a été explicitée et mise en œuvre dans des domaines précis.

C'est en 1997, par le biais du traité d'Amsterdam, que la notion d'orientation sexuelle est apparue en droit européen. Ce texte a ajouté au traité instituant l'Union européenne un article 13 qui dispose que, «*sans préjudice des autres dispositions du traité et dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, pourra à l'unanimité proposer des mesures appropriées afin*

84. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, Req. nº 33290/96, http://www.echr.coe.int/hudoc

85. Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, *op. cit*. Elle faisait suite à un rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels (rapport VOOGD, doc. 4755), adopté par l'Assemblée parlementaire le 8 juillet 1981. L'exposé des motifs notait qu'«*un groupe de la population ne saurait être maltraité et exposé à des discriminations ou simplement à des difficultés sociales et économiques en raison de ses préférences sexuelles.* [...] *Il s'agit en effet essentiellement d'une question d'égalité des êtres humains et de défense des Droits de l'Homme*».

86. Elle réitérera sa demande notamment en 2000 (avis nº 216 (2000) du 26 janvier 2000, *op. cit*.

87. « Situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe », rapport de la Commission des questions juridiques et des Droits de l'Homme (doc. 8755), 6 juin 2000, http://stars.coe.fr/doc/doc00/fdoc8755.htm

88. Recommandation 1474 (2000), situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe, adoptée le 26 septembre 2000.

de combattre les discriminations basées sur le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion ou une croyance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

Par ailleurs, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000, proclame explicitement leur attachement au principe de non-discrimination, notamment en raison de «*l'orientation sexuelle*». En effet, dans son article 21, la charte énonce solennellement qu'«*est interdite, toute discrimination fondée notamment* [...] *sur l'orientation sexuelle*». C'est une disposition fondamentale condamnant d'une manière générale, toute discrimination en raison de l'orientation sexuelle, quel que soit le domaine concerné.

Parallèlement, dans la directive du 27 novembre 2000 destinée à créer un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[89], l'orientation sexuelle est désignée parmi les motifs de discriminations prohibées. La prise en compte de cette circonstance dans la politique européenne de lutte contre certaines inégalités de traitement, atteste, si besoin était, non seulement du caractère illégitime au regard du droit communautaire des discriminations touchant notamment les gays et lesbiennes, mais également d'une exigence pour les États membres de lutter efficacement contre celles-ci.

Par ailleurs, le Parlement européen a été bien souvent l'initiateur et l'accélérateur de ces avancées du droit communautaire, au travers de différents rapports et résolutions condamnant les discriminations en raison de l'homosexualité, adoptés depuis 1984. Dès cette date en effet, cette institution a considéré que, «*dans la lutte contre les discriminations de toute nature, l'on ne peut ignorer ou accepter passivement les discriminations de fait ou de droit, fût-ce à l'égard des homosexuels*» et «*déplor*[ait] *toute discrimination motivée par la tendance sexuelle d'un individu*»[90]. La résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne adoptée le 8 février 1994, constitue le document de référence. Le Parlement y invite la Commission européenne à mettre un terme aux discriminations dans des domaines très divers : «*Au niveau du droit du travail et du droit de la fonction publique et toute discrimination au niveau du droit pénal, du droit civil du droit contractuel général et du droit économique*» (§ 14) ; les parlementaires dénoncent également «*l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes*» et demandent que soient garantis «*l'ensemble des droits et des avantages du mariage*», ainsi que le droit des gays et lesbiennes d'être parent ou bien d'adopter ou d'élever des enfants (§ 14). Dans sa résolution annuelle sur les Droits de l'Homme dans l'Union adoptée en 2001, le Parlement engage les États membres notamment «*à abroger toutes les dispositions législatives entraînant des discriminations contre l'homosexualité* [...]» et leur recommande «*l'interdiction et la condamnation des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le Code pénal ou civil*»[91].

89. Directive 2000/78/CE *(op. cit.)*, article 1er : «*La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement*». Cette directive a été intégrée au droit français, nous renvoyons le lecteur à nos analyses consacrées au droit du travail.

90. Résolution du Parlement européen sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail, 13 mars 1984, *JOCE* nº C 104, 16 avril 1984, p. 46.

91. Résolution du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2000) (2000/2231 (INI)), 5 juillet 2001, A5-0223/2001, spéc. § 77 et s.

Enfin, dans un rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres en 2002, un réseau d'experts indépendants mandaté par la Commission souligne les discriminations subies par les gays et les lesbiennes en Europe et propose l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe[92]. Plus récemment, le Parlement européen a invité les États membres à mettre un terme à toutes les formes d'homophobie y compris dans le domaine du droit de la famille[93].

92. *Cf.* http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_fr.pdf
93. Résolution du Parlement européen sur l'homophobie en Europe, 18 janvier 2006 (P6_TA20060273).

CHAPITRE II

Le droit interne

Depuis 1985, l'article 225-1 du C. pén. disposait que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison* [...] *de leurs mœurs* »[94]. Sous le flou de cette dernière notion, c'était bien, avant tout, mais pas exclusivement, l'homosexualité qui était visée. Une loi du 16 novembre 2001 a notamment modifié l'article 225-1 du C. pén. en ajoutant, à côté des mœurs, l'orientation sexuelle à la liste des motifs prohibés[95]. Depuis cette date, notre droit dispose donc explicitement d'une prohibition de principe de « *toute distinction* » opérée entre les individus à raison de leur orientation sexuelle.

D'autres normes énoncent également, cette fois dans des domaines spécifiques du droit, l'illégitimité des discriminations en raison de l'orientation sexuelle. C'est tout d'abord le cas en matière d'emploi : depuis l'adoption de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations[96], le C. trav. dispose à l'article L. 122-45 l'interdiction des discriminations à raison de l'« *orientation sexuelle* » en matière d'emploi[97]. Par ailleurs, concernant cette fois la location des logements, le législateur a inséré en 2001 à l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, un troisième alinéa disposant explicitement qu'« *aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison* [notamment] *de* [...] *son orientation sexuelle* »[98].

À propos de l'ajout de l'orientation sexuelle dans ces différentes dispositions, on fera remarquer qu'il aurait été préférable de considérer l'orientation sexuelle vraie ou supposée, ou, du moins, à l'exemple des textes européens, « l' » orientation sexuelle de celui qui s'estime victime d'une discrimination, et non « *son* » orientation sexuelle. En effet, traditionnellement, le droit des discriminations se désintéresse totalement de savoir si la discrimination est fondée sur un critère caractérisant effectivement la victime ; en principe, seul importe le point de vue subjectif de l'auteur, voire le seul effet de la mesure, indifféremment au fait qu'il s'agisse ou non d'une appréciation erronée de la réalité.

Enfin, la loi nº 2000-516 du 15 juin 2000 a autorisé les associations[99] dont l'objet est la lutte contre les discriminations fondées sur « *les mœurs* », à exercer les droits reconnus à la partie civile, d'une part, en matière de discrimination et, d'autre part, en matière d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité des personnes, de destruction de dégradation et de détérioration de bien, lorsque ces faits ont été commis en raison des mœurs de la victime[100].

94. Loi nº 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, *op. cit.*

95. Loi nº 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, article 1er, II, *op. cit*.

96. Loi nº 2001-1066, *op. cit,* articles 1er et s.

97. Comme en matière pénale, avant la loi du 16 novembre 2001, seules les discriminations en raison des mœurs étaient interdites (prohibition introduite en droit du travail par la loi nº 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* 18 janvier 1986, p. 888).

98. Article 1er, alinéa 3 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986 (*JO* 8 juillet 1989), modifié par la loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, article 158.

99. TGI de Marmande 15 décembre 2005 nº 05/647.

100. Article 2-6 C. proc. pén., modifié par l'article 106 de la loi du 15 juin 2000 et l'article 22 de loi nº 2001-397 du 9 mai 2001 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. L'association doit être déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits.

Soulignons enfin qu'en matière pénale plusieurs dispositions sanctionnent, sous la forme de circonstances aggravantes, les délits et les crimes dont le mobile a été l'orientation sexuelle de la victime (C. pén., articles 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-18-1, 222-24, 222-30)[101].

Le droit privé et la lutte contre les discriminations

Dans la lutte contre les comportements discriminatoires, outre l'action répressive, la pédagogie a également vocation à jouer un rôle important ; cette dimension éducative est d'ailleurs déjà prise en compte en matière de lutte contre le racisme. Il en va de même à l'encontre des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Au Québec, la Commission des droits des personnes a ainsi noté l'importance de « *sensibiliser aux réalités gaie et lesbienne* » les milieux scolaires, mais également les milieux judiciaires, la police, le patronat, les syndicats, les services de santé, les services sociaux, et plus généralement le grand public, « *afin de lutter contre les préjugés et l'ignorance qui sont souvent à la base de la discrimination et de la violence observée* »[102]. En France, quelques actions en ce sens ont été initiées, l'homophobie apparaissait en 2000 et en 2001 comme un thème de préoccupation de l'Éducation nationale[103]. Ainsi, considérant que « *la démarche éducative suppose* [...] *de vaincre certains tabous* », l'un des objectifs des mesures en faveur de l'éducation à la sexualité présentées par la ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance et le ministre de l'Éducation nationale en septembre 2000, concerne la lutte contre les préjugés à l'encontre des gays et des lesbiennes[104]. Pour une efficacité renforcée, ces mesures devraient être aujourd'hui étendues aux milieux judiciaires, policiers, sociaux et du travail. La création d'une haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité par une loi du 30 décembre 2004 rend efficace le dispositif juridique en le complétant par des actions d'information et de sensibilisation, d'accompagnement des victimes et de diffusion des bonnes pratiques.

101. *Cf.* TGI de Marmande 15 décembre 2005 nº 05/647. TGI de Verdun nº 86/2006.

102. Commission des Droits de la personne du Québec, *De l'illégalité à l'égalité. Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*, mai 1994.

103. *Cf.* la circulaire du ministère de l'Éducation nationale nº 2001-245 du 21 novembre 2001 (*Bulletin officiel du ministère de l'Éducation nationale et du ministère de la Recherche*, nº 44, 29 novembre 2000) : « *La prévention tout comme la lutte contre les exclusions et les discriminations, souvent liées à l'intolérance qui chaque jour dans la société, et parfois dans nos établissements, prend le visage ignoble des injures sexistes, de l'homophobie, du machisme, des rapports de force, voir des violences sexuelles, constituent les axes forts des actions qui doivent être menées dans les établissements scolaires.* [...] [L'éducation à la sexualité] *doit aujourd'hui intégrer les questions liées à la mixité, à la lutte contre le sexisme, l'homophobie et permettre de mieux prendre en compte les attentes des jeunes, avec leurs différences et leurs préoccupations spécifiques* ». *Cf.* également la *Mallette pédagogique* « Bonheur d'aimer », éditée par le ministère de l'Éducation nationale en 2000.

104. Selon l'ancien ministre, « l'école doit être le lieu de la tolérance, de l'accueil. Trop d'adolescents souffrent de railleries, d'exclusion à raison de leur orientation sexuelle, consciente ou non, temporaire ou non. Certains peuvent être tentés de recourir à des conduites à risque : drogues, tentatives de suicide. Il est temps, me semble-t-il, de faire reculer l'hostilité manifestée à l'égard de l'homosexualité en apprenant aux enfants et aux adolescents à reconnaître et respecter l'autre avec ses différences affectives et sexuelles » (intervention de S. ROYAL à l'assemblée plénière de clôture du Conseil supérieur de l'information sexuelle, mercredi 31 mai 2000, p. 3). Cette prise de position s'est traduite notamment par la diffusion auprès des élèves de 4e, de 3e et des lycéens d'une brochure *Homosexualité et homophobie*. En outre, cette « lutte contre l'homophobie » est menée conjointement avec celle contre le sexisme et le racisme. Sur cette question, *cf.* M. DORAIS, Mort ou fif : la face cachée du suicide chez les garçons, Montréal, VLB Éditeurs, 2000. E. VERDIER et J.-M. FIRDION, Homosexualité et suicide, Paris, HO Éditions, 2003. *Cf.* également le rapport du groupe de travail sur le suicide des jeunes réalisé par l'association Homosexualités et Socialisme, Le risque de suicide chez les jeunes à orientation sexuelle non conventionnelle (lesbiennes, bisexuels, gays), décembre 2001, http://www.hes-france.org

Dans le prolongement de l'éducation, le droit a également vocation à jouer un rôle majeur dans la lutte contre les discriminations, et notamment celles en raison de l'orientation sexuelle.

L'INCRIMINATION DES ACTES ET DES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

Depuis 1972 au travers de la lutte contre le racisme, les pouvoirs exécutif et législatif se sont engagés dans une politique visant à dénoncer l'illégitimité et à poursuivre les traitements moins favorables lorsqu'ils sont motivés par certaines caractéristiques de l'individu, et notamment l'homosexualité depuis 1985. Cependant, dès les origines, cet objectif s'est heurté à la difficulté pour le droit d'appréhender efficacement le phénomène discriminatoire, des difficultés logiquement rencontrées également à propos de l'orientation sexuelle. Depuis 2001, sous l'impulsion du droit communautaire, de nouveaux outils sont apparus (allègement et inversion de la charge de la preuve de la victime, notion de discrimination indirecte, substitution des victimes par les associations) ; depuis 2005 la médiation de la HALDE apparaît également comme un mode alternatif de dissuasion-réparation des discriminations (responsabilité civile) ; ces outils doivent permettre de renforcer le dispositif de lutte, au profit notamment de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

LES OBSTACLES À L'APPREHENSION DU PHÉNOMÈNE DISCRIMINATOIRE

L'appréhension par le droit des pratiques et des comportements discriminatoires, notamment à propos de l'orientation sexuelle, se heurte actuellement à différents écueils tenant, tantôt aux outils existant et aux domaines dans lesquels intervient la discrimination, tantôt à l'interprétation stricte retenue par la jurisprudence à la recherche d'une intention discriminatoire.

LES LIMITES TENANT AUX OUTILS JURIDIQUES ET AUX DOMAINES CONCERNÉS

Face à la complexité et au caractère parfois occulte du phénomène discriminatoire, il était nécessaire de parfaire les moyens dont disposait le droit privé afin de révéler l'existence d'une différence de traitement prohibée et de s'en saisir. Pour réaliser ce projet, les mesures proposées par le droit communautaire – l'allégement de la charge de la preuve incombant à la victime et la notion de discrimination indirecte – représentent de nouveaux outils qui ont permis au droit français d'améliorer son dispositif antidiscriminatoire.

Ces deux outils – régime de la preuve et notion de discrimination indirecte – ont été insérés dans notre droit des discriminations dans les domaines de l'emploi [105] et de l'accès au logement [106]. Cependant, cette transposition s'avère avoir été maladroite d'un point de vue juridique, mais surtout, elle a été restreinte à ces seules matières. Si la transposition en droit

105. Cela concerne plus exactement le principe général de non-discrimination (article L. 122-45 C. trav., modifié par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *op. cit.*) et les dispositions condamnant le harcèlement sexuel et le harcèlement moral au travail (article L. 122-52 C. trav., institué par la loi du, loi de modernisation sociale, *op. cit*). *Cf.* F. TAQUET, « Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination », *Gaz. Pal.* 1er au 2 mars 2002, 1, 2.

106. Article 1er de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs...

français de la notion de discrimination indirecte souffre de critiques, ce sont les modalités d'intégration du droit communautaire de la preuve qui suscitent le plus de réserves [107].

En ce qui concerne tout d'abord la notion de discrimination indirecte, il convient de signaler la commission par le législateur d'une confusion majeure. Le nouvel article L. 122-45 du C. du trav. dispose en effet que, *« en cas de litige* [...], *le salarié ou le candidat* [...] *présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».*

Or, le législateur a confondu ce qui relève de la notion de discrimination indirecte, avec ce qui a trait à l'aménagement de la charge de la preuve. En exigeant seulement que l'auteur présumé de la discrimination directe ou indirecte prouve que sa décision est « *justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* », ce texte ne transpose pas correctement le droit communautaire. En effet, dans le cas d'une discrimination indirecte, les directives 2000/78 et 2000/43 exigent également que l'auteur établisse que « *les moyens de réaliser cet objectif légitime objectivement justifié* » soient « *appropriés et nécessaires* ».

S'agissant cette fois des dispositions internes facilitant la preuve de la discrimination et aménageant la charge de cette preuve, on constate tout d'abord qu'elles ne reprennent pas la formulation retenue par les directives communautaires. Ainsi, le C. trav. dispose que le salarié concerné ou le candidat doit « *présente*[r] *des éléments de fait* laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » [108]. Cette formulation s'inspire, non pas des directives communautaires, mais de la formule retenue par la ch. soc. de la Cour de cassation depuis 1999, en matière de discrimination à raison du sexe et de discrimination syndicale [109] ; bien qu'elle ne semble pas en mesure de modifier fondamentalement le sens de la première étape de la démonstration (établir le caractère vraisemblable, plausible de la discrimination), il aurait été préférable, et plus respectueux de l'obligation de transposition des directives, de reprendre simplement leur terminologie.

Mais c'est surtout à propos de l'énoncé selon lequel, dans un second temps, « *au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (article L. 122-45 C. trav.), que la confusion du législateur français est la plus regrettable. Cette formulation confond l'énoncé d'un régime général de la preuve en matière de discrimination avec l'existence d'un régime particulier du renversement de la charge de la preuve en matière de discrimination indirecte. En effet, pour le droit communautaire, l'exigence d'une justification objective de sa décision par le défendeur ne concerne que la notion de discrimination indirecte : dans sa définition,

107. Notons que la conformité du régime probatoire à nos principes fondamentaux, et notamment au respect des droits de la défense, a été confirmée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., décision nº 2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale, § 89).

108. Il ressort des débats parlementaires que cette dernière version a été systématiquement soutenue par la majorité à l'Assemblée, alors que le Sénat réintroduisait à chaque nouvelle lecture la formule retenue par les directives communautaires (le salarié doit établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination). Les critiques formulées ici à l'encontre de l'article L. 122-45 du C. du trav. valent également pour les articles L. 122-46 et L. 122-49 de ce Code, ainsi que pour l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989.

109. Dans un premier arrêt du 23 novembre 1999, la Cour avait en effet énoncé le principe selon lequel « *il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre homme et femme, et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* » ; par la suite, un attendu de principe identique avait été retenu à propos de l'appartenance à un syndicat (Cass. soc., 28 mars 2000) : *cf.* M.-T. LANQUETIN, « Un tournant en matière de discriminations » *op. cit.*

cette notion dispose de son propre régime de preuve[110]. Il s'ensuit que l'exigence de preuve de l'absence de violation du principe d'égalité ne concerne en pratique que la discrimination directe. Cet amalgame résulte du fait qu'aucune définition légale de la notion de discrimination indirecte n'a été introduite dans notre droit, alors pourtant que les directives communautaires le disposent. Tout comme en ce qui concerne l'établissement du caractère vraisemblable de la discrimination, le législateur français semble s'être ici aussi référé à la jurisprudence de la Cour de cassation[111]. Certes, en pratique, l'exigence de justification objective propre à la discrimination indirecte peut se confondre avec celle de l'absence de violation du principe d'égalité propre en principe à la discrimination directe, mais ces notions et leur régime étant, à l'origine, distincts. Il aurait été plus rigoureux de respecter cet ordonnancement afin d'éviter de nombreuses confusions et des lacunes[112].

Enfin, il faut noter que, pour l'heure, tous les domaines autres que celui de l'emploi demeurent soumis au régime désormais objectivement moins efficace des articles 225-1 et suivants du C. pén. En effet, non seulement le principe général de prohibition des discriminations visé par ce texte n'allège pas la preuve à la charge de la victime, mais il n'incrimine pas non plus les discriminations indirectes.

En dehors du domaine de l'emploi et du logement, la condamnation d'une simple discrimination directe semble particulièrement difficile à obtenir. La discrimination étant un délit intentionnel (articles 225-1 et suivants C. pén.) : cela implique, d'une part, que le demandeur doit rapporter des éléments qui établissent matériellement la discrimination – et non qui la rendraient seulement vraisemblable – et, d'autre part, qu'il prouve l'intention discriminatoire de l'auteur[113]. Or, il s'avère selon la jurisprudence disponible en matière de discrimination en raison des mœurs que, non seulement le juge pénal confère une importance particulière à l'existence dans les faits d'une telle intention, mais qu'il l'interprète strictement. Dans ces conditions, très peu de traitements moins favorables (notamment en raison de l'orientation sexuelle) paraissent susceptibles d'être dénoncés par le biais d'une sanction pénale. L'affaire suivante illustre parfaitement cette situation : une société de transport maritime était ainsi poursuivie du chef de discrimination dans l'offre ou la fourniture d'un bien ou d'un service à raison des mœurs (article 225-2 C. pén.), pour avoir refusé en avril 1999 à un couple homosexuel le bénéfice d'un forfait couple, «*au motif que cette offre promotionnelle était réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme*»[114]. Les juges de la Cour d'appel ont relaxé la société du fait qu'elle n'était animée d'«*aucune intention délictueuse caractérisée*».

110. Aux termes du droit communautaire, une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres, sur le fondement d'un critère prohibé, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

111. La Cour mettait à la charge du défendeur d'établir que la différence de traitement était justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination.

112. Pour une analyse approfondie de la transcription de la directive en droit français *cf.* le chapitre consacré à la France dans le rapport du Groupe d'experts européens, *Combating sexual orientation discrimination in employment*, University of Leiden, novembre 2004.

113. *Cf.* « Discriminations » par M. DANTI-JUAN, *Répertoire pénal Dalloz* ; *Juris-Classeur Pénal*, article 225-1 à 225-4, « Discriminations raciales et autres » par P. BERTHIAU.

114. CA Aix-en-Provence, ch. corr., 14 mai 2001, *Sté nationale maritime Corse méditerranée c./min. publ.*, *Juris-Data nº 153816* ; *JCP* 2001, IV, 3006.

Le renforcement des outils de lutte contre les discriminations

Compte tenu de cette situation, dans le prolongement du souci exprimé par les parlementaires et le Gouvernement de renforcer l'efficacité de la lutte contre les discriminations, la question doit tout d'abord être posée de l'élargissement au principe général de non-discrimination de l'article 225-1 du C. pén., des techniques d'allégement de la charge de la preuve et de la notion de discrimination indirecte. Certes, étant donné le domaine de compétences limité de l'Union européenne, l'extension aux autres domaines du droit ne pourra résulter que d'une volonté politique des États. Mais n'est-elle pas envisageable d'un point de vue technique ? Elle pourrait en tout cas contribuer efficacement à la lutte en faveur de l'égalité et contre les discriminations, notamment en raison de l'orientation sexuelle.

Par ailleurs, dans le prolongement de l'idée précédente, la question se pose de la réparation du dommage subi du fait de la discrimination, soit dans le prolongement de la sanction pénale, soit de manière autonome. En effet, du point de vue de l'efficacité de la lutte contre les discriminations, à côté de l'exigence de réparation du dommage qui en résulte, la perspective d'engagement de la responsabilité civile, bien que celle-ci n'ait pas pour objet de sanctionner un comportement, peut néanmoins concourir à dissuader des comportements ou des situations discriminatoires.

LA POURSUITE PÉNALE DES DISCRIMINATIONS

Tout d'abord, le droit communautaire des discriminations étant caractérisé par une conception objective de la faute de discrimination, son intégration au droit pénal ne se heurte-t-elle pas à la nécessité actuelle, afin de retenir une faute punissable, de caractériser l'intention de l'auteur ? En effet, à la fois la notion de discrimination indirecte et l'inversion de la charge de la preuve[115], appréhendent les comportements discriminatoires avant tout au travers de leurs effets, indifféremment à la conscience de l'auteur d'enfreindre une prohibition et à sa volonté d'agir malgré tout. Or, aux termes de l'article 121-3 du C. pén., une faute non-intentionnelle n'est punissable que lorsque la loi le prévoit, ce qui n'est pas le cas concernant la discrimination telle qu'elle est incriminée par l'article 225-1 dudit Code[116]. Face à cette situation, on pourrait cependant parfaitement décider que la discrimination constitue désormais une infraction non-intentionnelle du fait de l'élargissement de la notion aux différences de traitement non plus seulement recherchées, mais également à celle existant en fait. À défaut, le principe de non-discrimination pourrait en outre être inséré dans le C. civ., éventuellement à l'exclusion de toute incrimination pénale. Mais ce faisant, ne pourrait-on reprocher à cette inscription de se défaire des effets attendus de l'inscription d'une prohibition pénale, à savoir la solennité d'une condamnation sociale explicite et la dissuasion de

115. Celle-ci peut en effet être apparentée à une présomption de culpabilité, simple, du défendeur s'opposant au principe de présomption d'innocence en matière pénale ; cela étant, notons que la jurisprudence actuelle de la chambre criminelle de la Cour de cassation n'est pas hostile à de telles présomptions de fait ou de droit « *dès lors qu'elles laissent entiers les droits de la défense* » (Cass. crim. 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 231 ; 1er février 2000, *Bull. crim.*, n° 51).

116. Ce dol général est défini comme « *à la fois connaissance de ce qui est interdit et volonté de transgresser l'interdit malgré tout* (sciens et volens) », J. PRADEL, *op. cit.*, p 440. Il convient de ne pas confondre cette volonté avec le mobile de l'acte, c'est-à-dire « *le pourquoi de l'action, la raison qui pousse l'agent* » (J. PRADEL, *op. cit.*, p. 442), que nous pourrions rapprocher concernant la faute de discrimination, du motif de celle-ci, et qui n'est pas un élément constitutif de l'infraction en droit pénal.

ces comportements ? En réalité, on ne voit pas en quoi la condamnation de principe des discriminations perdrait de sa force du fait de son inscription dans le C. civ. ; en outre, la perspective d'une condamnation au versement de dommages et intérêts du fait du dommage causé par la discrimination, à défaut de constituer une sanction, aurait néanmoins probablement elle aussi un effet dissuasif.

LA RÉPARATION CIVILE DU PRÉJUDICE RÉSULTANT DE LA DISCRIMINATION

Au-delà de la condamnation pénale des discriminations *stricto sensu* dont l'efficacité pratique est aujourd'hui en cause d'une manière générale, la question posée est également celle de l'indemnisation du préjudice matériel ou moral, subi par la victime du fait de ces comportements ou de ces situations discriminatoires. Or, en l'état, compte tenu de l'inscription de la prohibition des discriminations dans le C. pén. et du principe d'unité des fautes civile et pénale[117], parce que la discrimination est rarement condamnée compte tenu des exigences tenant à l'intention de l'auteur, la victime ne peut pas non plus faire valoir un droit à réparation des dommages qui en auraient résulté. En effet, en vertu du principe d'identité des fautes, si l'existence d'une faute pénale conduit à retenir l'existence également d'une faute civile et à engager la responsabilité civile de l'auteur, *a contrario*, la relaxe prononcée au pénal ne permettra pas au juge civil de retenir ce comportement comme fautif. Des solutions alternatives sont cependant envisageables.

Afin de contourner cette difficulté, celui qui s'estime victime d'une discrimination et qui souhaite obtenir réparation du préjudice qu'il considère avoir subi pourrait tout d'abord décider d'agir directement devant le juge civil, sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun (article 1382 C. civ.), sans engager parallèlement d'action pénale. Ainsi, l'article 4 du C. proc. pén. ne trouverait pas à s'appliquer et le juge civil pourra statuer librement : en l'absence d'une action engagée parallèlement au pénal, il ne sera en effet pas tenu de surseoir à statuer. Au fondement de sa demande, le justiciable pourra invoquer une faute prise de la violation d'un texte pénal exprès, en l'espèce les articles 225-1 et suivants du C. pén. Qui plus est, selon la doctrine, dans le cas où un texte exprès prohibe un acte, « *le juge* [civil] *ne dispose alors pas d'un pouvoir d'appréciation* » : il doit retenir l'existence d'une faute[118]. Néanmoins, le demandeur devra lui montrer dans quelle mesure la différence de traitement qu'il invoque est fondée sur un critère prohibé, en l'espèce l'orientation sexuelle[119]. En outre, il conviendra qu'il établisse la réalité et la légitimité du dommage invoqué, ainsi que son lien de causalité avec la discrimination. Si ces différentes conditions sont remplies, on peut donc parfaitement envisager la recevabilité d'une telle action en responsabilité civile résultant de la faute de discrimination, et la condamnation de l'auteur au versement de dommages et intérêts.

117. Cass. civ. 2e, 18 décembre 1912, *Brochet* et *Deschamps*, S. 1914, 1, 249, note R. Moral ; J. Pradel, A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, collection « Grands arrêts », no 40, Paris, Dalloz, 2001.

118. Selon A. Bénabent (*Droit civil,* « Les obligations », collection « Domat droit privé », no 546, Paris, Montchrestien, p. 326), « *cela concerne au premier chef toutes les infractions pénales : tout fait pénalement punissable constitue une faute civile, même s'il n'a pas donné lieu à des poursuites pénales* ».

119. À ce sujet, on peut se demander si le juge civil ne sera pas tenté, sur le modèle des dispositions du C. trav. et du droit communautaire, de retenir une charge de la preuve allégée, c'est-à-dire d'exiger des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination.

Par ailleurs, bien qu'aujourd'hui inefficace, on peut néanmoins imaginer que, dans l'avenir, une action civile puisse être exercée dans le prolongement de l'action pénale, bien que le prévenu ait été relaxé du chef de discrimination. Cette perspective résulte de la remise en cause, simultanément par la jurisprudence et par la loi, du principe d'unité de la faute civile et de la faute pénale. En effet, la Cour de cassation dans une décision du 30 janvier 2001 et le C. proc. pén. aux termes de son article 4-1, considèrent désormais que l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne l'existence d'une telle infraction et fasse droit à la demande de réparation [120]. À la suite de ce mouvement, selon la doctrine, « *un constat semble donc s'imposer : le principe d'unité ou d'identité des fautes civile et pénale a vécu* » [121]. Certes, en l'état, cette solution est circonscrite à l'hypothèse des délits non intentionnels. Cependant, et à défaut de faire de l'infraction de discrimination un délit non intentionnel, une évolution identique de la jurisprudence à propos des délits intentionnels est envisageable ; en effet, on notera que la Cour de cassation a elle-même remis en cause son principe d'unité des fautes, et ce avant même l'intervention du législateur. Dans ces conditions, l'étendue de cette rupture avec le principe centenaire de l'identité des fautes restant à être déterminée, la jurisprudence civile peut l'étendre à d'autres domaines et considérer que l'absence de faute pénale intentionnelle ne fasse pas obstacle à une action en réparation.

L'ORIENTATION SEXUELLE ET LE DROIT PRIVÉ

La mise en perspective du droit privé avec ce principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle ne se heurte à aucun obstacle d'ordre théorique. Démembrement de la matière juridique, l'ensemble du droit privé, au même titre que le droit public, a vocation à être soumis au respect des principes d'égalité et de non-discrimination, et ce quels que soient les domaines considérés (le droit du travail, le droit des contrats, le droit de la famille...). En effet, si ces principes sont proclamés par les textes fondamentaux relatifs aux Droits de l'Homme, ils ont par la suite vocation à être mis en œuvre dans les différentes branches du droit. Le droit privé en général est donc concerné notamment par le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

Parmi les domaines concernés, outre le droit du travail, le droit civil apparaît aujourd'hui comme l'objet d'étude à privilégier. Tout d'abord en ce qui concerne le droit pénal, la jurisprudence élaborée au XIX^e^ siècle, ainsi que les dispositions qui, de 1942 à 1982, ont spécifiquement incriminé les relations entre individus du même sexe, ont déjà fait l'objet d'études détaillées [122]. En outre, l'illégitimité de toute incrimination ou répression spécifique de

120. *Cf.* Cass. civ. 1re, 30 janvier 2001, *Bull. civ.*, nº 19, p. 11 ; *Dalloz* 2001, *Somm.* p. 2232, obs. P. JOURDAIN ; et surtout l'article 4-1 nouveau du C. proc. pén., inséré par la loi nº 2000-647 du 11 juillet 2000 relative à la définition des délits non intentionnels.

121. P. JOURDAIN, *op. cit.* note 124 ; dans le même sens : C. DESNOYER, « L'article 4-1 du C. proc. pén., la loi du 10 juillet 2000 et les ambitions du législateur : l'esprit contrarié par la lettre », *Dalloz* 2002, *Jur.* p. 979.

122. Sur l'ensemble de ce thème, *cf.* la thèse de J. DANET, « Discours juridique et perversions sexuelles (XIX^e^ et XX^e^ siècle) », *Famille et Politique*, Centre de recherche politique, université de Nantes, faculté de droit et des sciences politiques, vol. 6, 1977. *Cf.* également du même auteur : « Le corps homosexuel : de la répression à la conquête des droits », *Revue Actes*, « Les cahiers d'actions juridiques », 1985, nº 49/50, pp. 47-51. « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, pp. 97-108. La France a abrogé, au début des années 1980, les dernières dispositions pénales qui condamnaient spécifiquement des relations entre personnes de même sexe (*cf.* nos développements *supra*) ; à ce sujet, *cf.* également la critique par P. JESTAZ de la loi qui, en 1982, a abrogé l'incrimination spécifique des relations d'un majeur avec un mineur de 18 ans de même sexe (*RTD civ.* 1982, 795).

l'homosexualité est clairement énoncée : depuis les années 1980, la Cour européenne des Droits de l'Homme condamne, au titre d'une violation du droit au respect de la vie privée, toute pénalisation spécifique des relations entre majeurs de même sexe[123]. À l'opposé, le droit civil n'a jusqu'à ce jour jamais été soumis à un examen identique à la lumière du principe d'égalité et de non-discrimination.

Par ailleurs, bien que le droit pénal énonce depuis 1985 un principe de non-discrimination en raison des « *mœurs* » (de l'orientation sexuelle depuis 2001), son champ d'action se révèle limité. Le dispositif en place ne permet que de révéler les comportements discriminatoires des personnes privées. Or, la pratique judiciaire, mais également la norme apparemment neutre, sont, elles aussi, susceptibles de porter atteinte au principe d'universalité de la règle de droit énoncée par la Déclaration des Droits l'Homme et du Citoyen de 1789[124]. Bien que formulée (ou mise en œuvre) de manière générale et abstraite, la règle de droit peut en effet n'avoir de l'universalité que l'apparence et être en réalité conçue « *non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu "normalisé", correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant* »[125]. D'où la permanence dans les faits *et/ou* dans la règle de droit, de discriminations malgré l'exigence d'universalité : celle-ci ne constitue en tout état de cause qu'un idéal démocratique, un objectif à atteindre, et non pas un état premier et définitif du droit[126]. Il ne s'agit donc pas ici de remettre en cause l'idéal d'universalité, mais, bien au contraire, de tendre vers son effectivité en droit, au-delà de la différence d'orientation sexuelle des individus.

Transversalement, l'étude des relations entre le droit privé et l'orientation sexuelle permettra également de mettre à jour la construction et la diffusion, par le biais du droit civil, du modèle hétérosexuel. La permanence, mais également l'institution de traitements moins favorables d'une catégorie d'individus en raison de sa sexualité, qu'elle soit le fruit du législateur ou de la jurisprudence, soutenus par la doctrine majoritaire, peut s'analyser comme participant à l'élaboration et à la permanence d'une différence homosexuelle indépassable et d'une normalité hétérosexuelle. De la même façon que le droit pénal a participé, dès la seconde moitié du XIX[e] siècle à la construction de l'homosexuel, doté d'une nature singulière, dangereuse[127], le droit civil peut être regardé comme remplissant actuellement une fonction similaire : il est en effet aujourd'hui le média au travers duquel se construit et se perpétue cette représentation de l'hétérosexualité comme le comportement sexuel normal. Au-delà de l'instauration d'une différence, il apparaîtra dans quelle mesure le droit

123. *Cf.* DUDGEON *c./Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A, n° 45 ; dans le même sens : NORRIS *c./Irlande*, 26 octobre 1988, série A, n° 142 ; MODINOS *c./Chypre*, 22 octobre 1993, série A, n° 259 ; de même, dans l'affaire *Sutherland*, la Commission avait jugé (Req. n° 25186/94, rapport adopté le 1er juillet 1997 ; l'affaire a finalement été transigée) que la législation pénale (britannique) qui établissait une différence de majorité sexuelle entre les relations homosexuelles (18 ans) ou hétérosexuelles (16 ans) violait l'article 8 de la Convention. De même, la Cour a considéré comme contraire à la convention la différence de majorité sexuelle dans l'affaire *S.L. c./Autriche* du 9 janvier 2003. Pour une analyse historique de ce thème, *cf.* C.-A. MEYER, « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des Droits de l'Homme », in *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, pp. 153-179, et R. WINTEMUTE, *op. cit*.

124. Son article 6 qui dispose que « [la loi] *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

125. « [...] *à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques ou mentales* », D. LOCHAK, « Égalité et différence. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in *Homosexualités et droit*, *op. cit*.

126. Dans ce sens, *cf.* É. PISIER, « Sexe et sexualités : bonnes et mauvaises différences », *Les temps modernes*, n° 609, juin-août 2000, pp. 156-175, spéc. p. 164.

127. *Cf.* D. BORRILLO et D. COLAS, *L'homosexualité de Platon à Foucault : une anthologie critique*, *op. cit.*, 2005.

civil contribue directement et largement à asseoir l'idée d'une hiérarchie « naturelle » des orientations sexuelles.

Cette attitude du droit à l'égard de l'homosexualité peut être inscrite dans un processus plus global, déjà décrit, d'une construction juridique du réel simultanément rationalisé et naturalisé. L'interrogation pertinente ne concerne donc pas en réalité l'homosexualité, mais bien cette construction sociale tronquée de la normalité, d'une normalité hétérosexuelle. D. LOCHAK a ainsi décrypté et analysé ces mécanismes par lesquels le droit « *diffuse une certaine idée de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas* », au moyen de la régulation concrète des rapports sociaux, et plus généralement d'une représentation de ce qui est censé être un ordre social rationnel, ce dernier « *s'imprègn* [ant] *dans les consciences et model* [ant] *les représentations collectives* »[128]. Ce modèle de la normalité décrit et consacré par la norme[129], apparaît dès lors parfaitement objectif et à même de servir par suite de critère d'évaluation, d'étalon de la normalité. Or, le normal invoqué par le droit ne résulte ni d'une description objective de la réalité, ni d'une moyenne, ni d'une prise en compte de toutes les représentations idéologiques, mais de celle(s) dominante(s).

Loin d'être une donnée naturelle, le droit est avant tout un « *artefact culturel marqué du sceau indélébile de la création humaine* »[130] auquel la forme juridique confère une apparente légitimité, une absence d'arbitraire, occultant le mécanisme de domination auquel il participe[131].

La mise en perspective du droit privé avec le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, cette recherche du « *défaut d'universel* »[132], appelle du point de vue de la méthodologie, une démarche tantôt *descriptive*, tantôt prospective. Notre analyse sera descriptive dans les domaines dans lesquels une disposition prohibant ce type de différences de traitement trouve d'ores et déjà à s'appliquer. Dans ce cas de figure, il s'agira alors d'opérer une analyse juridique classique, en recherchant, d'une part, s'il existe une différence de traitement, directe ou indirecte, fondée sur l'orientation sexuelle et, d'autre part, dans l'affirmative, dans quelle mesure celle-ci peut être considérée comme juridiquement légitime. En revanche, notre démarche sera prospective dans les domaines où, en l'état actuel du droit, aucune disposition spécifique ne stipule le respect du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, mais dans lesquels cependant il apparaît intéressant de l'envisager. Cette seconde hypothèse suppose que nous nous positionnions en surplomb du domaine concerné, que nous prenions de la hauteur, afin de l'étudier à la lumière du principe de non-discrimination et d'apprécier ses implications. En d'autres termes, ce qui sera ainsi recherché, c'est une lecture projetée du juridique.

Différents domaines du droit privé sont susceptibles d'être pertinemment soumis à cette analyse. Le premier, celui de la vie sociale et professionnelle, c'est-à-dire l'individu pris dans ses relations avec les tiers. Dans ce domaine on traite de thèmes qui pour la plupart entretiennent déjà depuis plusieurs années, d'une manière plus ou moins directe, des liens étroits avec les principes d'égalité et de non-discrimination en raison de l'homosexualité. En effet,

128. D. LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, Paris, PUF, CURAPP, 1983, pp. 51-77.

129. À propos de la règle de droit comme véhicule d'un « *modèle idéel* », *cf.* A. JEAMMAUD, « *La règle de droit comme modèle* », *Dalloz* 1990, *Chron.* p. 199.

130. P. AMESELEK, « Brèves réflexions sur la notion de "source du droit" », in « *Sources* » *du droit*, « Archives de philosophie du droit », tome 27, pp. 251-258.

131. *Cf.* D. LOCHAK, « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires, études réunies en l'honneur de Léo Hamon*, collection « Politique comparée », Paris, Economica, 1982, pp. 429-444.

132. É. PISIER, *op. cit*.

en droit du travail, le principe de non-discrimination en raison des mœurs, puis de l'orientation sexuelle, est explicitement posé depuis une dizaine d'années. On peut également associer à ce domaine de la vie sociale, la question de l'accès aux biens et aux services et plus particulièrement la conclusion d'un contrat d'assurance.

Puis, notre analyse sera consacrée au traitement de la vie privée dans le sens de la protection de la sphère intime de l'individu mais aussi dans ses rapports avec la vie de couple. Cette dernière, ainsi que la filiation, constituent les domaines qui à la fois offrent le plus de matière et appellent les développements les plus nombreux à la lumière du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, et plus spécifiquement de l'homosexualité. Cependant, ce n'est que très récemment, et en tout cas très partiellement (à propos de l'adoption) que le droit de la famille a été à proprement parler étudié à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination. Or, comme toute autre branche du droit, le droit de la famille a, lui aussi, vocation à être mis en perspective avec les exigences d'égalité.

Dans cette perspective, et parce qu'en l'état actuel du droit civil le couple n'induit pas nécessairement la filiation, ni la filiation le couple, il conviendra d'étudier séparément les choix et les conditions de la vie en couple, et la possibilité de constituer une famille en accédant à la filiation.

Partie I

LA VIE SOCIALE ET PROFESSIONNELLE

Le thème générique de la vie sociale désigne les relations de l'individu avec les tiers, en contrepoint avec sa vie privée ou sa vie de famille [1].

Tout d'abord il s'agit de présenter le système de protection pénale contre les agressions matérielles et verbales à caractère homophobe. Par la suite et au regard de l'homosexualité, nous traiterons des deux domaines qui soulèvent des difficultés, ou du moins des interrogations, au regard du principe de non-discrimination : le domaine de l'emploi et celui des biens et services.

Quant au premier domaine, il est actuellement dans notre droit le seul qui comprenne son propre principe de non-discrimination notamment pour ce motif, lequel a été renforcé par le législateur en 2001. Cela étant, chacune à leur manière, il se trouve que si l'on confronte ces deux matières au principe de non-discrimination, il apparaît qu'elles entretiennent par le biais de la jurisprudence, des relations spécifiques avec la circonstance de l'homosexualité, éventuellement en contradiction avec ce principe. En revanche, il apparaît que ces domaines disposent de moyens propres leur permettant de jouer un rôle de premier plan dans la lutte contre ces discriminations.

Le domaine des biens et services, et plus particulièrement celui des assurances, relève quant à lui d'une approche à la fois du droit positif et du droit prospectif. Outre les questions classiques de l'accès aux biens et aux services, il s'agit en effet d'apprécier le refus de contracter une assurance, opposé par les assureurs aux personnes séropositives ou malades du Sida.

Mais avant d'aborder l'analyse de ces régimes juridiques, il convient de s'arrêter un moment sur les dispositifs d'incriminations des actes et des discours homophobes.

1. Si une distinction entre les droits des individus et les droits des couples homosexuels devait apparaître au lecteur, elle n'a cependant ici aucune autre justification que le souci de clarté de nos développements : elle ne préjuge en rien d'une distinction juridique pertinente qui supposerait une approche différenciée de la question des droits de l'individu et de ceux du couple au regard de l'orientation sexuelle.

CHAPITRE I

L'incrimination des discours et des actes homophobes

L'orientation sexuelle, et notamment en pratique l'homosexualité, est susceptible de susciter chez certains individus une réaction d'hostilité, prenant la forme d'une violence physique et/ou verbale. L'homophobie est tout autant susceptible de viser l'homosexualité, vraie ou supposée, d'un individu déterminé, que plus généralement l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle. Outre le dispositif répressif, quelques mesures témoignent d'une attention nouvelle des pouvoirs publics à l'égard de cette situation : une loi du 15 juin 2000 a ainsi confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel, la mission de veiller à ce que les programmes radiophoniques et télévisuels *« ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons* [...] *de mœurs*.

Les discours de haine

En matière de lutte contre les discriminations, ce ne sont pas uniquement les actes matériels qui sont prohibés mais également les discours injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination. La diffamation est une allégation ou l'imputation d'un fait précis qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé ; l'injure est une expression outrageante utilisant des termes de mépris ou d'offense, à la différence de la diffamation qui ne contient l'imputation d'aucun fait déterminé. L'injure et la diffamation sont des délits sanctionnés par une loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En 1972, une modification de cette loi a permis la mise en place d'un dispositif permettant de sanctionner les propos racistes. La loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 « portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », introduit une nouvelle modification à la loi de 1881 afin de permettre également la sanction des discours injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination envers une *« personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap »*.

Lorsque la diffamation est commise publiquement envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur orientation sexuelle, elle est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an et de 45 000 euros d'amende, s'agissant d'une injure de la même nature, la peine est de six mois d'emprisonnement et de 22 500 euros d'amende. Le ministère public peut poursuivre lorsque les propos ont été adressés à un groupe de personnes. Les associations inscrites depuis au moins cinq ans et ayant pour objet la défense des droits des gays et des lesbiennes peuvent se constituer en partie civile et s'agissant d'injures, diffamations ou incitations à la discrimination considérées individuellement, l'accord de la victime est nécessaire.

Enfin, comme le note Y. PADOVA, *« la provocation à la discrimination à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap n'est pas constituée dès lors que les propos contestés provoquent, sans être suivis d'effet, à une discrimination non sanctionnée pénalement »*. Dans l'état actuel du droit, sont sanctionnées uniquement l'incitation à la discrimination

dans les domaines prévus par l'article 225-2 du C. pén., c'est-à-dire : le refus de fournir un bien ou un service ; l'entrave à un exercice normal d'une activité économique ; le refus d'embaucher ; la subordination d'une offre d'emploi à l'orientation sexuelle et le refus d'accepter une personne dans un stage de formation ou une réadaptation professionnelle.

Par un jugement du 24 janvier 2006, le tribunal correctionnel de Lille a déclaré le député Christian VANESTE (UMP) coupable du délit d'injure publique envers un groupe de personnes, à raison de leur orientation sexuelle du fait d'avoir déclaré que « *l'homosexualité était inférieure à l'hétérosexualité* » et qu'elle « *serait dangereuse pour l'humanité* ». Le tribunal a considéré que ces propos impliquaient « *la création d'une hiérarchisation des orientations sexuelles, dans laquelle les homosexuels sont dévalorisés* ». De même lorsque le député affirme que « *l'homosexualité est un comportement qu'il faut soit quitter, soit l'assumer dans la discrétion* », le tribunal estime que ces propos « *inspirent un sentiment de rejet ou de honte* » en imposant aux homosexuels « *soit de changer d'orientation sexuelle soit de la cacher* ». La Cour d'appel de Douai a confirmé cette décision dans un arrêt du 25 janvier 2007.

Les infractions à caractère homophobe

Diverses dispositions du C. pén. prévoient une aggravation spéciale de la peine encourue, dès lors que l'infraction a été commise au préjudice de certaines situations : dans tous les cas si la victime est un mineur de 15 ans ou si la victime est un ascendant, en raison de sa « particulière vulnérabilité » (due à l'âge, la maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique, l'état de grossesse) « apparente ou connue » de l'auteur, ainsi que de certaines qualités ou fonctions apparentes ou connues de l'auteur. C'est le cas en matière de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner ou une incapacité de travail, des violences habituelles sur un mineur de 15 ans, du viol et de l'agression sexuelle ou encore du « bizutage ». Il en va de même en matière d'atteinte aux biens, notamment en matière de destruction, dégradation et détérioration. Cette aggravation légale de la peine ou de l'infraction (par le biais de sa correctionnalisation) signifie que le contexte particulier dans lequel elle a été commise apparaît comme « plus grave que d'ordinaire ». Justifiée par l'appréciation d'une particulière vulnérabilité de la victime, cette aggravation permet également d'énoncer une condamnation morale de principe, c'est « souvent le moyen d'exprimer dans la loi pénale la réprobation particulière suscitée par certains agissements ». À propos du meurtre raciste, la circulaire du 14 mai 1993 parle ainsi de circonstances rendant le crime « *particulièrement odieux* ».

Une loi du 18 mars 2003 sur la « sécurité intérieure », dans le prolongement de celle du 3 février 2003 « *visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite et xénophobe* », introduit dans le C. pén. une circonstance aggravante en raison de « l'orientation sexuelle » vraie ou supposée de la victime. Le critère d'« orientation sexuelle » a donc été ajouté systématiquement à la liste des autres circonstances aggravantes mentionnées ut supra mettant fin ainsi à la discrimination que (en matière pénale) subissaient les homosexuels. Désormais, le mobile homophobe est considéré aussi odieux que le mobile raciste ou antisémite.

Le meurtre est ainsi puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime (article 221-4 du C. pén.). Selon l'article 222-11 du C. pén., « *les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ». Lorsqu'elle

est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime, cette même infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Le tribunal correctionnel de Marseille a condamné le 5 avril 2006 à des peines allant de deux à douze mois de prison ferme les six agresseurs mineurs d'un gay. Le mineur le plus impliqué dans l'agression physique se voit infliger deux ans de prison dont un an ferme. Le caractère homophobe de l'agression a été retenu par le tribunal, qui octroie aussi des dommages et intérêts aux associations SOS Homophobie et à la Ligue des Droits de l'Homme, parties civiles au procès.

CHAPITRE II

L'emploi et le travail

Notre législation du travail n'a jamais contenu de disposition instituant directement et explicitement des discriminations en raison de l'orientation sexuelle du salarié. Seul à une époque, le statut général de la fonction publique a comporté une règle susceptible de viser indirectement un fonctionnaire en raison de son homosexualité[2]. Au contraire, parallèlement aux nombreuses recommandations et résolutions européennes dénonçant depuis le milieu des années 1980 l'illégitimité de tout traitement discriminatoire fondé sur l'homosexualité dans la relation de travail[3], le législateur a progressivement renforcé la prohibition de ces comportements[4]. Dans un premier temps énoncée à propos du règlement intérieur

2. L'article 40 du statut général de la fonction publique disposait en effet des exigences de « *bonnes mœurs* » et « *bonne moralité* » des fonctionnaires. Cette disposition a été abrogée en 1983 (loi nº 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO* 14 juillet 1983, p. 2174). À l'exception de son article 31, la loi du 13 juillet 1983 constitue désormais le Titre 1er du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales. Relevant du droit public, ce statut ne sera pas spécifiquement étudié ici. Notons seulement qu'en pratique, la situation du point de vue du droit des discriminations ne varie pas fondamentalement. Pour preuve, les ajouts au C. trav. résultant de la loi nº 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations ont également bénéficié au statut des fonctionnaires.

3. *Cf.* les différentes résolutions du Parlement européen : résolution du 13 mars 1984 sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail (*JOCE* nº C 104/46 du 16 avril 1984) : « [...] *considérant en outre que, même dans les États membres dont la législation ne considère pas l'homosexualité entre adultes comme un délit, les homosexuels sont victimes de discriminations de fait sur le plan du travail (engagement, travail) et de la sécurité de l'emploi* [...] ; *fait remarquer que, dans la lutte contre les discriminations de toute nature, l'on ne peut ignorer ou accepter passivement, les discriminations de fait ou de droit, fût-ce à l'égard des homosexuels; déplore toute discrimination motivée par la tendance sexuelle d'un individu;* [...] *demande à la Commission de a) reprendre l'initiative concernant les licenciements individuels afin d'empêcher* [...] *que ne se produisent des abus individuels pour des motifs inhérents à la vie privée, b) présenter des propositions visant à éviter que, dans les États membres, les homosexuels ne soient victimes de discriminations sur le plan de l'accès au travail et des conditions de travail* [...] ». Résolution du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne : « [le Parlement] *invite la Commission à présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes* ; [...] *considère que cette recommandation devrait, tout au moins, chercher à mettre un terme à* [...] t*oute discrimination au niveau du droit du travail et du droit de la fonction publique* [...] ». Résolution du 17 décembre 1998 sur les Droits de l'Homme dans l'Union européenne (nº B4-0824 et 0852/98) dans laquelle le Parlement « [...] *demand*[ait] *à nouveau que l'on abolisse toute forme de discrimination à l'encontre des homosexuels et des lesbiennes, en particulier pour ce qui a trait à l'âge de consentement, aux droits civiques, au droit de travailler, aux droits dans le domaine social et économique, etc.* » (§ 54). Résolution du Parlement européen sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne A-5-0223/2001. *Cf.* également la recommandation 934 (1981) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels : « [l'Assemblée] *estimant que, dans les sociétés pluralistes d'aujourd'hui, au sein desquelles la famille traditionnelle garde naturellement toute sa place et sa valeur, des pratiques telles l'exclusion des personnes de certains emplois en raison de leurs penchants sexuels, l'existence d'actes d'agression à leur encontre ou la tenue de fichiers sur ces personnes, sont des survivances de longs siècles de préjugés* [...] ; *recommande au Comité des ministres d'inviter les États membres* [...] *à assurer ni plus ni moins que l'égalité de traitement des homosexuels et matière d'emploi, de rémunération et de sécurité de l'emploi, notamment dans le secteur public* ».

4. À propos des développements récents du principe de non-discrimination en droit social, *cf.* « Le principe de non-discrimination en droit social » (actes d'un colloque tenu le 2 décembre 2000), *Dr. ouv.*, mai 2001, nº 263.

(article L. 122-35 C. trav.)[5], elle a été successivement étendue aux différents stades de la relation de travail : depuis 1990, l'interdiction des discriminations en raison de l'homosexualité concerne le déroulement de la relation de travail[6] et une loi du 31 décembre 1992 l'a étendue au recrutement (article L. 122-45 C. trav.)[7]. Jusqu'à récemment, cette prohibition prenait corps dans le visa par le C. du trav., des mœurs de l'individu. La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a ajouté à ces différentes dispositions, la notion d'orientation sexuelle. C'est donc à cette dernière terminologie qu'il convient aujourd'hui de se référer s'agissant de l'illégitimité, dans les secteurs privé et public, des différences de traitement en matière d'emploi motivées par l'homosexualité, l'hétérosexualité ou la bisexualité[8]. Enfin, concernant le principe même de non-discrimination, il faut noter que le législateur français a transposé dans son intégralité la directive communautaire 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, complétant ainsi le dispositif mis en place en 1986. Depuis, les stagiaires bénéficient eux aussi d'une protection contre toutes pratiques discriminatoires, l'article L. 122-45 premier alinéa dispose qu'« *aucune personne ne peut être écartée* [...] *de l'accès à un stage ou d'une période de formation en entreprise* ».

S'agissant de la mise en œuvre de ces dispositions anti-discriminatoires à propos de l'orientation sexuelle, très peu de décisions ont pu être collectées. Cette absence de jurisprudence ne permet cependant pas de conclure à l'inexistence dans les faits de discriminations motivées par l'orientation sexuelle, et notamment l'homosexualité. Si besoin était, les thèmes du racisme et du sexisme au travail peuvent en témoigner. En effet, en ce qui concerne les discriminations fondées sur le sexe et la race (et/ou l'origine ethnique) dans la relation de travail, tous les observateurs s'accordent pour dénoncer le décalage existant entre, d'un côté, le maillage relativement étroit constitué par l'actuel arsenal juridique – qu'il s'agisse de la diversité des situations envisagées, de la diversité et de la sévérité des sanctions encourues – et, de l'autre, la permanence dans les faits de différences de traitement sur ces fondements. Ainsi, en 1997, soit vingt-cinq ans après l'adoption de la première loi pénalisant les comportements racistes et discriminatoires[9], la Commission consultative des Droits de l'Homme désignait dans son rapport annuel le lieu de travail comme un « *lieu d'expression privilégié des discriminations* »[10]. Elle dressait le constat du caractère « *inopérant* » en pratique

5. Article 16 de la loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* 18 janvier 1986, p. 888.

6. Article 9 de la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *JO* 13 juillet 1990, p. 8272.

7. Article 27 du Titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JO* 1er janvier 1993, p. 19.

8. Notons que, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a également porté modification du droit de la fonction publique : désormais, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose désormais qu'« *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison* [...] *de leur orientation sexuelle* ».

9. Dispositions des articles 6 et 7 de la loi n° 72-546 du 1er juillet 1972, intégrés aux articles 187-1 et 416 du C. pén., puis 225-1 et s., et 416 à 416-2 du C. pén., *JO* 2 juillet 1972, p. 6803. *Cf.* J. FOULON-PIGANIOL, « La lutte contre le racisme (commentaire de la loi du 1er juillet 1972) », *Dalloz* 1972, *Chron.* p. 261.

10. Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, « Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche » in *La lutte contre le racisme et la xénophobie (exclusion et droits de l'homme)*, rapport 1997, *op. cit.*, pp. 69-99. Selon ce rapport, « *malgré une évaluation difficile du phénomène, celui-ci est une réalité bien tangible.* [...] [il] *s'avère être en réalité d'une grande ampleur* ». Sur la discrimination raciale à l'embauche notamment, *cf.* P. BATAILLE, *Le racisme au travail*, Paris, éditions La Découverte, 1997, spéc. pp. 105-143.

des textes prohibant ces comportements[11]. Cette même inefficacité caractérise les discriminations visant les femmes : malgré les interventions successives du législateur en matière d'égalité des sexes devant l'emploi[12], les différentes enquêtes menées sur l'égalité de traitement des hommes et des femmes au travail révèlent que les discriminations demeurent et s'inscrivent dans une dimension structurelle[13].

Bien qu'il n'existe actuellement en France peu d'études sociologiques relatant l'existence, l'ampleur et les effets des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi[14], d'autres sources font état de nombreuses pratiques *a priori* susceptibles de tomber sous le coup de la loi. Ainsi, les appels reçus en France par des associations spécialisées rapportent l'existence de « *difficultés* » rencontrées dans le monde du travail par des individus, en raison de l'homosexualité[15] : il peut s'agir d'intimidations et/ou d'insultes, de menaces de licenciement, parfois mises à exécution, des mutations, le non-renouvellement de contrats de travail ou bien encore des démissions forcées[16]. Les conclusions inquiétantes d'études et d'enquêtes réalisées cette fois en Europe et outre-Atlantique (États-Unis, Canada) incitent à s'interroger sur l'effectivité en France de la lutte contre ces discriminations.

Dans ces conditions, ces témoignages impliquent afin d'appréhender correctement les réalités en matière d'emploi à propos de l'orientation sexuelle, la nécessité de dépasser la quiétude juridique apparente. L'existence d'une discrimination n'a jamais dépendu de sa propension à être visible, ce d'autant moins que la révélation de ces pratiques discriminatoires se heurte à de nombreuses difficultés (peur des sanctions et notamment de la perte de son emploi, renoncement face à la difficulté d'en rapporter la preuve).

11. Entre 1990 et 1995, seules dix condamnations pour discrimination raciale en matière d'emploi ont été prononcées sur le fondement des articles 225-1 et suivants du Code pénal, *cf.* le rapport de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, *op. cit.* note 146, p. 74. En 1975, J. FOULON-PIGANIOL remarquait que « *L'actualité continue* [...] *à nous déverser le flot saumâtre d'un racisme, certes "à la française", mais qui n'en laisse pas moins un sentiment de honte et rebute le narrateur.* [...] *Il est certain, ce qui n'a d'ailleurs rien de surprenant, que la difficulté de la preuve est en pareille matière souvent un obstacle à l'efficacité des poursuites. Parfois aussi l'existence de la loi n'aboutit qu'à rendre l'expression du racisme plus habile, plus feutrée, plus insaisissable, ce qui ne peut guère être estimé satisfaisant.* L'auteur se demandait alors *si ce vote du texte à l'unanimité n'a pas, chez certains du moins, tout simplement traduit le sentiment qu'un tel texte était au fond de peu de conséquence, tout en permettant à peu de frais de rassurer Gouvernement, Parlement et citoyens* » (« La lutte contre le racisme. Esquisse d'un bilan de trois années de jurisprudence », *Dalloz* 1975, *Chron.* p. 159).

12. Sur cette question, *cf.* notamment E. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé*, Perpignan, Presses universitaires de Prepignan, 1997, spéc. pp. 71 et s.

13. Les observateurs désignent de nombreux indicateurs des discriminations de fait dont sont encore victimes les femmes. Pour toutes ces données, *cf.* notamment : « Égalité entre femmes et hommes : aspects économiques », rapport du Conseil d'analyse économique, par B. MAJNONI d'INTIGNANO, Paris, La Documentation française, 1999 ; *Les femmes*, INSEE, 1995 ; M. MARUANI, « Les temps modernes de l'emploi féminin », *in* « Femmes : le mauvais genre ? », *Manière de voir*, *Le Monde diplomatique*, mars-avril 1999, pp. 34-36 ; « La mécanique bien huilée des inégalités femmes-hommes », dossier *Le Monde-Économie*, 9 mars 1999.

14. *Cf.* notamment : C. FALCOZ, « Virilité et accès aux postes de pouvoir dans les organisations », *Travail, Genre et Sociétés*, nº 12, pp. 145-170.

15. Il s'agit de SOS Homophobie et de La Ligne Azur. Cette dernière est une ligne d'écoute spécifique de Sida Info Service, destinée à recevoir les appels concernant des interrogations ou une détresse liées à l'homosexualité. Quant à l'association SOS Homophobie, elle se définit comme « *un observatoire de l'homophobie en France* ». Elle recueille des témoignages, notamment sur sa ligne d'écoute, qui sont ensuite analysés afin de quantifier et de qualifier les réalités des manifestations d'homophobie. Toutes deux éditent un rapport annuel.

16. *Cf.* notamment le rapport 2005 de l'association SOS Homophobie ; le rapport 2001 constatait déjà « *la recrudescence de témoignages d'homophobie dans le monde du travail* » comme « *un fait marquant* » ; selon les auteurs, « *une telle progression ne signifie pas tant qu'il y a plus d'homophobie dans le monde du travail, mais que les homosexuels harcelés, insultés, licenciés sont plus enclins à s'insurger contre ces pratiques qui restent très quotidiennes* » (pp. 93-96).

Suivant le découpage chronologique de la relation de travail, c'est-à-dire le recrutement, l'exercice de la relation de travail et la fin de cette relation, il s'agit de pointer les situations déjà discriminatoires ou qui le sont potentiellement, celles dans lesquelles une vigilance particulière doit s'exercer, tout en envisageant le renforcement ou la mise en place d'outils juridiques propres à assurer une protection efficace contre ces comportements prohibés[17].

L'accès à l'emploi

Chronologiquement, la discrimination est tout d'abord susceptible d'opérer lors de l'embauche, l'employeur décidant d'écarter le candidat en raison de son orientation sexuelle réelle ou supposée (§ 1). En outre, en infraction à la loi, de récentes affaires ont révélé le fichage de l'orientation sexuelle (et en l'espèce de l'homosexualité), notamment des personnes embauchées (§ 2).

LA DISCRIMINATION À L'EMBAUCHE

L'article L. 122-45, alinéa 3 du C. trav. dispose qu'« *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement* [...] *en raison de son orientation sexuelle* ». Outre une réparation en terme de dommages et intérêts, l'auteur de cette discrimination encourt une sanction pénale sur le fondement de l'article 225-2-3 du C. pén.[18]. Par ailleurs, la protection contre les discriminations notamment à l'embauche a été renforcée : depuis la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre la discrimination, le candidat à l'embauche qui s'estime victime peut en effet invoquer l'existence, soit d'une discrimination directe, soit d'une discrimination indirecte (article L. 122-45 C. trav.).

Précisons concernant l'orientation sexuelle que celle dont il s'agit (hétérosexuelle, homosexuelle ou bisexuelle), est celle perçue par l'employeur, indifféremment de sa pertinence : ainsi, il se peut que l'employeur refuse d'embaucher un candidat pensant qu'il est homosexuel, alors qu'il est en réalité hétérosexuel. Comme dans les domaines suivants (en cours d'emploi, lors de la rupture), il conviendra donc de considérer l'orientation sexuelle réelle ou supposée de la victime. En outre, la charge de la preuve pesant sur ce dernier a été allégée : aux termes de la loi du 16 novembre 2001, il ne lui incombe plus de rapporter la preuve formelle de la discrimination sur ce fondement, mais de « *présente*[r] *des éléments de fait laissant supposer* [son] *existence* » ; s'ils sont retenus par le juge comme rendant vraisemblable la discrimination, il incombera alors au défendeur de rapporter la preuve que sa décision est « *justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »[19]. À défaut, l'existence d'une discrimination sera établie.

17. Pour une analyse approfondie de la question voir : D. BORRILLO, « Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : le cas de la France » in *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : législation dans quinze États membres de l'Union européenne*, rapport du Groupe européen d'experts dans le domaine de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail, http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/public/pubsg_fr.htm

18. Article 225-2-3° C. pén. : « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste* [...] *à refuser d'embaucher* [...] *une personne* ».

19. Article L. 122-45 C. trav.

Différents témoignages relatent des refus d'embauche, soit ouvertement motivés lors du recrutement par l'homosexualité du candidat, soit implicitement, mais donnant néanmoins au candidat le sentiment d'avoir été victime d'une telle discrimination[20]. Par ailleurs, les craintes – fondées ou non – exprimées par certains salariés déjà en poste quant à la connaissance que leur employeur pourrait avoir de leur homosexualité, sont significatives[21] : si cette circonstance risque de constituer un critère d'appréciation négatif dans la relation de travail, ceci serait *a fortiori* également valable lors de l'embauche.

Certes, d'un point de vue strictement juridique, de simples témoignages ne suffisent pas à établir l'existence de pratiques discriminatoires à l'embauche sur le fondement de l'orientation sexuelle. Mais si, jusqu'à maintenant, la pratique judiciaire n'a que rarement révélé l'existence de tels comportements, c'est avant tout, et dans une très large mesure, en raison de l'incapacité du droit français à appréhender la discrimination quelle qu'elle soit. En effet, jusqu'aux modifications du droit du travail résultant de la loi du 16 novembre 2001, notre outil juridique, en exigeant des éléments matériels là où justement s'exprime plutôt la subjectivité et l'immatérialité, ne pouvait que demeurer ignorant du phénomène discriminatoire.

L'allégement de la charge de la preuve incombant à celui qui s'estime victime d'une discrimination, de même que la possibilité d'invoquer l'existence d'une discrimination indirecte, c'est-à-dire fondée sur un critère apparemment neutre, doivent aujourd'hui mettre le juge dans de meilleures dispositions afin de saisir ces comportements et d'en donner une mesure plus réaliste, notamment dans le cadre de l'embauche.

LE FICHAGE DE L'ORIENTATION SEXUELLE

Les comportements discriminatoires sur le fondement de l'orientation sexuelle au moment du recrutement peuvent se doubler de la constitution de fichiers (informatiques ou manuels) spécifiant l'homosexualité du candidat. Différentes affaires ont en effet mis à jour les pratiques de certains services de gestion du personnel ou de cabinets chargés du recrutement.

Ce fichage de l'orientation sexuelle est cependant absolument prohibé depuis 1992 et pénalement sanctionné, cette interdiction étant valable en matière de recrutement et de gestion du personnel. L'article 31 de la loi « informatique et libertés » dispose qu'il est interdit « *de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les*

20. L'enquête réalisée en 1993 à propos de la situation en Grande-Bretagne par l'association *Stonewall* (A. PALMER, *Less Equal Than Others : A Survey of Lesbian & Gay Men at Work*, Stonewall, 1993) révèle que 22 % des gays et lesbiennes interrogés savent ou suspectent qu'ils ont été discriminés dans le cadre d'une recherche d'emploi du fait de leur homosexualité connue ou supposée. Parmi eux 5 % ont la certitude d'avoir été discriminés à cette occasion et 17 % le suspectent.

21. « *J'ai peur que dans mon entreprise on se rendre compte que je suis homo* [...] » (homme, 25/29 ans). « *C'est surtout pour le boulot que j'ai très peur. Si ça venait à se savoir, ce serait un risque très grand* » (homme, 25/29 ans). « *Je vis dans le mensonge. Personne, absolument personne autour de moi ne sait que je suis homo. Je n'ai pas voulu le reconnaître pendant longtemps, j'ai voulu me guérir, mais depuis un an, je me suis fait à l'idée, je sais que c'est définitif. Quand on a reçu une éducation entièrement basée sur la construction d'une famille et les rapports entre hommes et femmes, c'est difficile. C'est surtout pour le boulot que j'ai très peur. Si ça venait à se savoir, ce serait vraiment un très grand risque* » (homme, 25/29 ans), témoignages recueillis sur la Ligne Azur. « *Je travaille dans un milieu d'hommes, très machiste. La règle, c'est marié trois enfants, et la femme suit la carrière de son mari. En embauchant une femme, mon entreprise fait déjà preuve d'ouverture. S'ils savaient que je suis homosexuelle, tout s'effondrerait* » (une salariée dans un groupe industriel de l'ouest de la France), témoignage rapporté par *Libération*, 22 novembre 1999, supplément « Emploi », dossier « Au bureau pour vivre gay, vivons cachés ».

mœurs des personnes »[22]. La CNIL est chargée de veiller au respect des dispositions de la loi, et des poursuites pénales peuvent également être engagées sur les fondements des articles 226-16 à 226-24 du C. pén.

On observe que, de fait, la réglementation en vigueur confère à cette prohibition relative aux mœurs un statut particulier. En effet, si, comme pour toutes les données visées ci-dessus, un « *motif d'intérêt public* » pourrait « *sur proposition ou avis conforme de la Commission par décret en Conseil d'État* », déroger à l'interdiction de faire apparaître de telles données (article 31, alinéa 3 de la loi « informatique et liberté »), la faculté conférée aux juridictions judiciaires et administratives « *pour l'exercice de leur fonction, à mettre ou à conserver en mémoire informatisée les données nominatives nécessaires à l'instruction et au jugement des litiges* [...] *et à l'exécution des décisions de justice* [...] »[23] est quant à elle exclusive des mœurs : cette circonstance n'apparaît pas dans les données visées par une éventuelle autorisation.

La constitution de fichiers traitant l'orientation sexuelle des salariés demeure cependant difficile à contrer, à moins d'être découverte à l'occasion d'un contrôle inopiné ou d'une dénonciation. Chaque année, la CNIL n'opère en effet que de trente à cinquante missions de contrôle des fichiers informatiques ou manuels déclarés par les administrations, collectivités locales, associations ou entreprises. De plus, notamment l'orientation sexuelle d'un salarié ou d'un candidat à l'embauche peut également faire l'objet de fichiers officieux, c'est-à-dire non déclarés auprès de la CNIL et qu'elle ne sera donc jamais susceptible de contrôler. Enfin, on peut craindre que, à la différence d'autres critères discriminatoires comme l'origine, la « race » ou le sexe, et à l'instar de la religion ou de l'appartenance syndicale, la tentation de constituer de tels fichiers à propos de l'homosexualité, soit grande : l'orientation sexuelle est en effet dépourvue de tout signe extérieur permettant d'en préjuger, à la différence de la consonance étrangère d'un nom, de la couleur de la peau ou du sexe dont la visibilité peut suffire à l'employeur discriminant.

Lors d'une mission de contrôle en 1999, la CNIL a ainsi découvert un fichier manuel de recrutement mis en œuvre par les laboratoires Servier qui comportait notamment une fiche relative à un candidat à l'embauche portant la mention « *pas le profil – homosexuel* »[24]. Illustrant l'existence cette fois de fichiers occultes, citons le cas de la Société *Alsthom Energy Systems* dont la direction des ressources humaines avait adressé aux chefs de service un questionnaire portant sur la vie privée de 548 salariés. Les réponses ont fait l'objet d'un fichier mettant en rapport certains renseignements (état de santé moral et physique, vie privée) et appréciations, notamment sexistes, avec l'éventualité d'une suppression de poste. Au-delà du caractère non-pertinent des informations recueillies, l'existence de ce fichier n'avait été révélée ni à la CNIL, ni aux salariés, en infraction aux obligations légales[25].

22. Loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Les « mœurs » y ont été ajoutées par la loi nº 92-1336 du 16 décembre 1992 ; à l'occasion de l'adoption de la loi du 16 novembre 2001, comme il l'a fait en revanche en droit pénal et en droit du travail, le législateur n'a pas ajouté l'orientation sexuelle à la liste des caractéristiques prohibées. Concernant les différentes orientations sexuelles, elles doivent donc aujourd'hui être considérées comme entrant dans la catégorie mœurs.

23. Décret nº 90-115 du 2 février 1990.

24. Communiqué de presse de la CNIL, 13 juillet 1999. Estimant que les dispositions précitées ont été méconnues, elle a, dans une délibération du 8 juillet 1999, dénoncé les faits au procureur de la République de Nanterre. Une enquête préliminaire pour infraction au C. trav. et infraction à la loi informatique et liberté a été ouverte (*cf. Le Monde*, 11 décembre 1999).

25. Affaire révélée par *L'Humanité*, 27 et 31 août 1999. *Cf.* également *Le Monde*, 4 septembre 1999. Une enquête judiciaire a été ouverte qui a donné lieu à un procès en février 2002.

La relation de travail

De nombreux salariés gays ou lesbiennes font état de leurs craintes que leur orientation sexuelle soit découverte par leur employeur ou leurs collègues de travail et que, par voie de conséquence, leur crédibilité, leur autorité, leur compétence, leur carrière, voire leur emploi soient remis en question. Le lieu de travail est un endroit où la sexualité est présente, ne serait-ce qu'au travers des conversations ou confidences quotidiennes concernant la vie privée, familiale ou sexuelle. Si c'est un lieu sexualisé, il s'agit cependant généralement d'une sexualité hétérosexuelle. S'il est question d'homosexualité, des témoignages font plutôt état de commentaires, d'insultes et autres réflexions, parfois quotidiennes, visant cette orientation sexuelle en général, certains employés en particulier[26]. En outre, pour ces raisons, des salariés gays ou lesbiennes n'imaginent pas partager avec leur environnement de travail leurs problèmes de couple, leurs rencontres ou leurs vacances avec leur partenaire[27].

Ces interrogations et ces craintes pourraient être considérées comme relevant exclusivement de la vie privée. Certes, l'orientation sexuelle des salariés, quelle qu'elle soit, n'a en principe rien à voir avec le contrat de travail et l'exercice de la relation de travail proprement dits ; mais concrètement, tout salarié s'inscrit dans un univers, « *le monde du travail* », c'est-à-dire « *un lieu de sociabilité où circulent les humeurs, les émotions, les idées, mais aussi les opinions, qui se forgent le plus souvent au dehors* »[28]. Ainsi, tout comme le racisme ou le sexisme, l'homophobie est elle aussi susceptible de trouver « *un relais* » dans l'organisation du travail : l'homophobie dans « *le monde du travail* » n'est autonome ni dans ses origines, ni dans ses effets, d'une stigmatisation sociale plus générale de l'homosexualité. Et, de fait, de nombreux témoignages rapportent l'existence de commentaires, d'insultes et autres réflexions quotidiennes concernant l'homosexualité. Ainsi, il convient de se pencher sur les conditions d'une mise en œuvre intégrale et efficace du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle en matière d'emploi. Dans ce dessein, la question spécifique du règlement intérieur et des notes de service doit être distinguée du thème plus général de la situation des salariés en cours d'emploi.

LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR ET LES NOTES DE SERVICE

L'article L. 122-35 du C. trav. dispose dans son alinéa premier que le règlement intérieur « *ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées*

26. *Cf.* les rapports annuels de l'association SOS Homophobie, depuis 1998. *Cf.* également les rapports « Livre blanc » de l'association L'Autre Cercle sur l'homophobie au travail : http://www.autrecercle.org/

27. « [...] *je ne parle jamais de ma vie privée à mes collègues. Je leur dit que je suis célibataire. Mais pas sans sexualité, car je passerai pour une vieille fille frustrée, ce n'est pas bon. Je m'invente donc des aventures* [hétérosexuelles]*, cela les rassure*». « *Moi, je raconte tout ce qu'on vit, mais je dis "il" : mon copain va bien, il est venu à Paris ce week-end* (jeune femme) ». « [...] *à la fin, j'ai été contraint de m'inventer une petite copine. Mon ami s'appelle Dominique, j'ai gardé le même prénom. Parfois j'ai même renchéri dans l'homophobie afin de prouver que j'étais du bon côté* », témoignages rapportés dans *Libération*, supplément « Emploi », *op. cit.* « [...] *avec les collègues, c'est dur aussi. Quand elles me parlent de leur week-end, je suis obligée de mentir. Ma copine en plus a du mal à accepter que je ne veuille pas la présenter; elle croit que c'est parce que je ne l'aime pas. Mais en fait, c'est juste parce que, pour le moment, je suis incapable de revendiquer mon homosexualité face aux autres* » (femme, 26 ans), témoignage recueilli sur la Ligne Azur.

28. P. BATAILLE, *op. cit.*

au but recherché »[29]. Sous certaines conditions, les nécessités de l'entreprise peuvent donc justifier que l'employeur édicte des clauses qui limiteraient les droits et libertés des individus. Cependant, l'alinéa 2 de l'article L. 122-35 permet d'affirmer qu'en toute hypothèse, il ne pourrait légalement prendre en considération certains caractères propres du salarié, et notamment son orientation sexuelle : il dispose que le règlement intérieur « *ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, de leur apparence physique, de leur patronyme, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale* ». De telles clauses dans le règlement intérieur seraient discriminatoires : l'employeur ne peut édicter de mesure qui établirait une différence de traitement entre salariés autrement motivée que par leurs capacités professionnelles.

Pour une partie de la doctrine, il existerait une contradiction entre les deux alinéas de l'article L. 122-35. En effet, si l'alinéa 2 dispose une prohibition absolue des traitements discriminatoires, elle « *discerne difficilement* » comment l'employeur pourrait alors, conformément à l'alinéa premier, édicter dans le règlement intérieur une clause restreignant les droits et libertés des personnes justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, qui n'établirait que des discriminations « *à capacité professionnelle égale* »[30]. En fait, ces dispositions ont, en se complétant, vocation à assurer une protection efficace des droits fondamentaux des salariés puisque, si une clause du règlement intérieur n'est pas déjà considérée en soi comme attentatoire aux droits et libertés des salariés, il restera possible de contester son caractère individuellement discriminatoire sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 122-35[31].

À notre connaissance, aucune disposition d'un règlement ayant trait directement aux mœurs – comme synonyme d'homosexualité des salariés – n'a à ce jour été soumise à l'inspection du travail[32] ou au juge judiciaire[33]. On peut cependant affirmer qu'elle serait jugée illégale, de même que si étaient en cause, non les capacités professionnelles des salariés, mais leur sexe, leur situation de famille, leur origine, leur opinion ou leur confession[34]. En outre, il convient d'envisager que cette prohibition soit également étendue en pratique aux

29. L'article L. 122-29 du C. trav. soumet aux dispositions applicables au règlement intérieur « *les notes de service ou tout autre document qui porte prescription générale et permanente dans les matières mentionnées à l'article L. 122-34* [...] », c'est-à-dire en principe relatif à la discipline et aux mesures d'hygiène et de sécurité. La question est posée par la doctrine de savoir si on doit écarter une interprétation littérale de ce texte qui ferait échapper aux règles du règlement intérieur tout acte unilatéral de l'employeur posant des règles générales et permanentes mais qui ne serait pas en rapport avec les domaines visés par l'article L. 122-34 (par exemple la fixation des règles relatives à l'essai, à la mise en retraite, aux mutations non disciplinaires). Pour le rejet de cette interprétation restrictive, *cf.* G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, collection « Précis », nº 882, Paris, Dalloz. Comme pour tout autre motif prohibé, la question d'une telle disposition ayant trait à l'orientation sexuelle peut théoriquement se poser.

30. J. GRIMALDI d'ESTRADA, « Contrat de travail : exécution, règlement intérieur », *Juris-Classeur Travail*, fascicule 18-30, nº 185.

31. *Cf.* Y. CHALARON, « Règlement intérieur et notes de service », *Encyclopédie Dalloz*, nº 105.

32. L'article L. 122-37 du C. trav. prévoit en effet que l'inspecteur du travail « *peut à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires aux articles* L. *122-34 et L. 122-35* », sa décision étant susceptible d'un recours administratif.

33. Article L. 122-37, alinéa 3 C. trav.

34. On peut estimer que l'absence de recours sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 122-35 est probablement du, d'une part, au caractère absolu de la prohibition, ainsi que, d'autre part, au caractère explicite de telles discriminations ne permettant pas de compter sur l'impossibilité pour le salarié d'en rapporter la preuve. Ce qui n'est pas le cas concernant l'alinéa 1er comme le rapporte la doctrine : « *Les inspecteurs du travail affirment n'avoir autant vu, depuis la réforme du 4 août 1982, de clauses du règlement intérieur limitant les libertés des salariés* », G. LYON-CAEN, *op. cit*.

dispositions du règlement intérieur qui seraient indirectement discriminatoires, c'est-à-dire celles qui, bien qu'apparemment neutre, seraient cependant à l'origine d'un désavantage à l'égard d'une proportion nettement plus importante d'employés appartenant à une certaine orientation sexuelle.

LES DROITS DES SALARIÉS EN COURS D'EMPLOI

Jusqu'à récemment, pour la jurisprudence, s'agissant des droits et avantages que les statuts de l'entreprise pouvaient accorder au concubin d'un employé, l'employeur était fondé à opérer une discrimination entre ses salariés en raison de l'homosexualité. En 1989, dans une série d'arrêts de principe, la Cour de cassation avait rejeté notamment le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait débouté de sa demande, un salarié d'Air France souhaitant obtenir, au profit de son compagnon, le bénéfice de billets spéciaux offerts au « *conjoint en union libre* » des agents de la compagnie[35]. Reprenant la motivation de la juridiction du fond, la Cour de cassation avait jugé que « *cette réglementation* [...] *doit être compris* (sic) *comme ayant entendu avantager deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut constituer qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* »[36].

Depuis la loi du 15 novembre 1999, les couples de concubins homosexuels doivent avoir indifféremment accès aux droits et avantages accordés aux couples par l'employeur[37]. De plus, le législateur a inséré dans le C. civ. un article 515-8 qui définit le concubinage comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Dès lors, le refus de l'employeur de considérer comme un concubinage, l'union de fait entre deux personnes de même sexe constituerait objectivement une discrimination prohibée. Il n'a par ailleurs pas vocation à apprécier la réalité de ce concubinage, la seule déclaration doit en principe le lier[38]. Cette même loi a également mis en place le statut du PaCS, définit à l'article 515-1 du C. civ. comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Compte tenu de cette définition légale, de même qu'à propos du concubinage, un employeur ne peut donc instituer aucune différence de traitement concernant les droits et avantages éventuellement accordés aux salariés liés par un PaCS ou à leur partenaire, selon l'orientation sexuelle du couple. Elle serait illégitime au regard de l'article 515-1 du C. civ.

En dehors de ces hypothèses explicitement constitutives d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, on pourrait également envisager que les salariés vivant en couple de même sexe soient victimes de la part de l'employeur d'une discrimination indirecte, interdite par l'article L. 122-45 du C. trav. Aux termes de la directive européenne 2000/78, une telle discrimination se produit « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes* [...]

35. CA Paris, 1re ch. D, urgences, 11 octobre 1985, *Dalloz* 1986, *Jur.* p. 380, note D. DENIS.

36. Cass. soc., 11 juillet 1989, (1re espèce) *X... c./Air France*, *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 583, note P. MALAURIE.

37. Loi nº 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PaCS.

38. Éventuellement pourrait-il demander la production d'un « certificat de concubinage » délivré par la mairie du lieu de résidence ? Mais là encore, il ne pourrait valablement subordonner à ce document son acceptation de la qualité de concubin des demandeurs ; celui-ci n'a en effet aucune valeur juridique : il n'est que la retranscription par les services municipaux de la déclaration faite par deux individus, à leur demande expresse.

d'une orientation sexuelle donnée, par rapport à d'autres personnes »[39]. Or, le fait pour l'employeur d'accorder certains avantages exclusivement aux couples mariés[40], dans la mesure où aujourd'hui les couples de même sexe ne sont pas autorisés à accéder au mariage civil, ne serait-il pas constitutif d'une discrimination indirecte en raison de l'homosexualité ? Car si la qualité d'époux peut apparaître à première vue comme un critère « *neutre* », dans cette situation, les couples homosexuels sont de fait désavantagés par rapport aux couples hétérosexuels : alors que parmi ces derniers, certains ne pourront pas prétendre à ces avantages particuliers parce qu'ils ne sont pas mariés (mais ils peuvent choisir de le devenir), tous les couples de même sexe ne pourront en aucun cas prétendre bénéficier de ces droits, compte tenu de l'impossibilité légale pour eux de se marier. En outre, on perçoit difficilement comment l'employeur pourrait, dans un second temps, établir que « *cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifiée par un motif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ».

LA SANCTION DU SALARIÉ HOMOSEXUEL

La nécessité de traiter la question des sanctions dans le cadre de la relation de travail à propos des gays et des lesbiennes résulte des témoignages recueillis à propos de mesures prises par certains employeurs concernant les conditions de travail de ces salariés. En effet, des mesures ont été vécues par certains d'entre eux comme de véritables brimades en raison de leur homosexualité[41]. Les témoignages recueillis à propos du comportement de certains employeurs, font ainsi état de mesures telles qu'une mutation, l'affectation à un poste temporaire, des changements d'horaires, des horaires de travail inadaptés, le retard dans l'avancement, le défaut de convocation à des réunions, l'isolement, le refus d'attribution d'une prime ou le retrait d'une place de parking, ressentis par ces salariés comme des « sanctions » en relation avec leur homosexualité. Une étude réalisée en Grande-Bretagne révèle ainsi que 24 % des gays et lesbiennes interrogés savent ou suspectent que leur orientation sexuelle a affecté leurs chances d'obtenir une promotion[42]. Cependant, juridiquement parlant, ces mesures ne constituent pas nécessairement des sanctions disciplinaires : elles peuvent relever du simple pouvoir de direction de l'employeur. Il convient d'autant plus de s'intéresser à la légalité et au régime de ce type de mesures, que des liens peuvent exister entre elles et un harcèlement motivé par l'orientation sexuelle du salarié, qu'il s'agisse de le pousser à commettre une faute afin de motiver son licenciement, de provoquer sa démission ou de créer des conditions de travail difficiles, ou bien de le sanctionner s'il refuse certaines avances. Dans les faits, de nombreux témoignages relatent également des accusations de fautes professionnelles sans que celles-ci puissent être prouvées, ce afin de stigmatiser

39. Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, article 2, 2. b). L'article L. 122-45 du C. trav. fait référence à la discrimination indirecte, mais il n'en donne pas de définition.

40. La différence de traitement pourra être d'origine légale : *cf.* le congé exceptionnel de quatre jours prévu exclusivement dans l'hypothèse du « mariage du salarié » (article L. 226-1, alinéa 1er C. trav.).

41. *Cf.* les rapports de SOS Homophobie et les « Livres blancs » de L'Autre Cercle.

42. *Less Equal than Others : A Survey of Lesbians & Gay Men at Work*, rapport *op. cit.*, pp. 6-7. Un témoignage rapporté par ce sondage illustre la manière dont l'orientation sexuelle homosexuelle peut motiver un traitement discriminatoire en cours d'emploi : au salarié d'une banque qui s'enquiert des motifs pour lesquels il s'est vu refusé une promotion interne, bien qu'il ait de meilleures qualifications, une plus grande expérience et une meilleure évaluation que le candidat retenu, l'employeur lui confie verbalement que, d'une part, il ne lui a pas semblé avoir une personnalité assez forte pour diriger une équipe importante (alors qu'il dirigeait déjà une équipe de vingt-sept personnes et que son supérieur avait reconnu ses qualités de manager) et que, d'autre part, en tant que célibataire, il ne bénéficiait pas du support conjugal nécessaire pour faire face à la pression et au temps de travail requis.

l'homosexualité du salarié[43]. Le principe de la nullité de toute sanction qui serait fondée sur les mœurs du salarié confirme que ces pratiques sont craintes[44].

Si la distinction entre les sanctions disciplinaires et les mesures relevant du pouvoir de direction de l'employeur ne semble pas devoir poser de difficultés, ces deux situations sont par ailleurs soumises à un régime identique dès lors que l'orientation sexuelle du salarié est en cause : d'une part, elles ne peuvent être discriminatoires et, d'autre part, de telles mesures pourraient être susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition du harcèlement.

La distinction entre la sanction disciplinaire et la simple modification des conditions de travail

Une mesure ne peut être qualifiée de sanction disciplinaire que si certaines conditions sont réunies. Ainsi, le législateur la définit comme « *toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié, considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa carrière ou sa rémunération* » (article L. 122-40 C. trav.). Cette définition légale trop vague ne satisfait pas la doctrine qui pointe le risque, avéré, de voir notamment se développer des sanctions déguisées échappant de fait au régime de contrôle et de garanties en matière de sanctions disciplinaires. En effet, formellement, une mesure ne peut être qualifiée de sanction disciplinaire que si l'employeur prend une décision qui « *affecte la relation de travail* », à la suite d'un agissement fautif du salarié concerné. L'exigence d'une faute disciplinaire, pourtant au cœur de la qualification[45], ne fait l'objet d'aucune définition générale. La doctrine estime cependant qu'elle suppose « *la violation injustifiée d'une obligation professionnelle* »[46].

Quoi qu'il en soit, si la mesure a été prise en dehors d'une faute objectivement imputable au salarié, elle ne peut être qualifiée de sanction disciplinaire et donc n'est pas soumise à son régime. Dès lors, la question qui se pose est de savoir si l'orientation sexuelle du salarié pourrait être valablement considérée comme une faute susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires ? Comment qualifier la mesure, autre que disciplinaire, prise en considération de l'orientation sexuelle du salarié qui affecterait ses conditions de travail ou sa carrière ? Au regard de la loi, la réponse apparaît clairement : est discriminatoire, et à ce titre nulle, toute mesure, disciplinaire ou non, qui serait motivée par l'orientation sexuelle du salarié.

La prohibition des sanctions et de « tout acte » discriminatoire

L'alinéa premier de l'article L. 122-45 du C. trav. dispose qu'« [...] *aucun salarié ne peut être sanctionné* [...] *en raison de son orientation sexuelle* [...] » et vise ainsi les sanctions disciplinaires ; l'alinéa 3 de ce même article dispose quant à lui que « *toute disposition ou tout acte* » contraire au principe de non-discrimination posé à l'alinéa premier « *est nul de plein droit* ». Le législateur affirme donc à deux reprises, dans le même texte, la prohibition de toute mesure

43. *Cf.* le rapport 1998 de SOS Homophobie, pp. 27-29. Le constat est le même pour les années suivantes.

44. Article L. 122-45, alinéa 1er et 3 C. trav. : « [...] *aucun salarié ne peut être sanctionné en raison* [...] *de ses mœurs* [...]. *Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nulle de plein droit* ».

45. *Cf.* B. BOUBLI, « Exécution du contrat de travail : droit disciplinaire », *Juris-Classeur Travail*, fascicule 18-40, nº 10 : « *En l'absence de faute du salarié, la mesure n'est pas une sanction disciplinaire ou, tout le moins, n'a aucune justification disciplinaire* ».

46. Dans ce sens, G. LYON-CAEN, *op. cit.* ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail*, tome 1 « Relations individuelles de travail », Paris, Littec, 2e éd., 1992, nº 703 : « *Constitue une faute disciplinaire tout manquement aux règles en vigueur dans l'entreprise – y compris les règles non-écrites qui imposent à chacun un comportement convenable dans les rapports avec les autres membres du personnel – et aux ordres donnés par l'employeur dans l'exercice normal de son pouvoir de direction* ».

à caractère discriminatoire notamment fondée sur l'orientation sexuelle du salarié. Comme le relève la doctrine, « *être différent n'est pas une faute* »[47] : l'orientation sexuelle du salarié ne pourrait donc légitimement constituer une faute susceptible de donner lieu à une sanction disciplinaire, une telle mesure serait nulle de plein droit. Cela est par ailleurs confirmé par l'interdiction de prévoir de telles sanctions dans le règlement intérieur. Enfin, cette protection est renforcée par les dispositions des articles L. 122-46 à L. 122-48 du C. trav. relatives au harcèlement sexuel : au terme de ces dispositions, sont nulles les sanctions qui seraient prises contre le salarié qui aurait subi ou refusé de subir les agissements visés par la loi.

Le harcèlement en relation avec l'orientation sexuelle

De même que le harcèlement sexuel est susceptible de recouvrir une variété de comportements, il n'est en réalité qu'une forme possible de harcèlement, « *un pas de plus dans le harcèlement moral* »[48]. « *Sexuel* » ou « *moral* », d'une manière générale, le harcèlement peut être défini comme une conduite abusive prenant corps dans divers comportements, et portant en substance atteinte à la dignité, à l'intégrité physique et/ou psychologique de l'individu. Après avoir pris la mesure théorique et pratique du harcèlement en relation avec l'orientation sexuelle, il conviendra d'envisager la mise en œuvre face à cette situation, des outils juridiques existants.

Les études réalisées à propos des comportements de harcèlement à caractère sexuel, c'est-à-dire liés au sexe ou à l'orientation sexuelle de la victime, révèlent les ressorts de ces pratiques et confirment le fait que les gays et les lesbiennes, ou supposés tels par l'auteur, sont en particuliers susceptibles d'être victimes de tels actes.

L'ORIGINE COMMUNE DES PRATIQUES DE HARCÈLEMENT « À CONNOTATION SEXUELLE »

Le Code pratique visant à combattre le harcèlement sexuel, publié en annexe de la recommandation de la Commission européenne sur la protection de la dignité des hommes et des femmes au travail adoptée au début des années 1990[49], présente notamment l'intérêt de passer en revue les catégories d'individus particulièrement visés et de rappeler que le harcèlement sexuel résulte avant tout de la perception par son auteur d'une « *vulnérabilité* » chez la victime potentielle. La Commission fait ainsi référence aux conclusions auxquelles sont parvenues les différentes études menées au sein des États membres de l'Union[50] qui

47. B. TEYSSIÉ, *op. cit.*

48. M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, paris, La Découverte et Syros, 1998, p. 84 ; *cf.* également H. LEYMANN, Mobbing. *La persécution au travail*, Paris, Éditions du Seuil, 1996.

49. Recommandation du 27 novembre 1991, *JOCE* nº L 49/3, 24 février 1992.

50. Un rapport réalisé à la demande de la Commission européenne (*Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'Union européenne*, Commission européenne, Direction générale emploi, relations industrielles et affaires sociales, unité V/D. 5 (égalité des chances), Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1999, 230 p.) publie deux études : d'une part, une étude néerlandaise commanditée par la DG V dans le cadre du « Programme d'action communautaire à moyen terme sur l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, 1996-2000 » : *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en Europe. Un examen de la recherche dans onze États membres*, Centre universitaire d'études sur le rôle de l'homme et de la femme, université de Groningue, M. – C. TIMMERMANN (coordinateur), C.-J. BAJEMA (chercheur), 1997. D'autre part, une étude espagnole : *Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail dans cinq pays de l'Europe du sud*, février 1998 (Espagne, France, Grèce, Italie et Portugal). Les études citées ci-après sont rapportées par cette publication.

établissent, d'une part, que le harcèlement sexuel est, dans la grande majorité des cas, le fait d'une même catégorie d'individus à l'encontre de victimes « *traditionnelles* » du harcèlement ; d'autre part, elles montrent le lien étroit et proportionnel existant entre le risque de harcèlement et le statut social précaire, marginal ou « *dominé* » de l'individu[51]. Ainsi, il s'avère que les différents types de harceleurs ont en commun une conception dominatrice du genre masculin s'accompagnant de comportements sexistes et antiféministes[52]. Si le sexe (féminin) est la caractéristique commune à la majorité des victimes, le risque de harcèlement augmente également au regard d'autres critères renvoyant à des thèmes classiques de domination : la race ou l'origine ethnique, l'âge, et plus généralement un ensemble de situations ou de positions sociales « *défavorisées* »[53].

Toutefois, selon les spécialistes, on ne peut se satisfaire des interprétations classiques de ces comportements qui mettent en avant « l'abus d'un pouvoir individuel » (hiérarchique ou d'ancienneté), l'existence de « facteurs contextuels de l'organisation » (culturels et structurels) favorisant de tels comportements, ou bien encore la « perception erronée » du harceleur[54]. L'immobilité à laquelle pourrait confiner la seule constatation de ces abus d'autorité ou de l'existence de « facteurs contextuels » doit être dépassée. En effet, ces violences physiques et morales commises dans le cadre de la relation de travail ne peuvent pas trouver de signification seulement au travers du renvoi à leur support (l'existence d'une autorité). Les différentes dispositions européennes ou internes, en choisissant de désigner ces comportements comme du harcèlement et de les réprimer, ont choisi de lutter contre l'une des expressions du pouvoir que les hommes exercent sur les femmes considérées dans un statut inférieur et subordonné, les relations de travail apparaissant comme un lieu d'illustration, d'intensification et de support de la domination masculine[55]. La question du harcèlement des individus en raison de leur orientation sexuelle – vraie ou supposée – s'inscrit dans le prolongement de cette perspective. En effet, la théorie d'une différence hiérarchisée des sexes postulée par

51. *Cf.* les conclusions du rapport espagnol (in *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'Union européenne (op. cit.)*, p. 208) : « *Dans un contexte de rapport à l'emploi de plus en plus marqué du sceau de l'incertitude et de l'instabilité, et d'un recul du droit du travail et du renforcement des rapports de domination, en particulier pour celles et ceux qui étaient déjà en situation défavorisée, on peut facilement comprendre que ces situations de précarisation constituent en elle-même un terrain favorable à l'exercice du harcèlement sexuel sur le lieu de travail* ».

52. *Cf.* FITZGERALD, « Sexual Harassment : the Definition and Mesurement of a Construct », in *Ivory Power : Sexual Harassment on Campus*, M.-A. PALUDI (sous la direction de), State University of New-York Press, cité par M.-F. HIRIGOYEN, *op. cit*.

53. Ainsi, les femmes célibataires ou divorcées courent davantage le risque d'être harcelées que les autres. De même, ce risque augmente proportionnellement au faible niveau d'étude et de revenu de la victime. Il apparaît également dans certaines études que les travailleuses temporaires, les employées récemment embauchées et les étudiants (stagiaires) sont plus fréquemment harcelés. Enfin, on a pu noter le fait que la proportion de femmes dans l'entreprise influe sur le nombre de cas de harcèlement sexuel : dans les entreprises où plus de 75 % des travailleurs sont des femmes, aucun cas de harcèlement n'a été signalé (étude nationale belge, *cf. Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en Europe*, *op. cit.*, « Belgique », p. 58.) ; *cf.* également : *Journée harcèlement sexuel : 22 juin 1993*, ministère des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville, Service des droits des femmes, 1993, ainsi que le sondage Louis HARRIS, « Perception, opinions et évaluation du harcèlement sexuel », réalisé du 9 au 13 décembre 1991.

54. En effet, en pratique le harcèlement est très souvent le fait de collègues – toutes les recherches le relèvent –; cela s'explique aisément : il n'est en effet nul besoin d'occuper un poste hiérarchiquement supérieur pour être animé par une conscience de dominant. Selon cette théorie, le harcèlement sexuel est le résultat des perceptions erronées qu'ont les hommes du comportement et des intentions des femmes. Elle suppose que les hommes qui ont tendance à comprendre erronément le comportement amical, extraverti des femmes comme le signe d'un intérêt ou d'une disponibilité sexuelle sont les plus susceptibles d'avaliser le harcèlement sexuel des femmes et de s'y adonner. Pour le détail de ces analyses, *cf. Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail dans l'Union européenne*, « Explications du harcèlement sexuel au travail », pp. 34-36.

55. Sur ce thème, *cf.* également M.-V. LOUIS, « Harcèlement sexuel et domination masculine », in *Un siècle d'anti-féminisme*, C. BARD (sous la direction de), Paris, Fayard, 1999, pp. 401-416.

le sexisme sert de support à l'hétérosexisme qui fait de l'hétérosexualité, symbole de la différence des sexes, la norme à partir de laquelle doivent être dès lors appréciées, hiérarchisées, les autres orientations sexuelles.

En outre, à cette proximité entre sexisme et homophobie risquent de voir s'additionner les haines à l'encontre des individus considérés par le harceleur comme homosexuels : la femme lesbienne qui, dans la représentation traditionnelle, défie son genre, est susceptible de subir une violence à la fois d'ordre sexiste et homophobe, et ce de la part tant d'un homme que d'une autre femme.

LA MESURE DU HARCÈLEMENT À L'ENCONTRE DES GAYS ET LESBIENNES

La recommandation de la Commission européenne sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail du 27 novembre 1991 retient une définition du harcèlement sexuel très protectrice des victimes potentielles en considérant comme « *inacceptable* [...] *tout comportement à connotation sexuelle et tout autre comportement fondé sur le sexe qui affecte la dignité des hommes et des femmes au travail, que ce comportement soit le fait de supérieurs hiérarchiques ou de collègues* [...] »[56]. Ce faisant, alors que le harcèlement sexuel est généralement présenté par le droit français comme s'entendant des pressions exercées dans un contexte hétérosexuel – c'est-à-dire entre personnes de sexe différent – dans le but d'obtenir des « *faveurs sexuelles* », il convient de mettre à jour la réalité de la diversité des victimes et des pratiques de harcèlement.

Dans le Code pratique visant à combattre le harcèlement sexuel annexé à cette recommandation, la Commission a pris soin d'attirer l'attention des États membres sur les risques de harcèlement auxquels sont plus particulièrement exposées certaines catégories d'individus[57], soulignant notamment la « *particulière vulnérabilité* » des gays et lesbiennes à ce sujet : « [...] *les lesbiennes* et *les femmes issues de minorités raciales courent un risque nettement plus grand*. *Les homosexuels et les hommes jeunes présentent également une certaine vulnérabilité face au harcèlement* »[58].

Si cet appel à la vigilance des États membres est conforme à quelques témoignages[59], il est essentiellement corroboré par les conclusions auxquelles étaient parvenues des études qualitatives et statistiques, dont certaines ont spécifiquement traité la situation des gays et lesbiennes face à ce phénomène.

Une première étude menée en Grande-Bretagne a révélé que le harcèlement est l'un des problèmes majeurs caractérisant la situation des gays et lesbiennes au travail : 48 % des personnes interrogées estiment avoir été harcelées à cause de leur orientation sexuelle

56. Recommandation du 27 novembre 1991, *op. cit*.

57. Sont ainsi visées « [...] *les femmes divorcées et séparées, les nouvelles arrivées sur le marché du travail et celles dont les contrats ne sont pas en règle, ou qui ont un statut précaire, les femmes employées à des tâches non-traditionnelles, les femmes ayant un handicap* [...] ».

58. *Code pratique visant à combattre le harcèlement sexuel*, *op. cit*. À propos des abus commis dans les relations de travail, M.-A. MOREAU (« *À propos de l'abus en matière sexuelle* », *Dr. Soc.* 1993, 115) précise que « [...] *plus de 90 % des victimes sont des femmes, les autres victimes sont de jeunes hommes, perçus comme étant homosexuels; leur point commun tient à leur vulnérabilité dans le monde professionnel* ».

59. « *Quelqu'un dans mon boulot a révélé mon homosexualité. Depuis, un homme de mon équipe me harcèle et me met sous pression. Il profite de ma culpabilité. Je ne sais plus quoi faire, je pense à me faire muter* » (homme 25 ans), témoignage recueilli sur la Ligne Azur.

homosexuelle[60]. Dans une seconde étude, 31 % des lesbiennes et 32 % des gays interrogés estiment avoir été harcelés du fait de leur sexualité dans les cinq dernières années ; 8 % ont été harcelés par des collègues ou des clients[61]. L'étude réalisée aux Pays-Bas auprès de 1 300 lesbiennes et bisexuelles entre 1988 et 1993 confirme cette situation : 23 % des personnes interrogées déclarent avoir subi des violences sexuelles sur leur lieu de travail. Concernant les types de harcèlement sexuel, dont la plupart des auteurs étaient des collègues masculins, 67 % des personnes interrogées ont répondu avoir été victimes de harcèlement sans contact, 32 % d'attouchements sexuels[62]. Enfin, une enquête allemande a collecté des données sur les auteurs de harcèlement à l'encontre des 19 % d'hommes qui ont dit avoir fait l'expérience du harcèlement au travail : si le harceleur était de sexe féminin dans 37 % des cas, il était de sexe masculin (donc du même sexe) dans 63 % des cas[63].

Afin de prendre en considération ces réalités, nous entendrons dès lors le harcèlement à l'encontre des gays et des lesbiennes comme l'atteinte portée à la dignité d'un individu dans le cadre de la relation de travail, résultant d'un comportement d'un supérieur hiérarchique, mais également d'un collègue ou d'un client, et motivé par l'orientation sexuelle homosexuelle du salarié, connue ou supposée par son auteur. Il ne fait par ailleurs aucun doute que ces comportements motivés par l'orientation sexuelle homosexuelle sont constitutifs de harcèlement sexuel, au sens où l'entend la Commission[64] : lié à l'orientation sexuelle du/de la salarié(e)[65], le comportement du harceleur est bel et bien un comportement à connotation sexuelle.

LA PROTECTION CONTRE LES COMPORTEMENTS CONSTITUTIFS D'UN HARCÈLEMENT

En droit français, jusqu'en 2001, contrairement aux recommandations européennes formulées depuis 1991, tous les comportements à connotation sexuelle tels que la Commission européenne les avait définis, n'étaient pas incriminés[66]. En effet, jusqu'alors, si le harcèlement tendant à l'obtention de faveurs sexuelles était expressément prohibé par le C. trav., en revanche, le comportement « *intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait*

60. *Less Equal than Others. A Survey of Lesbians and Gay Men at Work*, rapport *op. cit*. Étude portant sur les réponses de 1 873 personnes s'identifiant comme lesbienne, gay ou bisexuel(le). C'est à ce jour la seule étude importante ayant été menée afin de qualifier et de quantifier les discriminations dont sont victimes les gays et lesbiennes dans le monde du travail. Le terme n'a pas été défini dans ces questionnaires : la signification du harcèlement est donc propre à chaque victime.

61. A. MASON, A. PALMER, *Queer Bashing : A National Survey of Hate Crimes against Lesbians and Gays Men*, Stonewall, 1996. Ces pourcentages regroupent tous les comportements perçus par les victimes comme un harcèlement (graffiti à leurs propos, vandalisme, lettres d'insultes, coups de téléphone anonyme, menaces, chantage, rumeurs, commérages, campagnes de dénigrement au travail, licenciement, obligation de démissionner, etc.).

62. D. VAN OORT, *(On) zichtbaar. (Seksueel) geweld tegen lebische en bisexuele vroumen en meisjes*, Homostudies Utrechet, 1993 : étude citée in *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en Europe. Un examen de la recherche dans onze États membres*, *op. cit.*

63. M. HOLZBECHER, A. BRASZEIT, U. MÜLLER, S. PLOGSTEDT, *Sexuelle Belästigung am Arbeitplatz*, nº 260 in the series of the Bundesminteriums für Jugend, Frauen und Gesundheit, Stuttgart.

64. Comme le précise le *Code pratique (op. cit.)* : « *Il est indéniable que le harcèlement lié aux tendances sexuelles des victimes porte atteinte à la dignité du travail de ceux qui en sont victimes et qu'il ne peut être considéré comme une conduite normale sur le lieu de travail* ».

65. C'est la position adoptée par la Commission dans sa recommandation (article 1er), *op. cit*.

66. Plus généralement sur cette question, *cf.* P. ACTON, E. DELESSEUX, « De la nécessité de prévenir et de réprimer la discrimination ou le harcèlement psychologique dans la vie professionnelle », *Les Petites Affiches*, 21 août 1996, nº 101.

l'objet», ainsi que ceux créant «*un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation*»[67] n'étaient en revanche pas explicitement condamnés par le législateur, et la jurisprudence, récente, demeurait incertaine.

LE HARCÈLEMENT SEXUEL

Le régime en vigueur

Les agissements de harcèlement sexuel peuvent tout d'abord consister en la recherche de relations sexuelles non-consenties, ou consenties sous la pression du chantage exercé par le harceleur. C'est dans cette seule hypothèse que le droit pénal et le droit du travail envisagent actuellement de le condamner.

Le C. pén. incrimine le harcèlement sexuel dans son article 222-33 qui vise «*le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle*»[68]. C'est une infraction autonome consacrée au § 3 du Titre III relatif aux « agressions sexuelles » et désignant également le viol (§ 1) et les « autres agressions sexuelles » (§ 2) (dont l'exhibition sexuelle). Elle est punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros.

Mais la répression pénale doit être mise en perspective avec les dispositions du droit du travail[69] organisant la répression des abus en matière sexuelle dans les relations de travail[70]. Cette loi, contrairement aux dispositions pénales, s'est employée à envisager le harcèlement sexuel spécifiquement dans les relations de travail. Elle a introduit dans le C. trav. au titre du droit disciplinaire, les articles L. 122-46, L. 122-47 et L. 122-48.

Ainsi l'article L. 122-46 alinéa premier du C. trav. définit le harcèlement sexuel comme «*subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers*»[71]. Cette même disposition prévoit la nullité de plein droit de toute mesure qui sanctionnerait le salarié qui a subi ou refusé de subir de tels agissements, ainsi que celui qui a témoigné de ces agissements ou les a relatés. En outre, le salarié auteur de tels agissements est passible des mêmes sanctions que

67. Article 1er, a) et c) de la recommandation du 27 novembre 1991, *op. cit.*

68. Cette disposition est issue de la loi nº 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du C. pén. relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JO* 23 juillet 1992, p. 9875. La loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 a modifié le dispositif élargissant le crime à toutes les formes de harcèlement et non pas uniquement aux relations hiérarchiques.

69. Concernant l'articulation des dispositions du C. pén. et du C. trav., il convient de faire usage du principe selon lequel le pénal tient le civil en l'état ; *cf.* également E. FORTIS, « Les incidences de la réforme du C. pén. sur le droit du travail », *Dr. soc.* 1993, 884 : «*Le droit disciplinaire et le droit pénal se complètent pour pleinement sanctionner les agissements de harcèlement sexuel, la répression pénale permettant seule de sanctionner l'employeur, auteur du harcèlement*».

70. Loi nº 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le C. trav. et le C. proc. pén. (*JO* 4 novembre 1992, p. 15255). Cette loi complète également l'article 6 de la loi nº 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose qu'«*aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la notation, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : 1) le fait qu'il a subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un supérieur hiérarchique ou de toute personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce fonctionnaire dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ; 2) ou bien le fait qu'il a témoigné de tels agissements ou qu'ils les a relatés. Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé aux agissements ci-dessus*».

71. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 janvier 1996 propose une définition de ces faveurs de nature sexuelle : il s'agit selon les magistrats de «*tout acte de nature sexuelle, et notamment les simples contacts physiques destinés à assouvir un fantasme d'ordre sexuel, voire à accentuer ou provoquer le désir sexuel*» (CA Paris, 18e ch. C, 18 janvier 1996, *Gaz. Pal.* 1996, 1, 267).

l'employeur[72], voire d'un licenciement. Enfin, le législateur a également chargé l'employeur d'assurer dans son entreprise la prévention effective de ces agissements[73].

À l'occasion de l'insertion dans le C. trav. de la prohibition du harcèlement moral, sur le modèle du droit des discriminations, la charge de la preuve pesant celui qui s'estime victime de harcèlement sexuel a été allégée et celle du défendeur renforcée[74]. Selon le nouvel article L. 122-52 du C. trav., il incombe au salarié concerné de «*présente*[r] *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement*» et, par suite, au défendeur de prouver, d'une part, que «*ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement*» et, d'autre part, que sa décision «*est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement*». Parallèlement, le juge a le pouvoir d'ordonner «*toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles*».

Une protection indifférente à l'orientation sexuelle

Jusqu'à ce jour, la jurisprudence n'a connu ces comportements que dans le cadre de relations hétérosexuelles. De même, la question est traitée par la doctrine dans le cadre spécifique de la protection de la femme salariée[75]. Face à cette approche, comment les dispositions du C. pén., mais surtout du C. trav., seraient-elles mises en œuvre dans l'hypothèse où l'auteur et la victime sont de même sexe. Pourrait-on légitimement refuser de mettre en œuvre, tant les sanctions disciplinaires que l'obligation de développement d'une politique de prévention dans l'entreprise, dans les hypothèses de harcèlement sexuel à caractère homosexuel ou motivé par l'orientation sexuelle homosexuelle de la victime ?

À notre connaissance, seule une décision rendue par la Cour d'appel de Paris en 1993 sanctionne ce qui s'apparente à un harcèlement sexuel à caractère homosexuel. Il s'agissait dans cette affaire du licenciement d'un salarié engagé en qualité de surveillant par la société Euro Disney, pris du motif de ses «*propos outrageants*» et de son comportement «*contraire aux bonnes mœurs*»[76] ; en l'espèce, les témoignages recueillis par les juges faisaient état de la proposition faite à un collègue d'effectuer sur lui une fellation et de la demande à un autre de lui montrer «*si ses poils pubiens étaient du même blond que ses cheveux*». Confirmant une ordonnance de référé du Conseil de prud'hommes de Meaux du 2 juillet 1993, la Cour d'appel admet, conformément à l'article L. 122-14-3 du C. trav., l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement dans le motif tiré du «*comportement contraire aux bonnes mœurs*» du salarié, l'employeur ayant entendu ainsi sanctionner les propos déplacés tenus envers les collègues de travail. La Cour dispose que «*le licenciement d'un salarié est légitime dès lors qu'il est prononcé pour harcèlement sexuel*». Bien que cette solution repose sur une interprétation extensive des dispositions du C. trav. relatives au harcèlement sexuel (la législation avant la reforme de 2002 n'incriminait pas ce type d'agissements entre collègues), cette jurisprudence doit cependant être considérée en ce qu'elle met en œuvre la prohibition indifféremment à l'orientation sexuelle du comportement en cause.

72. Article L. 122-47 C. trav.

73. Article L. 122-48 C. trav. : «*Il appartient à l'employeur de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les actes visés aux deux articles précédents*» ; sur l'étendue de cette obligation de prévention, *cf.* M.-A. MOREAU (*op. cit.* 120-121) qui insiste sur l'importance du fait que, pour être efficace, la lutte contre le harcèlement sexuel doit s'inscrire à la fois dans «*une politique d'ordre, pour garantir une certaine qualité du climat social dans l'entreprise, et dans une politique de préservation de la santé des salariés* [...]», ce que permet la loi du 2 novembre 1992.

74. Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *op. cit.*

75. Ainsi, le *Juris-Classeur Travail* et l'*Encyclopédie Dalloz* abordent le harcèlement sexuel au travail dans la rubrique « Femmes ».

76. CA Paris, 18e ch., sect. C, 8 octobre 1993, *Sté Euro Disney c./Vallinas*, *Juris-Data n° 023467*.

À l'inverse, la jurisprudence qui distinguerait selon l'orientation sexuelle du harcèlement serait discriminatoire. Un tel traitement constituerait une interprétation *contra legem* de la loi introduisant une distinction que le législateur ne prévoit pas entre, un harcèlement sexuel à caractère homosexuel, et celui à caractère hétérosexuel[77]. Par ailleurs, quel que soit le fondement théorique de la condamnation du harcèlement sexuel – discrimination fondée sur le sexe ou atteinte à la dignité de l'individu[78] –, celui à caractère homosexuel a également vocation à être indifféremment poursuivi.

Le harcèlement sexuel, discrimination fondée sur le sexe

Au terme de cette première approche, si le harcèlement sexuel au travail est condamnable et condamné, c'est parce qu'il constitue une discrimination fondée sur le sexe[79]. En effet, il impose à l'employé qui en est victime des conditions d'emploi différentes de celles des employés de l'autre sexe. Il y a discrimination fondée sur le sexe dès lors, par exemple, que l'employeur conditionne la conservation d'un emploi par une femme (un homme) à l'obtention de faveurs sexuelles, ce qu'il ne demanderait pas à un homme (une femme).

En l'absence de disposition légale spécifique et sous la pression d'un mouvement de lutte engagé au milieu des années 1970, c'est également à partir de ce raisonnement que notamment les juridictions des États-Unis ont fondé la prohibition du harcèlement sexuel au travail. Si certains tribunaux américains ont dans un premier temps refusé de considérer le harcèlement sexuel comme une forme de discrimination sexiste[80], en revanche, la Cour suprême des États-Unis considéra en 1986 que le harcèlement sexuel constituait une pratique discriminatoire fondée sur le sexe, contraire au Titre VII de la *Civil Right Act* de 1964 qui prohibe ces discriminations en matière d'emploi[81].

77. Il s'agit d'envisager le harcèlement à la fois dans l'hypothèse où le harceleur dirige ses avances vers une personne de même sexe que lui (harcèlement sexuel à caractère homosexuel) ou de sexe différent (harcèlement sexuel à caractère hétérosexuel). Nous estimons ces expressions préférables à celles de harcèlement sexuel homosexuel et harcèlement sexuel hétérosexuel, sources selon nous d'une approche trop restrictive des situations de harcèlement sexuel qui laisserait penser que la distinction s'opère selon l'orientation sexuelle (homosexuelle ou hétérosexuelle) du harceleur ; ce serait alors exclure l'hypothèse, par exemple, du harcèlement sexuel d'un individu « *s'affichant* » ou se considérant comme hétérosexuel, à l'encontre d'une personne de même sexe : se considérant ou non comme bisexuel, son harcèlement exprime ainsi des désirs sexuels, à caractère homosexuel, bien qu'« *hétérosexuel* ». Comme nous montrons dans les développements suivants, cette distinction est inopérante du point de vue juridique : elle ne peut qu'aider ici à appréhender les situations se présentant dans les faits.

78. À défaut d'avoir été précisé par le législateur lors de l'adoption de ces dispositions, la question du fondement juridique de la condamnation du harcèlement sexuel n'a semble-t-il pas été non plus tranchée par la doctrine.

79. Selon C. ROY-LOUSTAUNAU, c'est dans cette optique qu'ont été envisagées les dispositions du C. trav. : « *Préparée de longue date par des groupements féministes, l'intervention du législateur paraît aujourd'hui répondre, en toute hypothèse, à un impératif de protection lié à des phénomènes sociaux contemporains tels que la libération des mœurs et la montée du travail féminin* [...]. *Le texte a en effet pour objectif de protéger la vie professionnelle du salarié contre les sanctions ou les discriminations* », (« Le harcèlement sexuel "à la française", commentaire de la loi nº 92-1179 du 2 novembre 1992 », *JCP* éd. E 1993, I, 237).

80. L'argument alors avancé par les tribunaux pour refuser de reconnaître l'existence d'un harcèlement sexuel était que les hommes sont eux aussi susceptibles d'être victime d'un tel comportement, *cf.* M. DRAPEAU, *Le harcèlement sexuel au travail : le régime juridique de protection*, études et documents sur les droits et libertés, 5, Commission des droits de la personne du Québec, Les éditions Yvon Blais Inc., 1991.

81. Arrêt *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 US 57 (1986), http//laws.findlaw.com/US/477/57.html. Désormais aux États-Unis, la protection contre le harcèlement sexuel vise à la fois le chantage au travail *(Quid pro quo harassment)* : les demandes sexuelles sont en effet généralement accompagnées de menaces plus ou moins voilées liées aux conditions d'emploi (charge de travail plus lourde, refus de promotion ou licenciement) ; ainsi que la dégradation du climat général de travail *(Hostile environment harassment)* : la prise en compte du harcèlement manifesté au travers de blagues, remarques et commentaires déplacés à connotation sexuelle.

Si les développements de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à propos du harcèlement sexuel au travail prohibé au titre d'une discrimination sexiste nous intéressent ici, c'est que la question lui a été posée depuis de la prohibition du harcèlement sexuel entre personnes de même sexe, et plus particulièrement du harcèlement dont sont victimes des employés gays et lesbiennes (ou considérés comme tels par le harceleur) du fait d'un supérieur de même sexe[82]. En effet, en l'absence d'une prohibition légale spécifique des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, l'un des arguments invoqués afin d'obtenir cette protection était de considérer que le harcèlement entre personnes de même sexe constitue une discrimination fondée sur le sexe prohibée tant par la législation fédérale, que par celle des États. Le raisonnement était le suivant : en harcelant une personne du même sexe que lui, le harceleur impose à la victime des conditions de travail qu'il n'imposerait pas à une personne du sexe opposé ; il existe donc une discrimination fondée sur le sexe. Bien qu'admis par certaines juridictions du fond[83], la recevabilité d'une plainte pour harcèlement sexuel entre personnes de même sexe fondée sur cet argument a cependant toujours été rejetée en appel[84].

Une partie de la doctrine française ou anglo-saxonne considère également que le traitement du harcèlement sexuel comme une discrimination fondée sur le sexe n'est pas satisfaisant.

Selon ces critiques, l'approche du harcèlement sexuel comme une discrimination sexiste ne permet pas d'envisager toutes les situations de harcèlement. On fait valoir que, si le sexe de la victime est un élément motivant le comportement du harceleur[85], il n'intervient pas seul : l'attirance physique ou « intellectuelle » éprouvée par l'auteur à l'égard de la victime entre également souvent en considération[86]. L'importance du sexe de la victime peut même se trouver à tel point relativisée que, dans l'hypothèse du harceleur bisexuel – c'est-à-dire celui recherchant autant les « *faveurs de nature sexuelle* » d'hommes que de femmes – seul le critère de l'attirance physique de la victime importera, indifféremment à son sexe. Or logiquement, au regard de l'approche considérant le harcèlement sexuel comme une discrimination fondée sur le sexe, un tel comportement échapperait ainsi aux poursuites puisque des personnes des deux sexes subissent ce harcèlement[87]. Cet argument a d'ailleurs été invoqué en défense devant les juridictions américaines afin de voir déclarée irrecevable la plainte et il a été rejeté[88]. Dès lors, ces auteurs insistent sur le risque d'une telle argumentation quant à l'exclusion de certaines situations du bénéfice de la protection légale.

82. Pour l'historique et le détail des solutions jurisprudentielles, *cf.* A. CONTE, *Sexual Orientation and Legal Rights*, vol. 1, Wiley Law Publications, 1998, et spéc. le chapitre 3 « Gender and Sexual Harassment », pp. 69-104.

83. *Joyner v. AAA Cooper Transportation*, 597 F Supp 537 (MD Ala 1983) ; *Wright v. Methodist Youth Services Inc.*, 511 F Supp 307 (ND I11 1981) ; jurisprudences citées par R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, *op. cit*.

84. Concernant l'utilisation de l'argument de l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe en matière de harcèlement sexuel, ainsi que pour les renvois à la jurisprudence US, *cf.* R. WINTEMUTE, *op. cit*, pp. 83-86.

85. À tel point qu'il peut même être l'unique motivation du harceleur, à l'encontre des femmes ou des hommes d'une manière générale et indifféremment à toute attirance spécifique ressentie à l'égard par la victime.

86. Dans ce sens : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *JCP* 1993, I, 3662, nº 3.

87. Dans ce sens, *cf.* R. WINTEMUTE, *op. cit.*, pp. 209-210. *Cf.* également F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, nº 3 : « [...] *envisager le harcèlement sexuel sous l'angle de la discrimination aboutit à une impasse quand le détenteur de l'autorité recherche aussi bien les faveurs masculines que féminines* ».

88. À propos d'un supérieur masculin harcelant les hommes et les femmes ; *cf.* les décisions citées par R. WINTEMUTE, *op. cit*.

À propos de l'orientation sexuelle, nous souscrivons à cette critique des imperfections de l'approche du harcèlement sexuel en terme de discrimination sexiste. En effet, si dans de nombreuses hypothèses, le harcèlement sexuel est une pratique sexiste, il faut également considérer les autres hypothèses motivées par des considérations autres que le sexe ou seulement hétérosexuelles ; ainsi le harcèlement d'un homme (d'une femme), homosexuel(le) ou non, à l'encontre d'un(e) autre homme (femme) motivé par l'orientation sexuelle homosexuelle réelle ou supposée de la victime.

En France, le fait qu'en droit pénal, le harcèlement sexuel soit détaché de la discrimination sexiste ne fait pas de doute : le C. pén. la considère dans son article 222-33 sous le seul angle d'une agression sexuelle et les dispositions relatives à la discrimination n'y font nullement référence. En droit du travail, si à l'occasion de l'entrée en vigueur en 1992 de la loi visant le harcèlement sexuel au travail, certains commentateurs se sont employés à montrer que la conception du harcèlement sexuel du droit français se serait détachée de la discrimination sexiste au profit d'une protection de la dignité de l'individu[89], le C. trav. n'est cependant pas aussi explicite. Le lien ainsi établi entre la prohibition du harcèlement sexuel de l'article L. 122-46 du C. trav. et les discriminations sexistes sanctionnées par l'article L. 123-1 pourrait renforcer l'idée selon laquelle le droit du travail considère le harcèlement sexuel uniquement comme une discrimination sexiste, et le condamne à ce seul titre. Force étant de constater qu'une proportion importante de harcèlements a un caractère sexiste et discriminatoire, cela n'exclut pas de considérer, dans le cadre général de l'article L. 122-46, d'autres formes de harcèlement sexuel, c'est-à-dire le harcèlement entre personnes de même sexe. En effet, cet article ne faisant pas mention du sexe, le harcèlement peut être de nature hétérosexuelle ou homosexuelle.

Le harcèlement sexuel comme atteinte à la dignité des personnes

Selon une autre partie de la doctrine, les lois de 1992 visant le harcèlement sexuel auraient été adoptées en considération de la protection de la dignité de la personne[90]. On fait valoir qu'ainsi la loi « *sert* [...] *à stigmatiser des agissements qu'elle désigne comme portant atteinte à l'ordre juridique et social* »[91]. Cette approche correspond à l'esprit de la recommandation de la Commission européenne incitant les États membres à adopter des mesures destinées à assurer une protection effective contre les différentes formes de harcèlement sexuel à

89. *Cf.* F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *op. cit.*, nº 1 : « [...] *les amarres qui retenaient le harcèlement sexuel dans la dépendance de la discrimination sexiste ont été larguées. En France, actuellement, il se situe désormais plutôt dans le sillage de la protection de la liberté sexuelle, que dans la perspective de l'égalité* des sexes ».

90. Dans ce sens *cf.* F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (*op. cit*, p. 138) pour qui « *la loi sert* [...] *en l'occurrence, à stigmatiser des agissements qu'elle désigne comme portant atteinte à l'ordre juridique et social. En cette fin de XX^e siècle, le harcèlement sexuel est apparu comme insupportable parce que* contraire à la dignité humaine » (en italique dans le texte). Dans le même sens, E. MICOU (thèse *op. cit.*, p. 352) qui considère que « *discrimination sexiste et harcèlement ne se recoupant pas nécessairement, il ne pouvait s'agir que de dispositions neutres visant davantage à assurer la dignité des individus au travail qu'à combattre une inégalité entre hommes et femmes* ». Pour M.-A. MOREAU cependant *(op. cit.)*, les dispositions introduites dans le C. trav. se démarquent de la recommandation de la Commission européenne *(op. cit.)* quant à l'exigence de protection de la dignité de la personne : « *En se fondant sur l'existence d'un abus d'autorité, le législateur n'entend pas réprimer l'atteinte réelle à la dignité de la personne* [...]. *Il ne s'attache qu'au détournement de pouvoir* [...]. *Ce fondement juridique obéit au choix de ne pas chercher à interdire un mode de comportement offensant en soi, mettant en cause l'idée qu'a l'individu de sa propre dignité* ».

91. *Cf.* F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (*op. cit.*, nº 1) : le harcèlement sexuel « *nie à la fois la liberté sexuelle et la dignité du travailleur. Justement analysé comme un "échange de consentement sexuel contre la substance économique", il s'apparente à la prostitution* ». Reprenant des propos tenus devant le Sénat, selon l'auteur, « *l'incrimination du harcèlement sexuel est une affirmation de la transcendance du biologique par l'intelligence et la volonté, qui est le propre de l'homme* ».

connotation sexuelle. Dans sa dénomination même, ainsi que dans son Code pratique, elle motive en effet l'incrimination du harcèlement sexuel par le fait qu'il constitue une atteinte à la dignité de l'homme et de la femme au travail[92].

Cela étant, la détermination d'un fondement juridique unique à la condamnation de ce type de comportement n'est ni possible, ni souhaitable. Ainsi, la motivation du rejet du harcèlement sexuel aux États-Unis repose désormais sur un double fondement : d'un côté la lutte contre les discriminations sexistes s'agissant du harcèlement entre personnes de sexe différent et, de l'autre, la mise en œuvre d'une sorte de condamnation de principe de ce type de comportement, face au harcèlement à caractère homosexuel. En effet, c'est dans le sens d'une protection systématique contre le harcèlement sexuel que la Cour suprême des États-Unis a tranché la confusion régnant jusqu'alors entre les juridictions des États concernant la recevabilité des plaintes pour harcèlement sexuel entre personnes de même sexe[93]. Selon la Cour, la prohibition du harcèlement sexuel élaborée à propos des discriminations fondées sur le sexe entre personnes de sexe différent, devait désormais s'étendre aux autres hypothèses de harcèlement sexuel.

À la rigueur, il paraît plus opportun d'appréhender le harcèlement sexuel comme une atteinte à la dignité des personnes : sur ce fondement, l'étendue de la protection est en effet plus vaste. En outre, aucune justification valable ne pourrait être avancée à une exclusion du harcèlement entre personnes de même sexe du bénéfice de ces dispositions. Que le harcèlement ait un caractère hétérosexuel ou homosexuel, qu'il soit motivé par l'orientation sexuelle, réelle ou supposée, homosexuelle ou hétérosexuelle de la victime, ces situations n'enlèvent rien à l'atteinte portée à la dignité de la victime dans ces hypothèses. Elle est de même gravité. Le respect de cet objectif fondamental ne pourrait être, en aucune hypothèse, légitimement subordonné à la différence des sexes de l'auteur et de la victime et donc au caractère hétérosexuel du harcèlement : comme pour le sexe, le devoir de respect de la dignité de l'individu ne se mesure pas non plus à l'orientation sexuelle. La réforme introduite par la loi du 17 janvier 2002 va dans ce sens.

Par ailleurs, c'est une définition restrictive de la notion de harcèlement sexuel qui est actuellement retenue en droit français : seuls sont condamnables les agissements de harcèlement tendant à l'obtention de faveurs sexuelles. Or, il conviendrait que notre droit considère désormais d'autres comportements *à connotation sexuelle* dénoncés dans les faits, et susceptibles d'être notamment motivés par l'orientation sexuelle vraie ou supposée de la victime.

92. Recommandation du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité de l'homme et de la femme au travail, *op. cit*.

93. *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 118 S. Ct. 998 (1998), http://laws.findlaw.com/US/000/96-658.html. Dans cette affaire, un employé sur une plate-forme pétrolière qui faisait partie d'une équipe de huit hommes, avait été soumis à de nombreuses reprises à des comportements à connotation sexuelle de la part de trois de ses coéquipiers. Deux d'entre eux l'ont agressé physiquement et un autre l'a menacé de viol. Lorsqu'il s'est plaint à son supérieur, celui-ci lui a avoué que ces mêmes personnes le harcelaient également et le surnommaient d'un nom suggérant son homosexualité. Considérant que s'il restait, il risquait notamment d'être violé, Oncale décida alors de démissionner. S'estimant victime d'une discrimination fondée sur son sexe, il porta alors plainte sur le fondement du Titre VII pour harcèlement sexuel du fait de ses collègues masculins. Sa demande avait été rejetée par les juridictions du fond, mais portée devant la Cour suprême, celle-ci a admis pour la première fois la recevabilité d'une telle plainte.

LE HARCÈLEMENT MORAL

La condamnation du harcèlement moral [94]

Historiquement, c'est la jurisprudence des tribunaux américains qui la première a pris en compte, au titre du harcèlement sexuel entre hommes et femmes, des comportements qui, bien que n'entraînant pas de conséquences réelles du point de vue des conditions économiques de l'emploi, détériorent cependant le climat de travail en créant un environnement hostile. L'objectif ainsi poursuivi par la jurisprudence a été de prendre en considération les agissements de l'employeur qui, tout en prenant soin de ne jamais adopter de mesures objectives en représailles par exemple aux refus du harcelé, ne continuerait pas moins à le harceler verbalement [95].

La Commission européenne avait également considéré cette situation dans sa recommandation du 27 novembre 1991. La notion de harcèlement sexuel y est en effet envisagée selon différents aspects et assure en substance une protection des salariés au-delà des seuls comportements tendant à la recherche de faveurs sexuelles. La Commission invitait ainsi les États membres à adopter des mesures destinées à sanctionner plus généralement « *tout comportement à connotation sexuelle* », dès lors qu'il détermine les droits du salarié en matière « *de formation professionnelle, d'emploi, de maintien de l'emploi, de promotion, de salaire ou de toute autre décision relative à l'emploi* » [96]. Elle prônait pour cela une prise de conscience de ce que « *tout comportement à connotation sexuelle est inacceptable* » dès lors qu'il est « *intempestif, abusif ou blessant* », ainsi que lorsque ce comportement « *crée un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation à l'égard de la personne qui en fait l'objet* ». C'est ainsi que, dans le Code pratique, elle a défini le harcèlement sexuel comme « *un comportement intempestif à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe qui affecte la dignité de l'homme et de la femme au travail. Ces termes peuvent recouvrir tout comportement physique, verbal ou non verbal inopportun* ». L'exigence de la prise en compte par le droit des différentes formes que peut recouvrir le harcèlement sexuel au travail correspond en tout point tant au souci de protection de la dignité des individus, qu'à celui de la préservation des principes d'égalité et de non-discrimination.

En France, jusqu'au début de 2002, les dispositions du C. trav. étaient demeurées incomplètes s'agissant de l'étendue des comportements incriminés. Conformément à la recommandation de 1991, le harcèlement issu du climat créé par des invectives à connotation sexuelle, blessantes pour le salarié [97], qu'elles soient sexistes ou homophobes, n'étaient pas en effet explicitement incriminées. Si la condamnation de pratiques de harcèlement moral avait été recherchée, et parfois accordée par des juridictions du fond, sur le fondement de diverses dispositions du C. trav. et du C. civ. [98], cette jurisprudence demeurait hétéroclite

94. Pour une analyse évolutive de la question voir : P. ADAM, « Petite balade dans le contentieux prud'homal du harcèlement moral » *Semaine Sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007 nº 1315. M. GRÉVY, « La sanction civile du harcèlement moral », *Semaine Sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007 nº 1315. D. BOULMIER, « Le harcèlement moral, l'accident du travail et la maladie professionnelle » *Semaine Sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007 nº 1315.

95. La première décision en ce sens a été celle *Bundy v. Jackson* de la Cour d'appel du district de Columbia (205 US App. D.C. 444, 641 F. 2d 934 (1981)) ; ce type de harcèlement sexuel a été ensuite entériné par la Cour suprême des États-Unis dans une décision *Vinson v. Taylor*, 477 US 67 (1986).

96. Recommandation du 27 novembre 1991, article premier, b).

97. La Commission énonce en effet qu'« *il appartient à chaque individu de déterminer quel comportement il peut accepter et quelle conduite il juge offensante. L'intérêt sexuel ne devient harcèlement* [...] ».

98. *Cf.* P. BOUAZIZ, « Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique », *Dr. ouv.* mai 2000.

et incertaine et les différentes carences, notamment en matière de prévention, appelaient l'adoption d'une législation spécifique[99].

Désormais, l'article L. 122-49 alinéa premier du C. trav. dispose qu'*« aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »*[100]. Tout comme en matière de harcèlement sexuel, la preuve à la charge du salarié a été facilitée et celle du défendeur renforcée[101], le juge ayant la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction[102]. Parallèlement, le législateur a également choisi de condamner pénalement le harcèlement moral et a introduit dans le C. pén. un article 222-33-1 qui dispose que le fait de *« harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »*, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

S'agissant d'un harcèlement à connotation sexuelle s'inscrivant en dehors de l'hypothèse où le harceleur rechercherait des faveurs sexuelles, ces nouvelles dispositions du Code du travail devraient aujourd'hui permettre d'assurer une protection plus complète des salariés.

Orientation sexuelle et harcèlement moral

L'orientation sexuelle d'un salarié peut spécifiquement motiver des comportements à l'origine d'une dégradation de ses conditions de travail. En France, relativement à l'homosexualité[103], de nombreux témoignages rapportent que dans le monde du travail, l'homophobie *« se manifeste surtout par des insultes à l'encontre du personnel, voire des menaces. Ces agressions verbales entraînent des problèmes de relations humaines entre les membres du personnel qui se caractérisent par un stress, un mal de vivre et parfois la dépression des victimes homosexuelles. Les appels concernent le plus souvent des insultes proférées par des*

99. *Cf.* S. LICARI, « De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail », *Dr. soc.* 2000, 492 ; *contre* : P. BOUAZIZ, *op. cit.* qui, tout en n'excluant pas l'utilité de l'intervention du législateur en la matière, considère que le recours à de nombreuses règles de droit existantes, seules ou combinées, permettait déjà une intervention efficace contre le harcèlement moral.

100. Aux termes de l'article L. 122-49, alinéa 2 du C. du trav., *« nul ne peut prendre en considération le fait que la personne intéressée a subi ou refusé de subir* [ces] *agissements* [...], *ou bien a témoigné de tels agissements ou les a relatés, pour décider notamment en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de résiliation, de renouvellement de contrat de travail ou de sanctions disciplinaires »*. Dispositions insérées par la loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *op. cit.*, articles 50 ter et s. Pour une présentation des nouvelles dispositions, *cf.* B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », *Dr. soc.* 2002, 313 (nº spécial : « La loi de modernisation sociale et le droit du travail », *Dr. soc.* nº 3, avril 2002).

101. Selon l'article L. 122-52 du C. trav., il incombe au salarié concerné de *« présente*[r] *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement »* et, par suite, à la partie défenderesse *« de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement »* et que sa décision *« est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement »*. La loi nº 2003-6 du 3 janvier 2003 a modifié la rédaction de cet article de la manière suivante : *« Dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ».*

102. Article L. 122-52 C. trav.

103. Si l'orientation sexuelle homosexuelle vraie ou supposée se révèle être le motif le plus courant, il ne faut néanmoins pas écarter l'hypothèse dans laquelle l'orientation sexuelle hétérosexuelle puisse motiver un tel type de harcèlement sexuel – l'hétérosexualité vraie ou supposée d'un salarié déclenchant le comportement hostile à connotation sexuelle d'un employeur ou de collègues homosexuels, par exemple.

dirigeants ou des collègues de travail voire parfois des menaces [...] »[104]. L'étude réalisée notamment sur ce thème en Grande-Bretagne[105] complète ce constat. Elle révèle la diversité des formes de ce harcèlement psychologique motivé par l'homosexualité : parmi les personnes qui s'estiment harcelées au travail du fait de leur homosexualité connue ou supposée par le harceleur, 5 % disent avoir été victimes de violences physiques, 14 % de menaces, 41 % de questions agressives *(agressive questions)*, 51 % d'abus homophobes *(homophobic abuse)*, 79 % de blagues ou raillerie *(jokes or teasing)* et 17 % d'autres formes de harcèlement *(other)*. Précisons que c'est parmi cette dernière catégorie que le harcèlement sexuel *stricto sensu*, celui tendant à l'obtention de faveurs sexuelles, est envisagé. Concrètement[106], ce sont des réflexions, des allusions, des blagues à caractère homophobe, une atmosphère de travail, des questions incessantes ou des rumeurs répandues sur l'orientation sexuelle, le *outing*[107] par un collègue, des accusations de pédophilie ou bien encore d'attouchements à l'encontre d'un collègue, des graffitis homophobes, des appels téléphoniques ou des courriers anonymes, des dégradations de véhicule, des insultes anonymes, des menaces de mort ou des chantages à l'emploi.

À propos de la diversité de situations vécues comme un harcèlement, il convient de demeurer prudent concernant l'idée selon laquelle la perception de la situation comme une situation de harcèlement sexuel serait, dans ces hypothèses où aucune « *faveur sexuelle* » n'est *a priori* recherchée, très subjective et donc difficilement condamnable. C'est un argument similaire qui avait été avancé lors de l'élaboration de la loi afin d'écarter la prise en compte des propos sexistes au titre du harcèlement sexuel. En effet, il aurait fallu se méfier de celui où celle qui se dit victime, parce qu'il s'agit, non d'une victime objectivement désignable ou désignée par la loi (il y a eu objectivement contrainte à des relations sexuelles), mais d'une victime qui se proclame comme telle, compte tenu de l'atteinte morale/psychologique ressentie du fait d'attaques verbales ou de comportements. Or, on ne saurait argumenter ainsi, sans remettre en question l'autonomie de la volonté de l'individu et sa capacité à se considérer comme victime[108].

En France, le débat autour de l'incrimination du harcèlement sexuel au travail s'était fait l'écho d'une crainte d'abus de la victime afin de justifier la nécessité d'une stricte délimitation des comportements visés. Alors qu'il est historiquement à l'origine de ce progrès du droit, l'exemple nord américain a ainsi été souvent invoqué aux fins d'illustration des excès auxquels une telle incrimination peut conduire et contre lesquels une « *conception modérée* »

104. « *Louis est responsable administratif dans une université. Sa supérieure hiérarchique l'inonde de notes de service où des allusions à sa vie privée se mêlent à des commentaires professionnels et ceci depuis plusieurs années : il se retrouve sous traitements médicaux pour surmonter stress et perte de sommeil dus à cette situation de harcèlement psychologique, il va porter plainte et essayer de changer de poste car le climat est devenu invivable* », témoignage publié dans le rapport 1998 de SOS Homophobie, p. 28.

105. *Less Equal than Others. A Survey of Gay and Lesbian at Work*, *op. cit*.

106. Ce que l'étude regroupe sous l'expression *indirect harassment*.

107. Il s'agit pour un tiers de révéler publiquement l'homosexualité d'un individu, à l'encontre de sa volonté. On dit cette pratique développée dans les pays anglo-saxons par les associations de lutte contre le sida (et notamment Act-Up) à l'encontre de celui ou celle dont l'attitude ou les propos au sujet de l'homosexualité sont jugés en contradiction avec sa propre orientation sexuelle (homosexuelle ou bisexuelle) ; mais on peut généraliser cette pratique de l'*outing* à toutes les pratiques (politiques, médiatiques) destinées, compte tenu de l'*a priori* encore négatif de l'homosexualité, à discréditer un individu aux yeux de l'opinion publique.

108. La recommandation de la Commission européenne désigne comme une forme de harcèlement sexuel le comportement « *intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet* ».

du harcèlement devait s'imposer[109]. De fait, c'est une approche restrictive du harcèlement sexuel qui a été longtemps retenue en droit français, limitée à la recherche des seules « *faveurs sexuelles* », et excluant les comportements également visés par la recommandation.

Cette référence à l'exigence en France d'une tolérance moyenne à l'égard de certains comportements ou propos à connotation sexuelle, a également pu être invoquée à propos de l'homosexualité. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, cet argument a déjà permis de justifier des agissements objectivement déstabilisants et attentatoires à la dignité des individus au travail, tels que les dénonçait pourtant la Commission européenne en 1991.

Ainsi, dans une affaire de licenciement pour faute grave d'une salariée qui tenait à ses collègues des propos ayant trait à l'homosexualité de l'un de ses subordonnés, des juges d'appel ont considéré que la faute grave n'était en l'espèce pas constituée et ont condamné l'employeur au paiement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de cette salariée[110]. Un pourvoi a été formé par l'employeur, invoquant notamment que « *commet une faute grave le salarié qui tient à des collègues de travail et à l'intérieur de l'entreprise des propos qui, parce qu'ils ont trait à l'homosexualité d'un de ses subordonnés, portent atteinte à l'intimité de la vie privée de celui-ci* ». Mais la ch. soc. de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Pour ce faire, elle a repris l'étonnante motivation de la Cour d'appel qui avait énoncée que « *les propos tenus par la salariée s'inscrivaient dans un milieu professionnel où la familiarité et la plaisanterie facile étaient coutumière et qu'il n'était pas établi que l'autorité de la salariée sur ses subordonnés en avait été affectée* » : la Cour de cassation en a déduit « *qu'en l'état de ces énonciations, elle a* [...] *pu juger que la faute grave n'était pas constituée* »[111].

Bien que développé sous l'empire de la loi ancienne qui ne condamnait pas spécifiquement le harcèlement moral, il est cependant en théorie toujours à craindre qu'un raisonnement identique soit aujourd'hui avancé par le défendeur, dès lors qu'il s'agit désormais pour lui d'établir que « *ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* » (article L. 122-52 C. trav.).

Si, dans un premier temps, il est permis d'envisager que la Cour a adopté dans cet arrêt une position conforme à sa jurisprudence restrictive de l'époque concernant l'admission

109. Comme semble le déplorer F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « [...] *les parlementaires voulaient à tout prix éviter ce qui leur était présenté comme "le spectre d'outre-Atlantique" : une contrée où les hommes ne peuvent plus ouvrir les portes aux femmes (et que dire de les licencier !) sans être traduit en justice* », *op. cit.*, n° 1. À propos de l'incrimination du comportement créant un environnement hostile, C. LEROY-LOUSTAUNAU écrit : « *On sait à quels excès cette conception donne lieu au Québec et aux USA : l'épisode de la déposition de A. HILL contre le juge Clarence THOMAS n'en est qu'une triste illustration dans un pays où, aujourd'hui, s'effacer devant une femme ou lui ouvrir la porte devient suspect.* [...] *le projet de loi* [français] [...] *devait finalement consacrer une conception modérée du harcèlement plus conforme à la culture française actuelle, faite d'un subtil dosage de gauloiserie, de galanterie et d'incrédulité, et en tout cas hostile à la guerre des sexes à l'américaine* » (*op. cit.*, p. 189). C'est typiquement un argument qui a été employé par les plus réticents (antiféministes mais aussi féministes elles-mêmes) ; il consiste à opposer les excès américains de la répression du harcèlement sexuel à la séduction à la française, propre aux pays latins, et faisant quasiment du harcèlement le fantasme de certaines femmes (*cf.* M.-V. LOUIS, « Harcèlement sexuel et domination masculine », in *Un siècle d'anti-féminisme*, *op. cit*, pp. 401 et s.).

110. CA Paris, 21e ch., sect. C, 16 mai 1991, inédit.

111. Cass. soc., 8 octobre 1992, *Juridisque Lamy Cassation*, arrêt n° 3440.

d'une faute grave[112], néanmoins, la confirmation de ce que ce comportement ne constituait pas une cause réelle et sérieuse de licenciement est particulièrement critiquable. La mise en perspective des propos motivant le licenciement avec l'existence de coutumes de « *familiarité* » et de « *plaisanterie facile* » du milieu professionnel apparaît en effet désormais dangereuse[113]. En faisant ainsi appel à la tradition, la coutume, voire à la culture, de très nombreux comportements s'inscrivant en opposition à tout respect de la dignité d'autrui, de son intégrité physique et morale auraient ainsi pu être légitimés ; à quels titres des propos racistes, xénophobes ou sexistes ne pourraient-ils pas finalement être admis, compte tenu des spécificités d'un milieu professionnel où « *la familiarité et la plaisanterie facile sont coutumières* », voire de la culture française ? À l'inverse, il semble plutôt que, comme le racisme ou le sexisme, l'homophobie ne peut être considérée comme relevant d'un quelconque sens commun admissible sous forme de blagues scabreuses ou autres comportements déplacés : la dignité des individus, leur intégrité physique et psychologique, voire leur santé, sont en jeu[114].

En revanche, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2002, une jurisprudence sanctionne déjà les agissements de harcèlement moral envers les homosexuels. Ainsi dans un arrêt du 9 février 2005, la Cour d'appel de Paris a requalifié le licenciement pour faute grave d'un salarié en raison d'accusations diffamatoires envers des membres de la direction de l'entreprise en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour a constaté que le salarié n'avait commis aucune faute. Il avait simplement signalé qu'il faisait l'objet de harcèlement en raison de son homosexualité. L'entreprise fut condamnée à payer au salarié 38 000 euros de dommages et intérêts[115].

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2002, un certain nombre de décisions ont été rendues. Elles assument toutes la nécessité de combattre ce type d'agissement[116]. La dernière provient du Conseil de prud'hommes de la Tour-du-Pin (Isère) condamnant un directeur d'hôtel à payer 15 000 euros des dommages et intérêts pour harcèlement moral envers une employée lesbienne[117].

Le droit français adopte un point de vue différent de celui de la directive 2000/78, en traitant différemment le harcèlement et la discrimination. Ainsi, le harcèlement et la discrimination sont deux comportements qui font chacun l'objet de sanctions et de régimes distincts. Toutefois l'article L. 122-45 du C. trav. précise que « *faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte pour avoir subi ou refusé de subir les agissements* » constitue une discrimination. C'est pourquoi la confusion quant à la distinction de ces deux infractions règne. En effet, comment le harcèlement peut-il être considéré comme étant distinct de la figure de la discrimination alors que cette dernière semble appartenir à une forme de discrimination ? La réponse se trouve dans le droit pénal. En effet, l'article 222-1 sanctionne

112. La Cour de cassation définit en effet la faute grave du salarié comme « *un fait ou un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis* » (Cass. soc. 26 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 97 ; *RJS* 1991, 239, n° 448).

113. P. ADAM, *op. cit.* ; Cass. crim. 12 décembre 2006, n° 05-87 658.

114. *Ibidem*.

115. CA Paris, 9 février 2005, *Juris-Data n° 2005-259875*.

116. Même la HALDE, saisie d'une réclamation relative à un harcèlement à raison de l'orientation sexuelle, a statué que des comportements de nature homophobe de la part de certains collègues sous le regard passif de la hiérarchie peut constituer une forme de harcèlement moral (délibération n° 2006-154 du 19 juin 2006).

117. Le 20 janvier 2003, le Conseil de prud'hommes de Martigues avait condamné un employeur pour harcèlement moral et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans une affaire similaire.

de trois ans de prison et 45 000 euros d'amende l'auteur de pratiques discriminatoires au travail tandis que l'article 222-33 sanctionne de 15 000 euros d'amende et un an de prison l'auteur du harcèlement moral. Au niveau civil, le harcèlement peut constituer un début de discrimination lorsqu'au travail celui-ci est subi en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle de l'employé (en raison notamment de la directive CE 2000/78).

LA PROTECTION SELON L'AUTEUR DU HARCÈLEMENT

La poursuite du harcèlement sexuel entre collègues

À propos de l'homosexualité, le harcèlement entre collègues est susceptible de prendre des formes très diverses, telle par exemple la menace d'une dénonciation de cette orientation sexuelle. Les craintes exprimées par des gays et des lesbiennes illustrent ces risques de chantage et de pressions entre collègues[118]. Juridiquement, ces comportements peuvent être appréhendés au travers du harcèlement moral[119].

Même entre collègues un harcèlement motivé par l'orientation sexuelle homosexuelle (réelle ou supposée), n'est pas susceptible de se résoudre en terme d'égalité : le harceleur qui recherche des « *faveurs sexuelles* » dispose d'un important moyen de pression compte tenu de la crainte actuellement exprimée (fondée ou non) d'une perte d'autorité, d'une stigmatisation de l'entourage, d'être désormais défavorisé dans le déroulement de sa carrière, voire menacé dans le maintien de son emploi.

Par ailleurs, comme nous avons déjà fait référence, avant la loi de 2002, seul le harcèlement sexuel provenant d'un supérieur hiérarchique était sanctionné par le droit du travail. Aujourd'hui, il peut faire l'objet, selon le comportement en cause, d'une qualification de harcèlement moral[120]. S'agissant des homosexuels la situation était tout autre. En effet, dans un arrêt du 8 octobre 1993, la Cour d'appel de Paris avait déjà jugé « *légitime le licenciement prononcé pour harcèlement sexuel* » du salarié qui avait proposé à un collègue de même sexe d'effectuer sur lui une fellation et qui avait demandé à un autre de lui montrer « *si ses poils pubiens étaient du même blond que ses cheveux* »[121]. Bien qu'aucune décision publiée n'ait été rendue sur cette question à propos de collègues de sexe différent, conformément au principe de non-discrimination, l'appréciation de validité du licenciement prononcé pour harcèlement sexuel d'un collègue devra être indifférente à l'orientation sexuelle hétérosexuelle de la relation recherchée.

Enfin, soulignons qu'à la différence du harcèlement sexuel, le harcèlement moral doit être répété, c'est-à-dire prolongé dans le temps.

118. « [...] *à mes collègues, je n'ai pas dit que j'étais homosexuel, même si les plus proches s'en doutent fortement. Je pense même qu'ils le prendraient plutôt bien. Mais je dirige une équipe. Imagine que je convoque quelqu'un dans mon bureau, on va tout de suite le mettre en garde contre moi : "Sois gentil avec lui, sinon il te vire". J'ai peur que mon autorité soit cassée. Car pour eux, même s'ils sont assez cool, un pédé ne peut pas diriger. C'est un obsédé sexuel, aussi pervers que le type qui viole un gamin. Ça reste cela. Aujourd'hui, tout le monde m'aime bien, mais au moindre problème, mes collègues pourront l'utiliser contre moi* », témoignage d'un cadre dans un grand groupe parisien, reproduit dans *Libération*, supplément « Emploi » du 22 novembre 1999, dossier « Au bureau pour vivre gay, vivons cachés » ; *cf.* également le rapport 2001 de SOS Homophobie, pp. 93 et s. et les témoignages rapportés *supra*.

119. *Cf. supra* ; A. MAZEAUD, « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », *Dr. soc.* 2002, 321.

120. B. PY, « Le harcèlement moral et la jurisprudence pénale », *Semaine sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007, nº 1315 p. 13.

121. CA Paris, 18e ch., sect. C, 8 octobre 1993, *Sté Euro Disney c./Vallinas*, *op. cit.*

La perte de l'emploi

Face à l'orientation sexuelle du salarié, le C. trav. est explicite en affirmant le caractère illicite de tout licenciement qui serait directement ou indirectement, fondé sur ce motif (article L. 122-45 C. trav.).

Cependant, l'homosexualité du salarié, réelle ou supposée, constitue encore souvent dans les faits le motif, explicite ou implicite, direct ou indirect, de la fin de la relation de travail. Qui plus est, il ne s'agit pas seulement en pratique de licenciements discriminatoires : le harcèlement à connotation sexuelle subi par le salarié et plus généralement l'homophobie rencontrée dans l'environnement de travail (que ces comportements soient le fait de l'employeur, de collègues ou même de clients) peuvent également avoir des conséquences sur la poursuite de la relation de travail en poussant le salarié à démissionner.

Notamment depuis 1998, les rapports successifs de l'association SOS Homophobie et d'autres associations (L'Autre Cercle, Homoboulot, etc.) témoignent de la réalité et du caractère insidieux des discriminations dont certains salariés sont victimes, en raison de l'homosexualité [122]. Pour ce faire, divers stratagèmes constituant autant de parades à la prohibition légale, sont mis en œuvre : provoquer un licenciement en invoquant un motif quelconque différent de l'homosexualité, adopter des mesures modifiant les conditions de travail de façon telle que le salarié, déstabilisé, est poussé à démissionner, ou bien encore laisser perdurer des situations d'homophobie professionnelle qui conduisent le salarié à préférer quitter son emploi. Enfin, il peut s'agir en pratique du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou d'un refus d'embauche après une période d'essai ou au terme d'un contrat à durée déterminée notamment.

Si dans les faits de nombreux salariés se plaignent d'avoir été victimes d'un licenciement en raison de l'homosexualité, en revanche, les actions invoquant que l'orientation sexuelle du salarié a motivé cette décision sont rares, pour ne pas dire inexistantes. Une recherche de la jurisprudence relative au licenciement fondé sur l'orientation sexuelle d'un salarié depuis 1990 (date à laquelle les mœurs ont été ajoutés à l'article L. 122-45 du C. trav.) ne renvoie ainsi qu'à deux affaires, celle dite *du Sacristain* jugée par la Cour de cassation en 1991 et celle du Conseil de prud'hommes de Martigues du 20 janvier 2003 [123]. Cette distorsion résulte de ce qu'en pratique, une telle discrimination est généralement dissimulée derrière un autre motif de licenciement, lui légal. En effet, de même qu'en ce qui concerne les pratiques discriminatoires aux différents niveaux de la relation de travail, leurs auteurs ont su adapter leurs comportements de manière à ce qu'ils ne puissent être appréhendés par le juge. Qui plus est enfin, les situations sont extrêmement variées, voire subtiles, et imbriquées, de sorte qu'il est difficile de dresser une liste exacte et exhaustive de ces dissimulations : ce peut être l'invocation d'une faute dans l'exécution de sa mission par le salarié, que cette faute soit réelle, mais fasse l'objet d'une sanction plus sévère qu'à l'accoutumée, qu'elle ait été elle-même provoquée par l'employeur du fait d'un harcèlement, attendue

122. *Cf.* également l'étude réalisée par STONEWALL sur la situation des gays et lesbiennes au travail *(op. cit.)* : 10 % des personnes interrogées affirment que l'on a tenté de les licencier ou qu'on les a menacés de licenciement du fait de leur orientation sexuelle homosexuelle connue ou supposée et 8 % qu'elles ont été licenciées ou forcées à démissionner pour ce motif ; le désarroi consécutif au harcèlement conduit souvent ces salariés démotivés à des arrêts maladies répétés et prolongés, néfastes à leur carrière.

123. *Philippe BOUTIN c./Société TNT Jet Services*, 7 janvier 2003, inédit.

ou bien encore formellement élaborée de toutes pièces, de sorte que le salarié ne puisse ou n'ose s'en défendre[124].

Les difficultés rencontrées afin d'appréhender le caractère discriminatoire du licenciement ne sont cependant ni nouvelles, ni propres aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : c'est un problème récurrent pour toutes les discriminations prohibées par la loi, qui lui ôte beaucoup de son efficacité pratique. Ainsi, en matière de licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, le législateur a successivement renforcé les protections et recherche aujourd'hui encore des solutions permettant de les contrer efficacement.

Un autre facteur de cette apparente inexistence de licenciements en raison de l'orientation sexuelle (notamment homosexuelle) résulte du droit lui-même. En effet, jusqu'à la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, le salarié qui s'estimait victime d'une telle discrimination devait formellement rapporter la preuve que son homosexualité avait bien été le motif de la décision de l'employeur. Or, à moins de disposer d'un élément matériel (un écrit), une telle preuve était en pratique impossible à établir. La nouvelle rédaction de l'article L. 122-45 du C. trav. permet aujourd'hui d'envisager que notamment les discriminations en raison de l'orientation sexuelle, soient désormais plus aisément révélées et condamnées. D'une part en effet, la charge de la preuve pesant sur le salarié qui s'estime victime d'une discrimination a été allégée : il lui incombe dorénavant de présenter des éléments de faits « *laissant supposer l'existence d'une discrimination* » ; d'autre part, le législateur a introduit la prohibition des discriminations indirectes. Cette notion permet de constater l'existence dans les faits, au-delà de toute discrimination explicite ou d'une volonté en ce sens, d'un traitement moins favorable fondé sur un critère de distinction en principe prohibé. Une telle discrimination existe quand « *une mesure apparemment neutre est susceptible d'entraîner en réalité un désavantage particulier* » pour des personnes, identifiables au travers de l'un de ces critères prohibés, par rapport à d'autres personnes.

Dans cette perspective, nous envisagerons successivement l'hypothèse dans laquelle la rupture du contrat de travail résulte d'un licenciement ou de la démission du salarié.

LE LICENCIEMENT

La nullité de plein droit du licenciement fondé sur l'orientation sexuelle

D'après G. COUTURIER, « *le licenciement est un acte juridique par lequel l'employeur met fin unilatéralement au contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. C'est donc l'acte par lequel l'employeur exerce son droit de résiliation unilatérale* ».

L'article L. 122-45, alinéa premier du C. trav. dispose qu'« *aucun salarié ne peut être licencié en raison* [...] *de son orientation sexuelle* ». Toute rupture du contrat de travail est discriminatoire, et donc prohibée. L'alinéa 3 du même texte énonce en outre que « *toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit* ». En principe, la victime devra donc être réintégrée. En outre, l'employeur est également passible de poursuites

124. Car c'est au regard de la procédure de licenciement et du motif invoqué dans la lettre que le juge va devoir se prononcer ; en ce qui concerne la réalité des circonstances de fait, c'est-à-dire la discrimination, c'est au salarié d'en rapporter la preuve : à défaut, l'apparence officielle du licenciement constituera la vérité judiciaire. La hauteur des difficultés potentielles mais également le coût et la durée d'une telle procédure ne doivent pas être ignorés : ils constituent bien souvent en pratique des obstacles déterminants pour l'individu face à l'indifférence des facteurs temps et économiques d'une personne morale. Enfin, intenter une action contre un employeur peut s'avérer être un risque important, compte tenu qu'en cas d'échec – une hypothèse extrêmement probable en l'état actuel – celui-ci peut lui réclamer des dommages et intérêts pour procédure abusive.

pénales sur le fondement de l'article 225-2 du C. pén. qui punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, la discrimination en raison de l'orientation sexuelle lorsqu'elle consiste à licencier une personne.

La jurisprudence restrictive de la Cour de cassation

Dans un arrêt rendu en 1991, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer le principe légal prohibant le licenciement fondé sur l'homosexualité du salarié, tout en restreignant cependant son champ d'application. Si la doctrine a coutume de présenter cette jurisprudence comme concernant une situation particulière – celle de l'emploi d'un salarié homosexuel dans une entreprise à caractère religieux –, il convient en réalité de l'envisager comme susceptible de concerner un domaine bien plus vaste : elle pourrait en effet être utilisée afin de justifier des licenciements discriminatoires fondés sur l'orientation sexuelle homosexuelle, pourtant en principe prohibés par la loi.

Cette solution a été formulée par la ch. soc. de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 avril 1991, P. *c./Association Fraternité Saint-Pie X*, arrêt dit *du Sacristain*[125]. Après avoir rappelé que « *ces textes* [articles L. 122-35 et L. 122-45 C. trav.] *interdisent à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses* », la Cour a en effet considéré que dans cette hypothèse, il pouvait néanmoins « *être procédé à un licenciement dont la cause objective* [serait] *fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ». Depuis lors, cette jurisprudence n'a pas été renversée.

À l'origine de cet arrêt, le licenciement par une association de chrétiens « traditionalistes », d'un salarié engagé en qualité d'aide sacristain, et dont elle avait appris, « *à la suite d'une indiscrétion* », l'homosexualité et la séropositivité. Saisi d'une action en rupture abusive du contrat de travail, le Conseil des prud'hommes avait accueilli la demande[126]. L'employeur avait obtenu l'annulation du jugement par la Cour d'appel de Paris qui avait estimé que le licenciement était justifié, au motif que l'homosexualité du défendeur constituait une « *méconnaissance délibérée* [...] *de ses obligations nées du contrat de travail* », méconnaissance qui « *a existé et existait indépendamment du scandale qu'un tel comportement était susceptible de provoquer* » ; la Cour avait retenu qu'en l'espèce, le salarié était chargé de fonctions « *impliquant nécessairement la manipulation des vases sacrés, à porter et à déposer sur l'autel en vue des célébrations, et à les retirer à l'issue de celles-ci* ». Afin de juger que l'homosexualité pouvait constituer, en soi, un motif réel et sérieux de licenciement, la Cour avait jugé « *qu'il est constant que l'homosexualité est condamnée depuis toujours par l'Église catholique avec une fermeté qui ne s'est jamais démentie, pour être radicalement contraire à la loi divine inscrite dans la nature humaine* »[127]. Saisie d'un pourvoi formé par le salarié, la ch. soc. de la Cour de cassation a cependant cassé l'arrêt, au motif que, pour

125. Cass. soc., 17 avril 1991, *Dr. Soc.* 1991, 485, note J. SAVATIER, « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux » ; *JCP* 1991, II, 21724, note A. SÉRIAUX ; *Gaz. Pal.* 1991, 2, 474, note Échappe ; *Dalloz* 1990, *IR* p. 125.

126. Conseil de prud'hommes de Paris, sect. act. div., 6 décembre 1988.

127. CA Paris, 30 mars 1990, *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 596 (1re espèce), note VILLACÈQUE ; les magistrats ont motivé leur décision dans les termes suivant : « [...] *tout ce qui était en contradiction flagrante avec de telles données* [la nécessité pour le salarié de l'association d'être en parfait accord spirituel avec elle] *constituait en soi des violations des obligations contractuelles; qu'en l'espèce revêtaient ces caractères l'homosexualité reconnue par Jacques P... non comme une expérience passagère et isolée, mais comme* une habitude invétérée*, au point d'en faire un véritable état de vie dont les suites pathologiques n'ont été que le révélateur* ».

rejeter la demande de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail, la Cour d'appel «*s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissement de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association*».

Au fondement de sa cassation, la haute juridiction a visé les articles L. 122-35 et L. 122-45 du C. trav., afin de considérer que, sous peine de nullité, l'employeur ne peut en principe prendre de mesure à l'encontre d'un salarié – notamment le licencier – qui serait fondée notamment sur ses mœurs. Ce visa appelle un commentaire préalable. Le renvoi à l'article L. 122-35 n'était en effet *a priori* pas justifié en l'espèce : cette disposition concerne les clauses du règlement intérieur, ce dont il n'était pas ici question. En outre, la Cour a raisonné au regard d'une prohibition du licenciement en raison des mœurs qui n'était pas en vigueur au moment des faits : cette disposition n'a en effet été insérée qu'en 1990[128]. Elle va cependant prendre en compte cette dernière interdiction. Faut-il voir dans ce double visa, une volonté de retenir à l'époque un principe de non-discrimination en raison des mœurs en matière de licenciement, dans le prolongement de la prohibition dans le règlement intérieur, de dispositions qui léseraient les salariés dans leur emploi ou leur travail en raison de leurs mœurs, en vigueur quant à elle depuis 1986 ?[129]

Quoi qu'il en soit, la spécificité de cet arrêt réside dans le fait qu'alors que le législateur n'a jamais prévu la possibilité pour l'employeur d'invoquer un motif légitime permettant de légitimer la différence de traitement, la ch. soc. a au contraire introduit une telle dérogation. En effet, si la Cour reconnaît la nullité au regard du C. trav. du licenciement d'un salarié expressément fondé sur son homosexualité, elle envisage néanmoins qu'un tel licenciement puisse être validé, dès lors que «*compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise*», «*le comportement du salarié*» cause au sein de l'entreprise «*un trouble caractérisé*». Bien qu'en l'espèce, aucune justification n'ait été retenue par la juridiction de renvoi, cette motivation de la Cour de cassation pose sans ambiguïté le principe d'une telle possibilité. Or elle se trouve objectivement en contradiction avec la lettre de la loi alors en vigueur.

À la différence de la répression pénale des discriminations à une certaine époque, le droit du travail alors en vigueur n'avait en effet jamais permis à l'employeur d'invoquer un motif ou un but légitime susceptible d'écarter l'illégalité de la mesure discriminatoire, et ce *a fortiori* en ce qui concerne les mœurs[130]. Cela étant, en droit du travail notamment, l'usage par le juge de son pouvoir d'appréciation a eu pour conséquence «*inévitable*»[131] de continuer à rechercher dans les faits la pertinence de la justification invoquée par l'auteur de la discrimination et donc de la légitimer. Cela avait déjà été le cas à propos des entreprises de tendance où, afin de déroger au principe légal de non-discrimination en raison des convictions religieuses, la Cour de cassation avait considéré la méconnaissance par le salarié de

128. Loi nº 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *op. cit*.

129. Loi nº 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social, *op. cit*.

130. Dès l'adoption des premières dispositions pénales en 1972 incriminant les discriminations, jusqu'à l'adoption du Nouveau Code pénal en 1993 abrogeant de fait la dernière possibilité d'invoquer un motif légitime, le législateur a permis à l'auteur de l'infraction de justifier ce comportement discriminatoire afin de s'exonérer de sa responsabilité pénale. L'appréciation du caractère légitime de la discrimination était laissée à l'appréciation du juge. S'il a été possible d'invoquer un motif légitime en matière de discriminations dans l'emploi (article 416-3° ancien du C. pén.), cela a cependant été abrogé depuis la loi nº 83-635 du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (*JO* 14 juillet 1983). Qui plus est, il n'a jamais été possible d'invoquer la poursuite d'un tel but afin de justifier une discrimination fondée sur les mœurs en matière d'emploi, puisque ceux-ci ont été ajoutés en 1990.

131. «[...] *sous peine d'aboutir à des solutions absurdes*» : D. LOCHAK, «Réflexions sur la notion de discrimination», *Dr. soc.* 1987, 788-789.

son obligation de « *communion de pensée et de foi avec son employeur* » que suppose son engagement comme professeur par une institution religieuse [132]. Toutefois, contrairement aux apparences, la question de la légitimation des discriminations fondées sur les mœurs ne peut légitimement être analysée dans le prolongement de cette dernière jurisprudence.

En effet, dans l'affaire du Sacristain, d'une part, il n'est pas question de la liberté de conscience. D'autre part, en 1991, la Cour a, au contraire, justement sanctionné le raisonnement inspiré de cette solution en matière d'entreprises de tendance mis en œuvre par les juges d'appel afin de justifier le licenciement fondé sur les mœurs. Ceux-ci avaient en effet considéré que, compte tenu du fait qu'elle soit condamnée depuis toujours par l'Église, l'homosexualité du salarié constituait une « *méconnaissance délibérée de ses obligations* », justifiant dès lors son licenciement [133] ; il s'est agit selon ce raisonnement de justifier le licenciement discriminatoire par le non-respect d'une obligation propre à la nature de l'employeur. Or, la haute juridiction a très précisément sanctionné cette motivation : elle énonce en effet très clairement qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel s'est « *bornée à mettre en cause les mœurs du salarié* » et a violé les textes visés [134]. Le raisonnement élaboré dans la jurisprudence *Fischer* n'est donc pas le même que celui développé par rapport à l'homosexualité.

En outre, le « *motif légitime* » que la Cour de cassation juge recevable en 1991 diffère de celui traditionnellement apprécié à propos des entreprises de tendance ; en l'espèce, il est fait référence au « *comportement* » du salarié ; or dans l'arrêt *Fischer* de 1986 à l'inverse, aucun comportement perturbant de la salariée n'était en cause : seule son opinion, la contrariété de son état psychologique avec les valeurs philosophiques de l'employeur avaient justifié le licenciement. Face à la circonstance de l'homosexualité, la Cour de cassation s'est donc montrée plus exigeante en faisant référence à une attitude active du salarié : encore faut-il, selon elle, que son comportement ait « *créé un trouble caractérisé* » au sein de l'entreprise [135].

Enfin, cette solution s'inscrit en dehors de la jurisprudence des entreprises de tendance du fait qu'en invoquant un « *trouble* » causé par le comportement du salarié homosexuel, elle permet la justification de la discrimination dans un nombre potentiellement plus important de domaines. En effet, si la première jurisprudence concerne par définition les seules institutions religieuses, la justification des discriminations fondées sur l'homosexualité est quant à elle susceptible d'être mis en œuvre dès lors notamment que l'entreprise à « *une finalité propre* » [136]. Du fait de son caractère général, ce critère permet potentiellement de prendre en compte d'autres idéologies d'entreprises, que religieuse. En outre, afin de déterminer le « *trouble caractérisé* », l'arrêt de 1991 énonce que cette « *finalité propre* » de l'entreprise doit être mise en relation avec la « *nature des fonctions* » du salarié licencié en raison de son homosexualité. De fait, un employeur pourrait donc invoquer le trouble créé par le comportement du salarié compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, afin de justifier le licenciement dans lequel il serait fait explicitement référence à son orientation sexuelle.

En autorisant ainsi les juges du fond à procéder à une telle appréciation, cette décision de la Cour de cassation remet en cause le caractère absolu de la prohibition des discriminations

132. En ce sens, *cf.* le commentaire de J. SAVATIER à propos de l'arrêt *UNACERF c./M^elle FISCHER* de la 1re ch. civ. de la Cour de cassation du 20 novembre 1986 (*Dr. soc.* 1987, 375).
133. CA Paris, 30 mars 1990, *op. cit*.
134. Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit*.
135. Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit*.
136. Cass. soc., 17 avril 1991, *op. cit*.

fondées sur les mœurs et notamment sur l'homosexualité en droit du travail, telle qu'elle était énoncée à l'article L. 122-45 du C. trav.

Nous nous trouvons face à une solution qui met à mal la lettre des textes prohibant certaines discriminations et qu'en d'autres occasions, la doctrine a déjà qualifiée de « *dangereuse* »[137].

Cette contrariété existait avant la réforme introduite par la loi du 16 novembre 2001, puisque si des dérogations au principe de non-discrimination existaient, elles étaient alors expressément et exclusivement prévues par les textes[138]. Cela serait également le cas au regard de la nouvelle rédaction de l'article L. 122-45 du C. trav. qui oblige désormais l'auteur présumé d'une discrimination directe à rapporter la preuve « *qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* »[139]. Dans cette perspective, la jurisprudence pourrait en effet être tentée de mettre en œuvre les critères de la légitimité de la discrimination retenue dans l'arrêt de la Cour de cassation de 1991. Or, c'est la logique intrinsèque de ce raisonnement et ses implications qui doivent être considérées : par ce biais, il serait en effet parfaitement envisageable de légitimer également le licenciement d'un salarié motivé par sa race, son origine ethnique ou son sexe, compte tenu de la qualification d'un « *trouble caractérisé* » causé par lui, en raison de l'une de ces caractéristiques, « *compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise* ».

En effet, afin d'admettre le licenciement discriminatoire d'un salarié du fait de son homosexualité, la Cour de cassation avait envisagé l'homosexualité comme un droit subjectif, une liberté d'être et de se comporter. P. est homosexuel, ce fait n'est ni contesté, ni contestable puisqu'il ne peut, selon la Cour, à lui seul constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement[140] : l'homosexualité y était considérée comme un choix de vie dont le respect s'opposait à ce qu'il motive valablement à lui seul une discrimination[141]. En revanche, le comportement de l'individu quant à l'usage de cette liberté de ses mœurs aurait été susceptible de justifier une sanction, dès lors que, compte tenu des spécificités du contexte, l'exercice de cette liberté aurait été jugé abusif et donc fautif. Tel semble être l'esprit de cette décision : elle permet de sanctionner le caractère fautif d'un éventuel abus de droit, s'inspirant de la notion développée la jurisprudence civile pour qui, « *l'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein de nuire, un usage préjudiciable à autrui* »[142]. Mais en partie seulement, car la chambre sociale renonce même dans cette hypothèse à l'exigence d'une intention de nuire du titulaire du droit : aux termes du principe posé, le seul constat d'un trouble caractérisé causé au sein de l'entreprise suffira à légitimer

137. *Cf.* D. LOCHAK, *op. cit*, à propos de la jurisprudence en matière d'entreprises de tendances.

138. *Cf.* à propos des discriminations à l'embauche fondées sur le sexe : l'article R. 123-1 du C. du trav. dénombre les seuls emplois « *pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante* [...] *: artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin; mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires; modèles masculins et féminins* ». En dehors de ces hypothèses, toute discrimination fondée sur le sexe est en principe prohibée.

139. Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 122-45 dispose que le défendeur doit prouver « *que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » : cette formulation n'est pas conforme à celle retenue par la directive 2000/78 CE du Conseil du 27 novembre 2000, *op. cit.*, laquelle constitue le droit applicable, qui vise « *la preuve qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* » (article 10, 1.).

140. La ch. soc. sanctionne ainsi explicitement la motivation des juges de la Cour d'appel qui avaient admis l'existence d'une telle cause réelle et sérieuse de licenciement.

141. Le choix d'une telle approche est selon nous largement déterminé par le fait que le droit français considérait l'homosexualité au travers de la notion de mœurs. Traditionnellement, celle-ci fait en effet référence à un comportement, un choix de vie et ce faisant une liberté, ce qui est discutable.

142. Cass. civ. 2e, 26 novembre 1953, *Dalloz* 1956, 154. Jurisprudence développée en matière de responsabilité civile sur le fondement de l'article 1383 du C. civ. Dans ce sens, *cf.* J. SAVATIER, commentaire *op. cit*.

la sanction. Dans ce contexte, la justification objective traditionnelle en matière d'abus de droit, tirée de la légèreté, la malveillance, la méchanceté ou la mauvaise foi du titulaire de ce droit, est également difficilement invocable : ce régime dérogatoire en droit du travail à l'encontre des salariés gays et lesbiennes n'a donc, du point de vue de la rigueur du raisonnement juridique adopté, aucune raison d'être [143], sinon celle de créer un régime spécifique à propos des discriminations fondées sur l'homosexualité du salarié en matière de licenciement. Ceci nous semble contraire aux exigences de la directive 2000/78 qui exige que les dérogations à la prohibition de discrimination directe soient prévues par la loi.

Cette jurisprudence semble aujourd'hui dépassée. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 février 2005 a requalifié le licenciement pour faute grave d'un salarié en raison d'accusations diffamatoires envers des membres de la direction de l'entreprise en licenciement sans cause réelle et sérieuse en constatant l'absence de faute du salarié lequel avait simplement signalé le harcèlement homophobe qu'il subissait. L'entreprise fut condamnée à indemniser le salarié. Dans le même sens, la Cour de cassation, le 26 avril 2007, a annulé un licenciement fondé sur l'absence de réaction d'un cadre de haut niveau à un tract sur son comportement et ses mœurs qui aurait généré, vu son niveau hiérarchique, « *un trouble pour le personnel* ». La Cour concluait à un licenciement discriminatoire en raison des mœurs [144].

LA DÉMISSION

Les pressions psychologique, voire physique, qu'un employé peut subir du fait de son orientation sexuelle conduisent à sa marginalisation dans l'entreprise. Une telle mise à l'écart peut être directement imposée par l'entourage de travail, mais elle peut également être motivée indirectement par la nécessité pour le salarié victime de se préserver [145]. Par ailleurs, cette pression peut également être à l'origine de troubles pouvant nécessiter de fréquents arrêts maladies. Or, le problème est qu'en réaction à la pression résultant de ces efforts permanents, ou face au harcèlement de collègues, voire de leur employeur, certains salariés se résignent à démissionner, espérant trouver ailleurs de meilleures conditions de travail. Cette situation peut également concerner un salarié brimé en raison de son orientation sexuelle hétérosexuelle par exemple par son employeur homosexuel.

Si le C. trav. traite brièvement de la démission aux articles L. 122-5, L. 122-13 et L. 122-15, c'est au travers de la jurisprudence que s'est progressivement élaborée une protection du salarié démissionnaire [146]. Elle envisage notamment l'hypothèse d'une démission provoquée par l'employeur et requalifie la rupture en un licenciement. Cette requalification est un enjeu fondamental pour le salarié ainsi poussé à rompre unilatéralement son contrat de travail : elle lui permet ainsi de bénéficier des avantages attachés aux conditions légales de fond et de forme du licenciement, ainsi que de ses effets. Par ailleurs, compte tenu des conséquences pour l'emploi de comportements de collègues motivés par l'orientation

143. À moins de considérer l'orientation sexuelle homosexuelle, indépendamment de ses manifestations ou de toute faute, comme en soi une source d'« *incapacité* », une « *inaptitude* » à exercer certaines fonctions. Ainsi selon A. SÉRIAUX, en ce qui concerne la fonction de sacristain, « *le contact avec le sacré impliqu*[ant] *que l'on soit soi-même une personne "sacrée"* » devrait justifier en droit cette discrimination.

144. Cass. soc., 26 avril 2007, nº 05-42352.

145. *Cf.* les différents rapports de SOS Homophobie, *op. cit.* ; c'est le même constat négatif que font toute les enquêtes sur le harcèlement (absentéisme, démotivation, stress, congés maladie répétés et prolongés) et contre lequel la recommandation de 1991 met en garde les entreprises dans leur intérêt.

146. Sur l'ensemble de ce thème, *cf.* L. FINEL, « La démission implicite », *Gaz. Pal.* 1997, 3, 1273. P. ADAM, *op. cit*.

sexuelle sur certains lieux de travail, en l'absence de réaction de l'employeur, il pourrait être tenu responsable au titre du harcèlement moral. [147].

La démission provoquée par l'employeur

La prise en compte par le juge de la démission du salarié sous l'angle d'une rupture en réalité provoquée par l'employeur marque un souci majeur de protection. En effet, au-delà du contrôle exercé sur l'existence d'une volonté claire et non-équivoque de démissionner, la Cour de cassation a admis que soit rapportée la preuve, certes difficile, d'une démission provoquée par l'employeur, soit du fait de son comportement fautif, soit en raison des pressions qu'il a exercées.

L'existence d'un comportement fautif

Dans cette hypothèse, une faute de l'employeur peut résulter aux termes de la jurisprudence de l'inexécution de ses obligations d'origine légale ou contractuelle ayant conduit à la démission. Différentes décisions ont ainsi reconnu que le fait de contraindre le salarié à travailler dans des conditions dangereuses ou impossibles, de s'abstenir de lui fournir du travail, de lui payer son salaire ou encore d'opérer sans son accord une modification réelle et définitive d'un élément essentiel de son contrat de travail, étaient susceptibles de constituer de telles fautes [148].

Cette approche intéresse particulièrement la circonstance de l'orientation sexuelle. En effet, l'homosexualité vraie ou supposée du salarié peut conduire certains employeurs à prendre des mesures relatives à ses conditions de travail afin de le brimer, de le harceler, voire de l'exclure de fait, en conduisant le salarié à préférer quitter l'entreprise. Dans cette hypothèse, il est envisageable d'invoquer la jurisprudence classique afin que le juge requalifie en licenciement une démission provoquée par ces agissements.

La Cour de cassation condamne d'ores et déjà des agissements fautifs identiques à ceux dénoncés par des salariés gays et lesbiennes. Ainsi, elle a eu à connaître de l'affaire dans laquelle un salarié avait démissionné à la suite de la réduction progressive par l'employeur de ses fonctions et de ses responsabilités, de la privation d'un véhicule et d'un bureau, ainsi que du retrait des clefs de la société « *pour le cantonner dans des tâches* [...] *qu'il ne peut exercer normalement* ». Jusqu'à la notification du troisième avertissement, il n'avait cependant jamais contesté le bien-fondé de ces modifications de son contrat de travail. La Cour de cassation a finalement cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait refusé de requalifier sa démission en un licenciement. Ce faisant, la haute juridiction a également renforcé la protection du salarié en considérant que « *l'acceptation par un salarié de la modification de son contrat de travail ne peut résulter de la seule poursuite des relations contractuelles* » [149].

Précisons que la motivation de ces provocations de l'employeur – par exemple l'homophobie – est en principe indifférente : seule importe selon la jurisprudence, la reconnaissance d'une faute de l'employeur ayant conduit à la démission, à la charge du salarié de rapporter la preuve du lien de causalité entre sa démission et ces agissements fautifs. La recevabilité

147. Cass. soc. 20 décembre 2006 nº 05-43548 ; CA Dijon, 20 avril 2006 in P. ADAM, « Harcèlement moral, pleins feux sur l'obligation patronale de prévention », *Dr. Ouv*. 2007, 1, *op. cit*.

148. Pour les références de ces jurisprudences, *cf.* L. FINEL, *op. cit*.

149. Cass. soc., 12 juillet 1999, *Juridisque Lamy Social*, arrêt nº 3295. *Cf.* également P. ADAM, *op. cit.*

de principe d'une telle demande dans le cas de salariés par exemple homosexuels devrait d'autant moins poser de difficultés, que des brimades similaires, relevant d'un harcèlement à connotation sexuelle, et ayant provoqué la démission, ont déjà été sanctionnées [150].

L'exercice de pressions sur le salarié

En dehors de l'existence d'une faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations légales ou contractuelles, la jurisprudence relative à la démission forcée requalifiée en licenciement a longtemps pris en considération l'hypothèse dans laquelle la victime quitte son emploi car « *acculé*[e] *par des contraintes de toutes sortes de l'employeur* » [151]. Par « *contraintes* », à la différence de la situation précédente, il faut ici comprendre différentes formes de pressions psychologiques, mais également des violences physiques.

Ainsi, depuis plus de vingt ans avait été requalifiée en un licenciement, la rupture volontaire provoquée par : « *Les brimades exercées pendant de nombreux mois* » par l'employeur [152], les « *vifs reproches* » de l'épouse du PDG devant les clients, alors que la responsabilité du salarié n'était pas en cause, ou encore le fait d'avoir « *insulté l'intéressé, ancien gendarme, en le traitant de "sale flic" et de "sale nord africain"* », ou « *des réflexions désobligeantes en public* » [153]. Plus généralement, la jurisprudence retient l'attitude consistant à prendre, « *sans motif légitime, des mesures purement vexatoires, créant ainsi un climat de travail qui ne permettait pas la poursuite du contrat* » [154].

De fait, en assurant une telle protection, la jurisprudence tend à prohiber différentes manifestations du harcèlement moral au travers de sa conséquence ultime : le départ volontaire du salarié qui n'a d'autre choix pour tenter de préserver ainsi sa santé psychique [155]. Il semble même qu'elle se pose également en garante du respect de l'honneur de l'individu en acceptant de considérer comme provoquée la démission consécutive à des insultes : l'humiliation personnelle et sociale apparaît en effet comme un motif susceptible d'une telle requalification [156].

Le rapprochement de ces solutions avec les humiliations, insultes, brimades, menaces motivées par l'orientation sexuelle n'appelle aucune difficulté : les témoignages recueillis à propos du comportement de certains employeurs à l'égard de l'homosexualité réelle ou supposée de salarié(e)(s) se réfèrent aux mêmes violences psychologiques. Enfin cette conception jurisprudentielle permet de passer outre le caractère insidieux de mesures en apparence légales – non fautives – mais psychologiquement insupportables dès lors qu'elles sont utilisées sur le mode du harcèlement. Ce qui est très souvent le cas notamment en matière d'orientation sexuelle.

150. *Cf.* CA Aix-en-Provence, 18e ch., 4 janvier 1995, *JCP* 1996, II, 22624, note C. ROY-LOUSTAUNAU : l'employeur qui avait « *tenté vainement* » de séduire une employée, et qui avait dès lors cessé de lui fournir « *les moyens d'exercer normalement ses fonctions* », s'est vu imputer la rupture de la relation de travail du fait que, ce faisant, il n'a pas rempli ses obligations contractuelles.

151. L. FINEL, *op. cit*, p. 1277.

152. Cass. soc., 14 mars 1983, *Ternois c./Sté des Grands Travaux du Nord*, *Dr. ouvrier* 1984, 392 : « *Le salarié ne pouvait être tenu de poursuivre, même pendant la durée du délai-congé, l'exécution d'un contrat de travail rendu impossible par les manœuvres de l'employeur* [...] ».

153. À légalement justifié sa décision, la Cour d'appel qui a estimé « *que l'attitude des employeurs* [...] *était telle qu'il ne pouvait continuer à rester dans leur service et que, dès lors,* [...] *la rupture du contrat de travail était à la fois imputable à la société et dépourvue de cause réelle et sérieuse* » : Cass. soc., 10 avril 1986, *Bull. civ.* V, nº 127 ; Cass. soc. 21 juin 2005, nº 04-86 936.

154. Cass. soc., 16 février 1989, *Bull. civ.* V, nº 137.

155. Cass. soc., 20 décembre 2006, nº 05-43548.

156. *Cf.* Cass. soc., 10 avril 1986, *op. cit*.

La condamnation du harcèlement moral modifie aujourd'hui quelque peu la situation. Désormais, plutôt que d'invoquer cette jurisprudence, il est possible au salarié qui n'aurait pas intenté d'action en cours d'emploi et qui aurait démissionné, d'invoquer par la suite les dispositions de l'article L. 122-49 du C. trav. Au terme de cet article, « *toute rupture du contrat de travail* » qui résulterait d'« *agissements répétés de harcèlement moral* », est nulle de plein droit. Il ne fait aucun doute que la rupture à l'initiative du salarié entre dans le champ de la loi. Dans cette hypothèse, dès lors que le juge retient l'existence de tels agissements, la requalification de la démission en un licenciement n'est plus nécessaire. Qui plus est, elle permet d'envisager une poursuite pénale de l'employeur[157].

La démission provoquée par les autres employés

Si l'employeur peut adopter un tel comportement, en pratique, les pressions psychologiques, voire physiques, dont peuvent être victimes sur leur lieu de travail des individus en raison de l'orientation sexuelle, peuvent également être le fait de collègues. Face à cette situation, la démission peut également constituer une solution pour la victime. Or, jusqu'à récemment, aucun dispositif légal ou jurisprudentiel n'était prévu afin de lutter contre cette rupture du contrat de travail contrainte par les agissements de collègues. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a modifié cet état du droit en condamnant le harcèlement moral dans des termes qui, comme le harcèlement sexuel, n'exigent pas de rapport d'autorité entre l'auteur et la victime. Par ailleurs, l'hypothèse doit également être envisagée de l'engagement de la responsabilité de l'employeur du fait des agissements de salariés ayant conduits à la démission d'un autre[158].

L'annulation et la requalification de la rupture volontaire

Les dispositions adoptées par le législateur afin de condamner le harcèlement moral dans le domaine de l'emploi donnent aujourd'hui au juge un fondement objectif lui permettant, à la demande du salarié démissionnaire, d'annuler cette rupture du contrat de travail. En effet, l'article L. 122-49, alinéa 3 du C. trav. dispose explicitement que « *toute rupture* » du contrat de travail qui résulterait des agissements répétés de harcèlement moral est « *nulle de plein droit* ». Dans ces conditions, le salarié démissionnaire victime de tels comportements doit donc être en mesure d'obtenir l'annulation de cette démission.

Le salarié démissionnaire victime des agissements vexatoires, brimant ou injurieux de la part de collègues motivés par son orientation sexuelle vraie ou supposée pourra-t-il demander que sa démission soit requalifiée en un licenciement ? Dans l'hypothèse où la démission a été provoquée par des collègues de travail, une faute de l'employeur pourra être ici aussi retenue, compte tenu cette fois de son inexécution d'une obligation de sanctionner, d'empêcher les comportements ou les propos homophobes au sein de son entreprise, ou du moins de les prévenir efficacement. Il pourrait s'agir par ce biais de lui imputer le devoir de mettre en place des dispositifs d'information et de prévention efficaces[159]. Par suite, une faute de l'employeur pourrait être retenue en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations, laquelle a permis les agissements homophobes d'un ou de plusieurs salariés dont il a la responsabilité, et qui ont conduit un autre à démissionner.

157. B. Py, *op. cit*.
158. *Cf. supra* note 283.
159. P. Adam, « Harcèlement moral : pleins feux sur l'obligation patronale de prévention », *op. cit.*

Tout d'abord, l'employeur a, d'une manière générale, la charge d'assurer la préservation de la santé et de la sécurité de ses salariés. Cette obligation résulte d'une directive européenne du 12 juin 1989, transposée en droit du travail par une loi du 31 décembre 1991 [160]. Ces textes disposent notamment des « *principes généraux de prévention* » devant guider la mise en œuvre de mesures, parmi lesquelles la planification de la prévention « *en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants* » (article L. 230-2-II C. trav.). Pour ce faire, l'employeur doit prendre « *les mesures nécessaires* », lesquelles comprennent notamment « *des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés* » (article L. 230-2-I C. trav.). Ces dispositions ne visent pas seulement les dangers physiques dont peuvent être victimes les salariés : la préservation de leur équilibre psychologique est également concernée [161], dans le cadre plus général d'un appel au respect par le salarié de son environnement humain de travail [162]. Par ailleurs, l'objectif général de préservation de la santé des salariés est par définition extensible : l'élargissement des thèmes susceptibles d'être concrètement traités est la marque des progrès de la société et du droit ; ainsi, l'employeur est plus généralement chargé de veiller à l'adaptation des mesures destinées à protéger la santé des travailleurs « *pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* » (article L. 230-2-I C. trav.).

La lutte contre les comportements homophobes au sein de l'environnement de travail est parfaitement susceptible d'être intégrée à cette obligation de l'employeur d'assurer la protection de la santé de ses employés : les insultes, vexations et brimades de collègues concernant l'homosexualité réelle ou supposée, portent en effet objectivement atteinte à l'équilibre psychologique de la victime et sont à l'origine d'arrêts de travail consécutifs aux états dépressifs, et à terme de démissions. De même qu'en ce qui concerne le harcèlement sexuel, il importe de reconnaître à l'encontre de l'employeur une telle obligation de préservation [163] et, par suite, de permettre que soit engagée sa responsabilité lorsque ces agissements portent si fondamentalement atteinte à l'emploi de la victime puisqu'elle est conduite à démissionner.

Mais surtout, l'existence d'une obligation à la charge de l'employeur de prévenir les agissements homophobes au travail pourrait être dégagée des dispositions relatives au harcèlement moral. En effet, non seulement l'employeur doit rappeler dans le règlement intérieur les dispositions relatives à l'interdiction de toute pratique de harcèlement moral [164], mais l'article L. 122-51 du C. trav. issu de la loi de modernisation sociale dispose désormais qu'il

160. Directive CEE n° 89-391 du 12 juin 1989 ; loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le C. trav. et le CSP en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, *JO* 7 janvier 1992, p. 319.

161. L'article L. 230-2-II fait ainsi référence aux mesures qui pourront être prises « *en vue notamment de limiter le travail monotone et cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé* ».

162. L'article L. 230-3 du C. trav. dispose en effet qu'« *il incombe à chaque travailleur de prendre soin* [...] *de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celle des autres personnes concernées du fait de ses actes ou omission au travail* ». Cette disposition n'a pas cependant pour effet de décharger l'employeur de sa responsabilité éventuelle (article L. 230-4 C. trav. : « *Les dispositions de l'article L. 230-3 n'affectent pas le principe de la responsabilité des employeurs ou chefs d'établissement* »).

163. Avant la loi de 2002, la doctrine reconnaissait à propos du harcèlement sexuel deux supports à l'obligation de l'employeur de lutter contre ces agissements : les dispositions issues de la loi du 2 novembre 1992 *(op. cit.)* ainsi que celles de la directive de 1989 : *cf.* M.-A. MOREAU, *op. cit.*, 120 : « *Dans la mesure où il est acquis que le harcèlement sexuel est une cause fréquente d'absentéisme, de dépression nerveuse, et d'atteinte à la santé mentale des salarié(e)s, l'employeur a l'obligation de* [le] *prévenir aussi sur ce terrain* [son obligation d'assurer la santé des salariés] ».

164. Article L. 122-34, alinéa 4 C. trav.

lui appartient de prendre « *toute disposition nécessaire en vue de prévenir* » ce harcèlement. De surcroît, l'article L. 230-2 oblige l'employeur à « *planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment en ce qui concerne les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article* L. *122-49* ».

La reconnaissance d'une faute de l'employeur tirée du constat de l'absence de telles mesures de prévention ou de leur insuffisance trouve un fondement légal objectif [165] et, impose à l'employeur une réelle obligation d'intervenir contre l'homophobie. Non seulement l'article L. 122-51 du C. trav. impose-t-il une obligation d'intervention mais la Cour d'appel de Dijon en a effectivement déduit une obligation de protéger la victime [166]. Dans une affaire où le salarié a été licencié pour avoir initié une altercation physique suite à des brimades homophobes, la chambre sociale de la Cour d'appel de Rouen a conclu, face à la preuve de harcèlement sous forme de brimades et d'insultes, à l'absence de cause réelle et sérieuse au licenciement. La Cour décide que le salarié avait été provoqué et que son comportement ne pouvait être considéré comme fautif [167].

L'engagement de la responsabilité civile de l'employeur

En plus, ou à défaut de voir la démission provoquée par les collègues requalifiée en un licenciement, la responsabilité civile de l'employeur ne pourrait-elle pas être engagée afin de voir réparé le préjudice subi par le salarié démissionnaire [168] ? Il s'agirait de retenir sa responsabilité du fait d'autrui, en l'espèce du comportement de l'un de ses préposés à l'égard d'un autre.

La recevabilité d'une telle action a été expressément admise dans l'hypothèse où il existe un lien d'autorité entre le préposé auteur et la victime. La ch. soc. de la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 10 mai 2001 que « *l'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés* ». Il s'agissait en l'espèce de la réparation du dommage moral subi par une salariée, du fait de l'épouse de l'employeur qui lui avait infligé un mauvais traitement et proférait des insultes à son encontre [169]. Dans le prolongement du caractère contractuel de cette responsabilité du commettant [170], l'employeur engage également sa responsabilité du fait des actes de son salarié. En effet, concernant la responsabilité contractuelle du débiteur du fait de son préposé, il n'y aurait pas de justification à exiger l'existence d'un lien de subordination également entre le préposé et la victime : le principe de la responsabilité de l'employeur (le débiteur contractuel) est en effet uniquement fondé sur le fait que, bien qu'il ait confié l'exécution de son obligation à un tiers (l'un de ses salariés), il est responsable du dommage causé au créancier (en l'espèce un autre salarié) comme s'il avait lui-même mal exécuté ses engagements

165. Cass. soc., 21 juin 2007, nº 05-43 919.

166. CA Dijon, 20 avril 2006, *op. cit.*

167. CA Rouen, 3 avril 2007, nº 06/04003.

168. Les développements qui suivent sont envisagés à partir de ce cas de figure, mais ils ont vocation à s'appliquer à tout salarié victime de tels agissements, qu'il ait ou non démissionné.

169. Cass. soc. 10 mai 2001, *Bull. civ.* V, nº 158, p. 126 ; B. GAURIAU, « L'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés. Recherche d'un fondement juridique », *Dr. soc.* 2001, 921 ; CA Toulouse, 16 décembre 2005 nº 05-00624 ; CA Reims, 24 mai 2006, nº 03-02892.

170. En l'absence de visa d'un texte dans l'arrêt du 10 mai 2001, sur la question de savoir si cette responsabilité est contractuelle ou délictuelle, *cf.* B. GAURIAU, *op. cit.* note précédente, qui démontre qu'elle ne peut être que contractuelle.

contractuels[171]. La nature du lien entre le préposé et le créancier de l'obligation est donc totalement indifférente.

Concernant l'hypothèse du salarié qui a démissionné à la suite d'actes ou d'insultes homophobes de la part de l'un de ses collègues, l'engagement contractuel que l'employeur (par le truchement de ce préposé) n'a pas ou a mal exécuté réside, soit dans son obligation légale de préserver la santé et la sécurité des salariés, soit, plus précisément, dans celle de prendre « *toute disposition nécessaire en vue de prévenir* » le harcèlement moral (article L. 122-51 C. trav.).

171. Sur cette question, *cf.* par exemple, A. BÉNABENT, *Droit civil*, « Les obligations », collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, nº 412-1 et s., pp. 247 et s.

Partie II

LA VIE PRIVÉE ET LA VIE DU COUPLE

CHAPITRE I

Le droit au respect de la vie privée et le droit à l'image

En présence du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, il apparaît que la protection du droit au respect de la vie privée telle qu'elle est assurée par le juge français, entretient sur le plan juridique des relations particulières avec l'homosexualité qui semblent devoir être dépassées. En effet, il s'avère que la protection spécifique de l'homosexualité assurée au moyen de ce droit fondamental, qui a permis hier de dénoncer la stigmatisation de cette orientation sexuelle, semble aujourd'hui conduire, compte tenu des progrès du droit et des mentalités, à entretenir l'idée d'un particularisme de l'homosexualité.

Ainsi, selon une jurisprudence constante depuis le milieu des années 1980, à la différence de l'hétérosexualité, la circonstance de l'homosexualité est à l'origine d'une protection particulière sur le fondement du droit au respect de la vie privée de l'article 9 du C. civ.) : l'imputation de cette orientation sexuelle, qu'elle constitue ou non un fait avéré, est considérée par les juges comme portant atteinte à la vie privée et, par suite, ouvre droit à réparation ; cette solution est bien spécifique à l'homosexualité, dans la mesure où l'allégation d'hétérosexualité ne fait pas quant à elle l'objet d'une protection identique. Or, si ce traitement particulier pouvait jusqu'alors apparaître comme justifié, en ce qu'il s'agissait ainsi de préserver une liberté de choix, ou de vie, d'une sexualité homosexuelle, il est cependant permis se demander s'il ne risquerait pas à l'avenir de conduire à un effet inverse, en confortant l'idée d'une spécificité de l'homosexualité et en entretenant une représentation négative de celle-ci.

La protection spécifique de l'homosexualité dans le cadre de la vie privée

Cette protection renforcée apparaît tant en ce qui concerne l'appartenance de cette orientation sexuelle au domaine de la vie privée, strictement entendu, qu'à propos du droit à l'image, dégagé par la jurisprudence dans le prolongement du droit au respect de la privacité.

L'homosexualité en tant que composante de la vie privée

Classiquement, de nombreuses décisions retiennent que l'allégation de l'homosexualité d'un individu, que cette information soit ou non vérifiée, porte atteinte au respect dû à sa vie privée en violation de l'article 9 du C. civ. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris est particulièrement explicite sur ce point : « *L'allégation d'homosexualité, réelle ou supposée, quelle que soit la coloration morale qu'on y attache, constitue pour le moins une atteinte à l'intimité de la vie privée d'une personne, qui est fondée à en demander réparation par application de l'article 9 C. civ., sans qu'il puisse être admis une preuve quelconque* »[1].

1. CA Paris, 1re ch. B, 20 février 1986, *Dalloz* 1986, *Somm.* p. 236.

D'autres décisions ont été rendues dans ce sens. Dans un arrêt du 18 octobre 1995, la Cour d'appel de Paris a ainsi jugé qu'en révélant « *une prétendue liaison homosexuelle* » d'une journaliste, l'auteur d'un article avait porté atteinte à l'intimité de la vie privée de celle-ci [2]. De même, cette juridiction a considéré qu'un article de presse consacré à la vie sentimentale d'un célèbre artiste décédé et sur « *sa prétendue homosexualité* », avait porté atteinte à la vie privée « *d'un ami du défunt* » [3]. Le tribunal d'instance de Saint-Étienne a jugé que la cousine du demandeur qui révèle à sa tante, malgré l'opposition de son cousin, l'homosexualité et l'état de santé de celui-ci, commet une faute engageant sa responsabilité : selon le tribunal, « *cette dépossession d'une partie de sa vie privée lui a causé un préjudice direct* » [4]. Enfin, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a déclaré coupable de dénonciation calomnieuse une femme qui avait révélé l'homosexualité à la mère de son collègue de travail [5].

En l'absence parallèlement d'une protection similaire de l'hétérosexualité (on ne relève aucune décision condamnant dans les mêmes termes une atteinte au respect de la vie privée prise d'une allégation d'hétérosexualité), cette jurisprudence ne peut être présentée comme faisant de l'orientation sexuelle en général l'un des aspects de la vie privée : seule l'homosexualité est concernée. À la différence de cette dernière, s'il est fait référence à l'hétérosexualité, ce n'est jamais en tant que telle, mais uniquement au travers de la sanction de révélations de « *péripéties* » de la vie sentimentale et conjugale (vie en couple, mariage, rupture, divorce, etc.) [6].

Dans le prolongement de ce traitement particulier de l'homosexualité, le fait d'associer à l'allégation de cette orientation sexuelle un préjudice réparable, lui confère une signification particulière. En effet, dans la mesure où l'hétérosexualité n'est pas soumise à une protection identique, le préjudice réparé n'apparaît plus tant dans la violation de la vie privée, que dans l'allégation d'homosexualité elle-même. Du point de vue de cette jurisprudence sanctionnant l'atteinte au respect de la vie privée, il apparaît qu'il s'est agit avant tout de réparer une atteinte à l'honneur et à la réputation, plutôt qu'une atteinte au secret de la vie privée.

Plus récemment, les juges ont eu à statuer sur la révélation publique de l'homosexualité d'une personnalité politique, Jean-Luc ROMERO. Composante de la vie privée, l'homosexualité ne peut pas être révélée sans le consentement de la personne concernée selon le TGI de Paris (10 mars 2003). Les juges d'appel soulignent que « *les engagements politiques et associatifs de Jean-Luc ROMERO dans la lutte contre le sida ou la discrimination à l'égard des homosexuels et en faveur du PaCS ne peuvent être considérés comme révélateurs d'une volonté de manifester publiquement son homosexualité* » (CA de Paris, 21 octobre 2004). La Cour a condamné le magazine et l'auteur de l'article à verser 3 000 euros à Jean-Luc ROMERO au titre du préjudice subi.

Cela étant, cette protection de l'honneur atteint par l'allégation d'homosexualité, sur le fondement de l'article 9 du C. civ., trouve des limites. Ainsi, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris que la présentation sous forme de marionnette, du fils d'un prince régnant comme « *un être paresseux, méprisant le travail, et aux mœurs homosexuelles* », ne portait pas atteinte au respect de la vie privée de personnalités connues, dans la mesure où

2. CA Paris, 1re ch., sect. A, 18 octobre 1995, *Juris-Data nº 023627*.
3. CA Paris, 1re ch., sect. A, 11 février 1997, *Juris-Data nº 021159*.
4. TI Saint-Étienne, 7 décembre 1995, inédit.
5. CA Aix-en-Provence 4 novembre 2002, 02/01505 7e ch.
6. *Cf. Juris-Classeur Civil*, article 9, fascicule 10, « Jouissance des droits civils. Protection de la vie privée. Délimitation de la protection », par J. RAVANAS, nº 40 et la jurisprudence citée.

« les limitesdu genre satirique [émission télévisée *"au ton volontairement outrancier et sarcastique"*] *n'ont pas été dépassées »*[7].

Une protection renforcée du droit à l'image

Le droit à l'image est une composante traditionnelle de la vie privée[8]. S'agissant de la protection de ce droit, il convient classiquement de distinguer, d'une part, la question du consentement de la personne intéressée, tant en ce qui concerne la prise de l'image que de sa diffusion, et, d'autre part, la question spécifique de la protection du droit à l'image d'une personne se trouvant dans un lieu public. Dans les deux cas, la circonstance de l'homosexualité va appeler une protection particulière et renforcée le respect de la vie privée.

Le droit à l'image d'une personne photographiée dans un lieu privé

Concernant tout d'abord la protection du droit à l'image d'une personne photographiée dans un lieu privé, le principe général dégagé par la jurisprudence est que seule la personne concernée a le pouvoir d'autoriser tant la prise de l'image que sa diffusion. Dans le prolongement de cette idée, toute prise ou diffusion pour laquelle il n'est pas établi qu'elle y ait consentie, viole alors son droit à l'image[9]. Dans ces conditions, l'atteinte à la vie privée devrait en principe être tirée du seul constat de l'absence de consentement de la personne concernée. Or, il s'avère que face à la circonstance de l'homosexualité, le juge retient un motif d'aggravation du préjudice subi par celui dont le droit à l'image a été nié.

Ainsi, pour la Cour d'appel de Paris, *« la publication de la photographie du demandeur facilement identifiable dans une revue destinée aux homosexuels sans son autorisation justifie l'attribution de 40 000 F de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi »*[10]. Cette juridiction jugera dans le même sens en 1998 en retenant que *« porte atteinte au droit à l'image d'une personne la reproduction de sa photographie dans un guide consacré à Paris et à ses lieux homosexuels »*[11].

Pourtant, conformément à la jurisprudence traditionnelle, la seule publication dans une revue de la photographie du demandeur, facilement identifiable, sans son autorisation, justifiait l'attribution de dommages et intérêts pour atteinte au droit à l'image. L'importance accordée au fait que la photographie du demandeur publiée à son insu l'ait été dans *« une revue destinée aux homosexuels »*, signifie là encore que cette situation porterait distinctement et intrinsèquement préjudice. D'une part, en effet, la publication de la photographie dans un ouvrage destiné aux homosexuels a un caractère aggravant du préjudice résultant de la violation du droit à l'image. Cela est confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris qui retient explicitement que la *« publication dans une revue destinée à un public particulier (magazine pour homosexuels) »* est *« une circonstance de nature à aggraver le préjudice »*[12]. D'autre

7. CA Paris, 1re ch., sect. A, 11 mars 1991, *Juris-Data nº 020876.*
8. *Cf. Répertoire Dalloz de droit civil*, « Personnalité (droits de la) » par D. TALLON, nº 106 et s.
9. *Cf.* D. TALLON, *op. cit.*, nº 136 et s.
10. CA Paris, 1re ch. A, 15 juin 1987, *Européenne de données nº 87-24029*.
11. CA Paris, 1re ch., sect. B, 29 mai 1998, *Juris-Data nº 022461*.
12. TGI Paris, 1re ch., sect. 1, 18 décembre 1985, *Juris-Data nº 044251*.

part, en n'établissant aucun lien direct entre cette circonstance et la situation particulière du demandeur, le juge se réfère dans ce cas de figure à un préjudice objectif[13].

En revanche, l'atteinte au droit à l'image n'implique pas nécessairement une atteinte à la vie privée : dans l'affaire précitée concernant la reproduction d'une photographie dans un guide consacré à Paris et à ses « *lieux homosexuels* »[14], la Cour d'appel de Paris a jugé que celle-ci ne porte pas atteinte à la vie privée d'une personne « *dès lors que son nom n'est pas précisé, pas plus que la nature de la manifestation au cours de laquelle le cliché a été pris et qu'il n'y a aucune allusion à sa vie privée ou à ses penchants sexuels* ».

La protection du droit à l'image de la personne photographiée dans un lieu public

S'agissant de la protection du droit à l'image lorsque la personne concernée se trouve dans un lieu public, d'une manière générale, la jurisprudence dominante ne condamne pas le seul fait de publier sans autorisation la photographie d'un individu prise dans un lieu public. Dans leur majorité, les juges du fond exigent en plus une utilisation de ces clichés attentant à « *la réputation* » de la personne concernée, ou ceux portant atteinte à l'intimité de sa vie privée[15]. L'énumération des différentes situations dans lesquelles l'utilisation de la photographie d'une personne prise dans un lieu public a été considérée comme fautive, témoigne du niveau d'exigence élevé des juges : il en va ainsi lorsque la photo prise dans un bar a été utilisée afin d'illustrer des articles de « *propagande antialcoolique* », lorsque la photo présente par erreur l'individu comme un « *dangereux criminel* », lorsque l'image d'une personne filmée à son insu sur la voie publique est utilisée dans un film pornographique, lorsque la photo de l'intéressé divulgue sa fréquentation d'un trafiquant de drogue, ou encore lorsque la photo d'un notaire est utilisée afin d'illustrer les scandales auxquels sont mêlés d'autres notaires[16]. Majoritairement, cette jurisprudence révèle donc l'exigence du caractère outrageant, choquant et socialement préjudiciable de l'utilisation de l'image.

Or, dans une situation identique, la circonstance de l'homosexualité apparaît également propre à déroger au principe afin de retenir une atteinte au droit à l'image. Dans le prolongement direct de la jurisprudence précédente, le TGI de Paris a jugé l'existence d'une atteinte à la vie privée et au droit à l'image à la suite de la publication de la photographie d'un individu prise lors d'une université d'été homosexuelle[17]. Rappelant que « *la reproduction de la photographie de l'un des participants ne peut en principe être contestée* », les juges ont tout d'abord indiqué, conformément à l'esprit de la jurisprudence dominante sur cette question, que ce principe ne vaut que dans la mesure où « *l'événement relève de l'histoire contemporaine et que l'individu entre dans l'événement à l'occasion de faits qui n'éveillent pas une curiosité malsaine de nature à heurter les sentiments des personnes intéressées* ». Or, les magistrats estiment que « *ces conditions ne sont pas remplies quand il s'agit de la publication d'une photographie d'un participant de l'université d'été homosexuelle, sans son autorisation expresse et spéciale, dans le cadre d'un reportage annonçant et présentant la manifestation sur un ton de raillerie* ». Dans ces conditions, l'intéressé a été reconnu « *en droit d'exiger* [le secret de l'intimité de sa vie privée] *particulièrement à l'égard de sa famille et du milieu professionnel qui est le sien* ».

13. *Cf.* CA Paris, 1re ch. A, 15 juin 1987, *op. cit*.
14. CA Paris, 1re ch., sect. B, 29 mai 1998, *op. cit*.
15. D. TALLON, *op. cit*.
16. Jurisprudence rapportée par D. TALLON, *op. cit*.
17. TGI Paris, 4 juillet 1984, *Juris-Data nº 043022* ; *Dalloz* 1985, *IR* p. 17.

Certes, en l'espèce, la référence au « *ton railleur* » de l'article dans lequel la photographie a été publiée, pourrait laisser penser que ce n'est pas la circonstance de l'homosexualité en tant que telle qui porterait atteinte à la réputation de l'intéressé. Mais la constance de la jurisprudence ultérieure conduit à affirmer le contraire. En effet, pour indemniser la publication d'une photographie prise dans une discothèque sans le consentement de l'intéressé, le TGI de Paris a retenu qu'il avait été porté atteinte à sa vie privée « *par la révélation de sa présence à une réunion d'homosexuels* »[18].

Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles a considéré que la publication d'une photographie de deux hommes réalisée au cours de l'Euro Pride à Paris en 1997 constitue une atteinte à la vie privée et au droit à l'image de ces personnes, causant de surcroît un préjudice eu égard à leur situation familiale et professionnelle[19].

Il ressort de ces décisions que, dans l'hypothèse de la publication sans l'autorisation de l'intéressé d'un cliché pris en public, d'une manière générale, la circonstance de l'homosexualité motive une dérogation à la licéité de principe de cette pratique. Ce faisant, cette circonstance est susceptible de constituer pour le juge, soit l'une de ces « *atteintes à la réputation* » de l'individu[20] (au même titre que l'imputation d'alcoolisme, la pornographie, la qualité de criminel ou la fréquentation de trafiquants), ou tout du moins un aspect particulièrement sensible de la vie privée, à tel point qu'il puisse motiver une dérogation au principe.

L'ambiguïté d'une protection spécifique

De prime abord, la spécificité des solutions eu égard à la circonstance de l'homosexualité pourrait apparaître légitime. On peut admettre que s'il est une composante de l'intimité de la vie privée de tout individu, c'est bien notamment son orientation sexuelle. Cela étant, pour quelle raison selon la jurisprudence publiée, seule l'homosexualité fait-elle l'objet d'une protection explicite, à l'exclusion de l'hétérosexualité ?

Une première explication peut-être trouvée en rapprochant cette jurisprudence de celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme développée au début des années 1980, à l'encontre des législations qui pénalisaient les relations entre hommes adultes consentants. Afin de condamner ce type de dispositions, la Cour a intégré l'homosexualité, en tant que « *vie sexuelle* », au domaine de la « *vie privée* » visée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, et a considéré que la condamnation des relations entre adultes de même sexe constituait une ingérence arbitraire de l'État dans la sphère d'intimité des individus[21]. Ce faisant, la Cour avait exclusivement reconnu aux individus un droit de nature sexuelle, géographiquement limité à l'intimité de la vie privée.

Mais à l'inverse, en France, dès 1985, avec l'insertion des mœurs parmi les motifs de discrimination visés par l'article 225-1 du C. pén. (et désormais *a fortiori* au travers de la référence à l'orientation sexuelle), le législateur était allé au-delà de la seule protection de l'homosexualité en tant que composante de la vie privée et du droit au secret de celle-ci. En affirmant un principe général de non-discrimination, il avait en effet considéré que dans la

18. TGI Paris, 1re ch., sect. 1, 3 février 1988, *Européenne de données nº 88-40418.*

19. CA Versailles, 1re ch. 1er sect., arrêt du 31 janvier 2002 *SA Socopresse c./J. KIRSZENBERG et S. ROTHMAN.*

20. D. TALLON, *op. cit*.

21. *Cf.* l'arrêt *Dudgeon c./Royaume-Uni* et les arrêts suivants, *op. cit*.

sphère publique, c'est-à-dire concernant les relations des individus entre eux, l'homosexualité devait également être indifférente. De ce fait, dès cette époque, en théorie du moins, le juge français n'était pas tenu de circonscrire la protection à une liberté d'être homosexuel dans sa vie privée et à préserver coûte que coûte le secret de cette information, alors que la loi organisait l'absence d'incidence de la circonstance de l'homosexualité dans les relations sociales de l'individu, c'est-à-dire qu'elle tendait à ce que cette situation, connue, ne lui porte pas préjudice.

La justification de la permanence de cette jurisprudence spécifique concernant l'homosexualité ne pouvant être valablement trouvée dans une restriction légale de la protection de l'homosexualité à la sphère privée, une explication plus pertinente semble devoir être tirée du fait qu'en réalité, s'agissant de l'homosexualité, le juge civil a assigné et assignerait aujourd'hui encore cette circonstance à un domaine restreint, dissimulé, celui de l'intimité de la vie privée ; en jugeant ainsi désormais, sous couvert d'une protection de l'individu, il risque cependant de perpétuer une conception de l'homosexualité non seulement réservée au secret, mais aussi et surtout synonyme d'opprobre. Selon la jurisprudence, cette orientation sexuelle est attachée au dénigrement, voire au déshonneur. Face à une telle allégation, compte tenu du postulat de conséquences nécessairement préjudiciables à l'individu, il s'agirait donc avant tout, d'une part de dissuader quiconque de faire état ou d'alléguer une telle circonstance et, d'autre part, dans l'hypothèse où cette interdiction implicite a été transgressée, de réparer un préjudice qui serait objectivement subi. De même, à l'opposé, le fait de considérer les « *mœurs homosexuels* » comme relevant d'une satire admissible s'agissant de représenter un individu déjà qualifié de « *paresseux* » et « *méprisant le travail* »[22], véhicule l'idée que l'homosexualité peut être associée à la raillerie.

Qui plus est, dans la mesure où l'atteinte à la vie privée résultant de l'allégation d'homosexualité ne relève pas tant d'une protection globale de l'orientation sexuelle comme élément de l'intimité, que de la sanction d'une atteinte à l'honneur et à la considération, cette solution sort du domaine classique de la protection de la vie privée, pour empiéter sur celui de la diffamation. En effet, traditionnellement, en substance, « *c'est le sentiment de l'honneur que protège la répression de la diffamation et c'est celui de la pudeur à l'égard de la vie personnelle et familiale que protège le droit au respect de la vie privée* »[23]. Une atteinte à la vie privée peut certes – mais pas nécessairement – porter atteinte à l'honneur, mais il s'agit alors d'une diffamation, constitutive d'une infraction autonome[24]. Or, quelle est la pertinence juridique de la condamnation de l'allégation de l'homosexualité d'un individu au nom du respect de la vie privée, qui apparaît, non pas tant comme une mise à l'abri contre « *les investigations et les divulgations illégitimes* » (respect de la vie privée), qu'en réalité comme une protection de « *l'honneur et la considération* » (diffamation)[25] ?

On répondra peut-être à tout ceci que les moyens utilisés importent peu, pourvu qu'au final, l'individu soit protégé, du moins que l'auteur soit condamné et la victime indemnisée. Mais, d'une part, c'est donner ainsi à la protection de la vie privée une signification et une portée qu'initialement elle n'a pas. En présence d'une infraction spécifique de diffamation, ce

22. CA Paris, 1re ch., sect. A, 11 mars 1991, *op. cit.*

23. P. KAYSER, « Diffamation et atteinte au droit de la vie privée », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 409-427.

24. Une autonomie objectivement établie au travers de l'adoption de la loi du 17 juillet 1970 qui, non seulement a expressément consacré ce droit (jusqu'alors protégé par la jurisprudence) en l'inscrivant à l'article 9 du C. civ., mais a également introduit une infraction pénale prise de (certaines) atteintes à la vie privé (*cf.* article 226-1 et s. C. pén.).

25. P. KAYSER, *op. cit.*, p. 209.

glissement porte en effet atteinte, non seulement au rôle et à l'esprit des textes, mais également aux droits des justiciables, notamment ceux auxquels cette atteinte est reprochée. Au surplus, on peut s'inquiéter que ne soit ainsi consacré sinon un détournement, du moins une confusion des fondements textuels[26].

Mais surtout, d'autre part, du point de vue de l'égalité de traitement juridique des orientations sexuelles, il existe un effet pervers à considérer spécifiquement l'allégation d'homosexualité comme portant atteinte à l'honneur et à la considération de l'individu. Certes, au premier abord, les objectifs de protection de l'honneur ou de l'intimité de la vie privée pourraient apparaître légitimes[27]. Cela étant, ces considérations doivent dans le même temps être impérativement mises en perspective avec la représentation négative de l'homosexualité qui est consacrée. Au travers des décisions reproduites, l'homosexualité est indirectement qualifiée. La motivation implicite de cette jurisprudence – la protection contre l'opprobre – véhicule une conception négative, dévalorisante, infamante et infériorisée de cette orientation sexuelle : c'est en effet sans détour que son imputation porte préjudice[28]. Par opposition à l'hétérosexualité, l'homosexualité desservant l'individu, celle-ci devrait donc demeurer secrète, dissimulée au plus profond de l'intimité de l'individu : c'est là une présentation désavantageuse et inégalitaire.

En outre, l'existence de cette jurisprudence spécifique à propos de l'homosexualité ne contribue-t-elle pas à alimenter d'éventuelles pratiques ou menaces de *outing*, c'est-à-dire la révélation par un tiers de l'orientation sexuelle homosexuelle d'un individu, généralement une personnalité publique, contre sa volonté ? Quelle qu'en soit la motivation[29], c'est parce que l'homosexualité est encore souvent associée à un sentiment de honte, notamment au travers de cette jurisprudence, que de tels actes peuvent être craints par les personnes concernées, ou bien qu'elles choisissent de les devancer en révélant leur homosexualité[30]. Or la véritable atteinte à la vie privée ne devrait-elle pas plutôt être dénoncée dans la contrainte du *coming out*, cette « *nécessité* [pour un gay] *de se choisir lui-même face à la société et à la stigmatisation* »[31] ?

26. *Cf.* dans ce sens l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 mars 1991 *(op. cit.)* qui, dans un premier temps, juge irrecevable l'action en diffamation et injures atteinte par la prescription légale (article 65 de la loi du 29 juillet 1881 : trois mois) et, dans un second temps, apprécie l'existence d'une atteinte au respect de la vie privée, pour la rejeter en retenant notamment qu'*« il n'y avait pas d'intention de nuire » (sic)* de la part des auteurs. Or, en tant qu'incriminations pénales, non seulement la diffamation et l'injure sont soumises à de courts délais de prescription, mais de plus, la recevabilité de la plainte est conditionnée à la preuve de l'intention de nuire de l'auteur. À l'inverse, l'action en violation du droit au respect de la vie privée est régie par le délai de droit commun en matière civile, et elle n'exige en principe pour sa part, aucune preuve d'une intention de nuire.

27. Quoique l'on puisse légitimement se demander dans quelle mesure, en réalité, le juge ne peut de cette manière que tenter de réparer un préjudice déjà subi du fait de l'imputation de l'homosexualité, à défaut de pouvoir le prévenir.

28. Pour une analyse critique de la question voir : R.D. MOHR, « The outing controversy : privacy and dignity in gay ethics » *in* R.D. MOHR (sous la direction de), *Gay Ideas : Outing and Other Controversies*, Boston, Beacon Press, 1992.

29. Le *outing* est en effet susceptible d'avoir des motivations homophobes ou non : *cf.* le débat en 1999 à propos de la menace de *outing* par l'association Act-Up, d'un député qui avait participé à une violente manifestation anti-PaCS. Sur cette question, *cf.* notamment E. FASSIN, « "Out" : la métaphore paradoxale », in *Homosexualités : expression/répression*, L.-G TIN (sous la direction de), G. PASTRE (collaboration), Paris, Stock, 2000. pp. 180 et s.

30. Paradoxalement, dissimulée la circonstance de l'homosexualité peut être perçue (par la personne concernée ou les tiers) comme une faiblesse, connue, elle acquiert une certaine inconsistance.

31. D. ÉRIBON, *Réflexions sur la question gay*, *op. cit.*, p. 164. qui plus est, note l'auteur, cette nécessité doit être « *reconduite en permanence* » : « *Au fond, le* coming out*, c'est le projet de toute une vie : car la question se pose toujours de savoir où, quand et devant qui il est possible de ne pas cacher qui l'on est. La nécessité de choisir réapparaît dans chaque nouvelle situation de l'existence* [...] ».

Compte tenu de ces différents éléments, la question qui se pose désormais est de savoir si cette pratique jurisprudentielle peut et/ou doit être abandonnée.

Dans la négative tout d'abord, arguera principalement qu'en statuant ainsi, le juge ne fait en définitive que prendre en compte un fait social (le sentiment majoritaire du caractère préjudiciable pour un individu, de la référence son homosexualité vraie ou supposée) et qu'il répond à la nécessité de protection des personnes. Cet argument pose le problème plus général des rapports que le juge doit entretenir avec, non plus les normes juridiques formelles, mais, les valeurs sociales de la collectivité dans laquelle il se prononce : doit-il se contenter de les traduire, ou bien peut-il y demeurer indifférent, c'est-à-dire éventuellement les contredire ?[32] La question, classique, est susceptible de nombreux développements, dans un sens comme dans l'autre. Cependant, une position intermédiaire n'est-elle pas aujourd'hui envisageable, qui consisterait pour le juge à prendre en compte la morale sociale dominante, mais également à soumettre à la discussion sa pertinence et l'opportunité de sa traduction en droit[33].

Quoi qu'il en soit, il convient d'être particulièrement attentif à l'égard de motivations qui, en apparence parfaitement légitimes et louables (la protection de l'individu), serviraient en réalité la permanence d'un préjugé à l'encontre de l'homosexualité et la permanence d'une marginalisation juridique : comme la fait remarquer O. DE SCHUTTER, « *le plus souvent, le préjugé demeure caché derrière des formes diverses de rationalisation, tout un attirail de bonnes raisons venant légitimer l'opinion qui, si elle devait être privée de ce masque, apparaîtrait – sous son jour véritable – comme visant simplement à l'exclusion de l'autre* »[34].

32. Sur cette question, *cf.* O. DE SCHUTTER, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée », in *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, spéc. pp. 82 et s.

33. Dans ce sens, *cf.* O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 87.

34. O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 86.

CHAPITRE II

La vie du couple

Si le terme « *couple* » est utilisé par les juristes, c'est avant tout par commodité de langage, afin de désigner cette réalité sociologique que constitue « *l'union affective de deux personnes, scellée ou non par le mariage* ». La doctrine [35] a majoritairement dénié cette qualité à l'union de deux individus de même sexe [36]. Ceci relève d'une question sémantique, éventuellement philosophique, mais non juridique : récemment encore, ce terme n'appartenait pas à la terminologie juridique et il n'avait pas d'implications directes en droit [37], celui-ci n'envisageant que des époux, des conjoints ou des concubins. En outre, si l'on admet qu'*a priori* tout individu, quel que soit son sexe, a vocation à former avec un autre une union affective, l'insertion de l'article 515-8 dans le C. civ. en 1999 a clos l'éventuelle controverse : le concubinage y est défini comme une union de fait entre deux personnes « *qui vivent en couple* », qu'elles soient de sexe différent ou de même sexe. Du point de vue du législateur, la qualification couple est donc indifférente à l'orientation sexuelle de l'union. Ceci a par ailleurs été confirmé par le Conseil constitutionnel qui a estimé, à propos du PaCS, que la notion de vie commune visée par ce statut suppose, « *outre une résidence commune, une vie de couple* » [38]. Le Conseil considère donc que cette vie de couple est susceptible d'exister indifféremment au sexe de ceux qui le compose.

La formation et la vie du couple

Selon notre droit positif de la famille, l'existence d'un couple est susceptible d'être appréhendé de différentes manières : il peut s'agir d'une union de fait, un concubinage, ou d'une union de droit, un PaCS ou un mariage. Ils constituent actuellement les différents modes de conjugalité. Au regard de l'orientation sexuelle, l'accès à ces différents types d'union a connu et connaît encore des restrictions : jusque récemment la qualité de concubins était refusée aux couples homosexuels et ceux-ci n'ont actuellement pas accès au mariage civil. En étudiant successivement chacun de ces statuts – concubinage, PaCS, mariage, il conviendra de relever la nature des différences de traitement, d'apprécier la pertinence juridique de leurs justifications et d'envisager les mesures à même de réaliser l'égalité des couples.

Le concubinage

En insérant dans le C. civ. en 1999 une définition universaliste du concubinage, le législateur a mis un terme à la jurisprudence de deux chambres de la Cour de cassation qui refusait de

35. Pour une analyse des arguments doctrinaux contre les couples de même sexe voir : D. BORRILLO, « Fantasmes des juristes *vs ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe » in *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* (codirection avec E. FASSIN et M. IACUB), collection « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1999.

36. *Cf.* C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, 27 ; dirigé par le même auteur : *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998.

37. Le terme « *couple* » a été consacré en 1994, notamment au travers de la loi sur la bioéthique.

38. Conseil constitutionnel, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au PaCS, *JO* 15 au 15 novembre 1999, p. 16962, spéc. p. 16964.

qualifier ainsi l'union de fait de deux personnes de même sexe. Après être revenu sur les conditions particulières dans lesquelles l'accès indifférencié à ce statut a tout d'abord été refusé par la haute juridiction, puis garanti par le législateur, il conviendra de s'assurer du respect effectif du principe d'égalité de traitement des concubins au regard de l'orientation sexuelle, la question de la légalité des libéralités consenties entre les membres du couple constituant un thème pertinent.

L'ÉGAL ACCÈS AU STATUT

Refusé par les juges du fond, puis par la Cour de cassation, l'accès indifférencié des couples de même sexe à la qualité de concubins a finalement été fortuitement garantie par le législateur en 1999.

Le refus opposé par la Cour de cassation

Historiquement, le refus de reconnaître aux couples de même sexe la qualité de concubins s'inscrit dans le prolongement de l'institution de traitements moins favorables au regard de l'homosexualité – à une époque en droit pénal et aujourd'hui en droit civil[39] – résultant de la jurisprudence. Solennellement affirmé par la Cour de cassation en 1989, puis en 1997, ce refus contrastait cependant, d'une part, avec les avancées réalisées au cours de la même période à l'égard des couples homosexuels, tant par des juridictions du fond, que par le législateur[40], mais également, d'autre part, avec sa propre jurisprudence en matière de concubinage.

En 1989, la Cour de cassation avait jugé que les caisses primaires d'assurance-maladie pouvaient à bon droit refuser d'accorder la qualité d'ayant droit au concubin de même sexe d'un assuré social[41]. Pour ce faire, la Cour avait validé l'interprétation restrictive par les juges du fond de la notion de *« vie maritale »*[42]. Selon eux, en se référant à la notion de *vie maritale, « le législateur a par là même entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladies et maternité, à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut constituer qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »*[43]. Entérinant

39. *Cf.* J. DANET, « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in *Homosexualités et droit*, D. BORRILLO (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 97-108.

40. En outre, un arrêt du Conseil d'État du 4 mai 2001 (4e et 6e ss-sect., *Association Promouvoir*, Req. nº 183575 : *JCP* 2001, nº 23, *Actu.* p. 1089 ; *Dalloz* 2001, *IR* p. 1851 ; *Dr. fam.* juillet 2001, nº 68, p. 16, note H. LÉCUYER ; *Dalloz* 2002, *Somm.* p. 537, obs. J.-J. LEMOULAND) illustre, après coup, l'alignement de la haute juridiction administrative sur la jurisprudence du juge judiciaire. La haute juridiction administrative a en effet annulé la décision par laquelle la SNCF avait décidé (avant l'entrée en vigueur de l'article 515-8 du C. civ.) de délivrer la carte « couple » aux concubins de même sexe qui présentaient un certificat de concubinage, considérant qu'*« à la date à laquelle a été prise la décision attaquée* [...] *le concubinage s'analysait comme une relation stable et continue, ayant l'apparence du mariage, et ne pouvant concerner qu'un couple constituer d'un homme et d'une femme »* (rapprocher de la jurisprudence de la Cour de cassation *op. cit. infra*) ; la doctrine s'interroge sur l'opportunité et la signification de cette décision (*cf.* les observations de J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*).

41. CA Rennes, 8e ch., 27 novembre 1985, *Mme L... C. CPAM de Nantes*, *Dalloz* 1986, *Jur.* p. 380, note D. Denis. En l'espèce, il s'agissait de deux femmes.

42. L'article 13 de la loi du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la Sécurité sociale disposait que *« la personne qui vit maritalement avec un assuré social et se trouve à sa charge effective et permanente a, à condition d'en rapporter la preuve, la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladies et maternité »*.

43. Cass. soc., 11 juillet 1989, *Mme L... C. CPAM de Nantes*, *Bull. civ.* nº 514 ; *JCP* 1990, II, 21553, note M. MEUNIER ; *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 583, note P. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, 217, concl. M. DORWLING-CARTER.

cette interprétation, une solution identique avait été adoptée le même jour, à propos cette fois du refus d'Air France d'accorder au concubin de même sexe d'un salarié le bénéfice des avantages attribués au personnel et notamment à leur « *conjoint en union libre* »[44].

Prenant acte de cette jurisprudence, le législateur modifia en 1993 le régime de l'assurance-maladie afin de permettre à toute personne vivant à la charge effective et permanente d'un assuré, quel que soit son sexe, de bénéficier d'une couverture sociale en qualité d'ayant droit[45].

Pourtant, la Cour va réaffirmer sa définition hétérosexuelle du concubinage. En effet, dans un arrêt du 17 décembre 1997, la Cour de cassation a refusé de sanctionner les juges du fond qui considéraient que le concubin de même sexe ne pouvaient bénéficier du droit au transfert du bail au « *concubin notoire* » à la suite du décès du titulaire[46]. Dans la droite ligne des décisions de 1989, elle a jugé que c'est « *à bon droit* » que les magistrats de la Cour d'appel de Paris avaient retenu que « *le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage donc entre un homme et une femme* »[47]. Or, la réaffirmation d'une telle solution s'inscrit en opposition, non seulement avec le mouvement en faveur de l'égalité de traitement initié par certains juges du fond[48], mais surtout avec le changement d'orientation alors clairement exprimé par le législateur. Ce dernier, considérant les répercussions de la jurisprudence de 1989, avait adopté en 1993, outre la qualité d'ayant droit, une disposition assurant, en cas de décès, le transfert du bail au bénéfice du concubin de même sexe[49]. Cet article de la loi a été invalidé par le Conseil constitutionnel, mais exclusivement pour des motifs d'ordre technique[50]. La volonté alors

44. Cass. soc., 11 juillet 1989, *Bull. civ.* n° 515 (*cf.* les notes et commentaires cités note 351 ; pourvoi formé contre CA Paris, 1re ch. D, urgences, 11 octobre 1985, *Dalloz* 1986, *Jur.* p. 380, note D. DENIS.

45. Article 78 de la loi n° 93-121 portant diverses mesures d'ordre social (DMOS) du 27 janvier 1993 modifiant l'article L. 161-14 du Code de la Sécurité sociale (CSS). Cette disposition était extraite d'une proposition de loi aux vues beaucoup plus vastes déposée en novembre 1992, visant à créer un contrat d'union sociale (CUC) entre une personne physique capable et une autre quel que soit son sexe (proposition de loi n° 3066 enregistrée à l'Assemblée nationale le 25 novembre 1992). *Cf.* également le décret d'application de la loi (décret n° 93-678 du 27 mars 1993, *JO* du 28 mars 1993, p. 5397) et la circulaire de la Caisse nationale d'assurance-maladie (11 mai 1993, entrée en vigueur le 3 août 1993) qui spécifient que l'élargissement de la qualité d'ayant droit concerne le compagnon de même sexe que l'assuré social.

46. Article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *op. cit*.

47. Cass. civ. 3e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n° 225, p. 151 ; *Dalloz* 1998, *Jur.* p. 111, concl. J.-F. WEBER, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1998, II, 10093, note Djigo ; *Defrénois* 1998, article 36765, n° 40 p. 404, obs. A. BÉNABENT ; *Dr. fam.* 1998, n° 36, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.* 1998, 347, obs. J. HAUSER ; *idem* 530, obs. RAYNARD ; B. BEIGNER, « À propos du concubinage homosexuel », *Dalloz* 1998, *Chron.* p. 215.

48. Par une décision du 25 juillet 1995, le TGI de Belfort a accepté d'indemniser le préjudice moral et matériel subi par une femme du fait du décès accidentel de sa compagne (TGI Belfort, ch. corr., 25 juillet 1995, *JCP* 1996, II, 22724, note C. PAULIN ; *JCP* 1996, I, 3903, n° 3, note E. MATTÉI ; *Les Petites Affiches*, 2 mars 1998, n° 26, p. 13, note I. Corpart ; pour des concubins hétérosexuels, *cf.* Cass. ch. mixte, 27 février 1970, *Dalloz* 1970, *Jur.* p. 201).*Cf.* également, à propos du transfert du bail : TI Toulouse, 20 septembre 1996, *Juris-Data n° 001586*. Le tribunal relève qu'en dehors de la stabilité de l'union, aucune précision n'était apportée par le législateur concernant l'expression « *concubin notoire* » de la loi de 1989 et qu'il n'est « *pas tenu en matière civile par le principe d'interprétation stricte mais* [doit] *apporter des solutions aux problèmes que le législateur n'a pas prévu et que révèle la vie sociale* » ; la demande a été accueillie, le demandeur « *ayant partagé avec le titulaire du bail décédé une relation reposant sur une communauté de vie, d'affection et d'amour identique à celle vécue soit par des couples mariés, soit par des concubins hétérosexuels* » (dans le même sens : TGI Bobigny, ordonnance de référé du 11 mai 1992, n° 4255/92, inédit).

49. Article 62 de la loi portant diverses mesures d'ordre social (DMOS) *op. cit.*, déférée au Conseil constitutionnel en décembre 1992.

50. Il s'agissait d'une irrégularité formelle dans la procédure d'adoption (Cons. const., décision n° 92-317 du 21 janvier 1993, *JO* 23 janvier 1993, p. 1240).

exprimée par le législateur était claire : il refusait la discrimination de principe des couples homosexuels concubinaires[51].

Cette jurisprudence à l'encontre des couples de même sexe peut être analysée comme s'inscrivant plus généralement dans l'élaboration, puis l'assise, à la suite de l'abandon de la condamnation de l'immoralité du concubinage, de la figure d'un «*couple typique*», hétérosexuel, monogamique et non adultérin[52]. Mais surtout, comme l'a montré T. PITOIS, la motivation des solutions de la Cour de cassation en 1989 et 1997 à propos du concubinage homosexuel s'oppose en tout point à sa jurisprudence traditionnelle au terme de laquelle, depuis la seconde moitié du XX^{e} siècle, elle refuse de reconnaître tout statut juridique au concubinage (hétérosexuel) en l'assimilant au mariage[53]. Ce refus s'inscrivait dans le prolongement de l'ignorance originelle des concubins par le C. civ. : relevant du non-droit, le concubinage devait y demeurer. Au terme d'une jurisprudence ancienne et constante, la Cour de cassation refuse ainsi systématiquement et rigoureusement cette assimilation : elle ne reconnaît par exemple l'existence entre les concubins, ni d'un devoir de fidélité, de secours ou d'assistance, ni d'une obligation de contribution aux charges de la vie commune selon les facultés de chacun[54], ni d'une solidarité des dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants[55], ou encore d'une communauté. Cependant, afin de refuser la demande de couples gays et lesbiens de bénéficier de la qualité de concubins, la Cour de cassation a renversé cette logique en choisissant cette fois d'assimiler explicitement le concubinage au mariage[56]. Or, cette rupture dans la cohérence de la Cour s'explique et se justifie difficilement d'un point de vue juridique. D'autant que, comme le démontre par ailleurs sa jurisprudence postérieure, elle n'a pas tiré de conséquences de l'«*apparence du mariage*» qu'elle a alors reconnue au concubinage[57]. On aurait au contraire pu prétendre qu'en vertu de cette apparence, certains droits et obligations reconnus aux conjoints soient désormais étendus aux concubins[58]. Dans ces conditions, les décisions rendues par la Cour de cassation en 1989 et 1997 peuvent apparaître motivées avant tout par la recherche d'un «*barrage sémantique*» uniquement destiné à justifier un refus de reconnaître la qualité de concubins aux couples de même sexe.

En revanche, un arrêt rendu le 10 mai 2001 par la 2^{e} ch. civ. de la Cour de cassation remet après coup en question, l'unanimité d'interprétation des chambres s'agissant de la conception hétérosexuelle du concubinage avant l'entrée en vigueur de l'article 515-8 du C. civ.[59]. Au terme de cette décision, cette formation de la Cour de cassation reconnaît l'existence

51. Dans ses conclusions, l'avocat général – favorable à une évolution de la jurisprudence, mais dans la mesure où elle demeure «*strictement limitée*» à cette question – revenait en effet sur les circonstances de la sanction de la disposition relative au transfert de bail en 1993.

52. *Cf.* M.-S. ZAKI, « Limites à la juridicisation du concubinage. À propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 novembre 1993 », *Revue Juridique d'Île-de-France*, juillet-septembre 1994, n° 33-34, pp. 67-107, spéc. pp. 72 et s., n° 17 et s.

53. T. PITOIS, *Le juge judiciaire et le concubinage homosexuel. Évolution et perspectives après la promulgation de la loi relative au Pacte civil de solidarité*, rapport, formation initiale de l'École nationale de la magistrature, 1999.

54. Cass. civ. 1re, 19 mars 1991, *Bull. civ.* I, n° 92.

55. La solution a été posée par Cass. civ. 1re, 11 janvier 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, 133, note J. M. ; pour une application récente, *cf.* Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, *Dr. fam.*, septembre 2001, commentaire n° 79, L. PERROUIN : on relèvera le caractère «*lapidaire*» de la motivation : «*Attendu que ce texte* [l'article 220 du Code civil] [...] *n'est pas applicable au concubinage*».

56. *Cf.* Cass. civ. 3^{e}, 17 décembre 1997, *op. cit.* : «*Le concubinage ne* [peut] *résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage donc entre un homme et une femme*».

57. *Cf.* par exemple Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, *op. cit*.

58. *Cf.* T. PITOIS, *op. cit*.

59. Cass. Civ. 2^{e}, 10 mai 2001, *Bull. civ. II*, n° 94 ; *Dalloz* 2002, *Somm.* p. 611, obs. J.-J. LEMOULAND.

juridique du concubinage entre personnes de même sexe en 1997, alors qu'à cette même époque, la ch. soc. et la 3e ch. civ. de la Cour de cassation ne reconnaissaient quant à elles la qualité de concubins qu'à un couple de sexe différent. Il s'agissait en l'espèce de la recevabilité, dans le cadre d'une procédure de divorce, du témoignage émanant du concubin d'un des enfants du couple. Dans cette décision, les magistrats de la 2e ch. civ. ont jugé que « *le concubin d'un descendant ne peut être entendu sur les griefs invoqués par des époux à l'appui d'une demande en divorce* ». Si cette solution constitue un revirement de la jurisprudence de cette chambre concernant l'admissibilité du témoignage du concubin du descendant dans le cadre d'une procédure de divorce, c'est surtout la reconnaissance de l'existence d'un concubinage entre deux personnes de même sexe, avant 1999, qui retient ici notre attention. En effet, en 1997, la Cour d'appel avait admis le témoignage de la femme vivant « *en couple homosexuel depuis plusieurs années* » avec la fille des époux en instance de divorce[60]. En réponse au premier moyen du pourvoi qui faisait grief aux juges du fond d'avoir jugé ainsi, la Cour de cassation considère qu'« *ayant relevé que Brigitte L. et Margot R., fille des époux R., vivaient en couple homosexuel depuis plusieurs années, la Cour d'appel a, dès lors, écarté à bon droit des débats l'attestation délivrée par Mlle L. en application du texte précité* ». Ce faisant, indirectement la 2e ch. civ. de la Cour de cassation reconnaît donc l'existence juridique du concubinage entre personnes de même sexe en 1997.

On pourrait tenter de relativiser cette jurisprudence en avançant qu'en l'espèce, les magistrats auraient simplement fait rétroagir la définition du concubinage retenue par le législateur en 1999 (article 515-8 C. civ.). Mais si tel était le cas, c'est-à-dire si, au contraire, la 2e ch. civ. de la Cour de cassation ne retenait pas dans l'absolu une conception du concubinage indifférente à l'orientation sexuelle, cela signifierait alors que cette solution contredirait les principes traditionnels régissant l'application de la loi dans le temps et le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. En effet, s'agissant des faits juridiques, dont relève le concubinage, le principe posé par l'article 2 du C. civ. est que « *la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* »[61]. En outre, cette loi ne présente aucune des caractéristiques qui lui permettraient de déroger à cette règle : non seulement elle n'est pas venue préciser le sens d'une loi antérieure (loi interprétative), mais le législateur n'a pas prévu la rétroactivité de la loi du 15 novembre 1999[62]. Or, dans ce dernier cas, la doctrine dominante considère qu'à défaut d'une volonté expresse ou « *suffisamment claire* » en ce sens, « *cette rétroactivité ne pourrait être consacrée par le juge puisque l'article 2 C. civ. et les principes généraux du droit lui interdisent d'interpréter la loi dans le sens de sa rétroactivité* »[63].

Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 14 mai 2001 illustre d'ailleurs cette stricte application du principe de non-rétroactivité de la loi du 16 novembre 1999[64]. À la suite du refus opposé en avril 1999 à un « *couple d'homosexuels* » par une société de transport maritime, de le faire bénéficier d'un forfait couple, « *au motif que cette offre promotionnelle était réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme* », des poursuites avaient été engagées à la demande du parquet (le couple n'est que partie civile) pour discrimination

60. CA Nîmes, 2e ch. civ., sect. C, 3 décembre 1997, citée par la Cour de cassation.

61. Comme le rappelle J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, no 103, p. 98), ce principe « *interdit de revenir non seulement sur la constitution d'une situation juridique donnée, antérieurement à la loi nouvelle, mais encore sur les effets passés d'une situation juridique antérieurement constituée* [...] ».

62. Pour le détail des exceptions au principe, *cf.* J.-L. AUBERT, *op. cit*.

63. J.-L. AUBERT, *op. cit*.

64. CA Aix-en-Provence, ch. corr., 14 mai 2001, *Sté nationale maritime Corse méditerranée c./min. publ.*, *Juris-Data no 153816* ; *JCP* 2001, IV, 3006 ; *cf.* nos critiques *supra*.

dans l'offre ou la fourniture d'un bien ou d'un service en raison des mœurs (article 225-2 C. pén.). La Cour, saisie en appel par la société, a prononcé sa relaxe, jugeant que si elle a, « *de fait, opéré une distinction entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, elle n'était en revanche animée d'aucune intention délictueuse caractérisée* »[65]. Pour ce faire, elle a notamment fait référence à la jurisprudence de la ch. soc. et de la 3e ch. de la Cour de cassation, retenant qu'au moment des faits, la notion de couple, « *au sens de l'union de deux êtres, ne recouvrait, que ce soit au niveau des textes législatifs en vigueur ou dans le langage commun reflétant une opinion communément admise, que l'union d'un homme et d'une femme* » ; l'arrêt retient que l'élargissement de la notion de *couple* aux personnes de même sexe n'a été réalisé que par la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 validant la loi relative au PaCS et que dans ces conditions, la société ne pouvait pas selon les juges, avoir eu l'intention de discriminer en avril 1999.

De même, l'arrêt du Conseil d'État du 4 mai 2001 qui a annulé la décision par laquelle la SNCF avait décidé en 1996 de délivrer la carte « couple » aux concubins de même sexe qui présentaient un certificat de concubinage, apparaît, du stricte point de vue juridique, parfaitement conforme à ce principe général, dans la mesure où il n'était pas tenu de faire rétroagir la définition du concubinage retenue par le législateur en 1999[66].

Cela étant, à propos de situations juridiques antérieures et notamment du concubinage entre personnes de même sexe (concernant son existence et ses effets passés), corollairement, le principe de non-rétroactivité de la loi n'interdit nullement à la jurisprudence contemporaine d'adopter des décisions conformes au nouveau droit ou de revenir sur sa jurisprudence[67]. C'est pourquoi, en réalité, il convient de ne pas confondre ce qui relève, d'une part, de l'application dans le temps de l'article 515-8 du C. civ. (qui ne concerne que les situations postérieures à son entrée en vigueur) et, d'autre part, du règlement jurisprudentiel des situations antérieures à son édiction ; ces dernières sont exclusivement liées à l'appréciation du juge, indifféremment à toute contrainte quant à la mise en œuvre rétroactive de la définition légale du concubinage ou au maintien de sa jurisprudence. À l'inverse, s'agissant des situations de concubinage postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999, le juge est désormais lié par la définition légale indifférente à l'orientation sexuelle du couple.

Dans ces conditions, l'arrêt de la 2e ch. civ. de la Cour de cassation rendu le 10 mai 2001, en ce qu'il concerne les effets d'une situation postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 515-8 du C. civ., ne peut être analysé que dans le cadre du débat précédent à propos de la notion jurisprudentielle de concubinage. Et, au regard de ce dernier contexte, la 2e ch. civ. apparaît donc en opposition avec la jurisprudence restrictive de la ch. soc. et la 3e ch. civ.

Signalons enfin que la Cour européenne des Droits de l'Homme a consacré partiellement la reconnaissance du concubinage entre personnes du même sexe. En effet, dans une décision

65. CA Aix-en-Provence, ch. corr., 14 mai 2001, *op. cit.*

66. CE, 4 mai 2001, 4e et 6e ss-sect., *Association Promouvoir*, *op. cit.* Le Conseil d'État a considéré qu'« *à la date à laquelle a été prise la décision attaquée* [...] *le concubinage s'analysait comme une relation stable et continue, ayant l'apparence du mariage, et ne pouvant concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* ». Juridiquement, le Conseil d'État n'avait effectivement pas d'obligation, ni ne pouvait légitimement faire rétroagir l'article 515-8 du C. civ.

67. Dans ce sens, en substance : J.-J. LEMOULAND, *op. cit.*, p. 538, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 mai 2001 : selon cet auteur, la haute juridiction « *aurait sans doute pu se contenter d'adopter un profil bas, et ratifier* a posteriori *une conception du concubinage qui bénéficiait malgré tout d'appuis non négligeables dès avant 1999, et qui l'a finalement emporté. En choisissant une voie différente et manifestement moins facile,* [elle] *souligne que le législateur devra assumer seul la conception du concubinage qu'il a imposée* ».

du 14 juillet 2003 (*KARNER c./Autriche*), la Cour a considéré que le refus du transfert du bail pour le compagnon de même sexe constitue une violation à la Convention[68].

L'inscription fortuite de l'égalité des couples

Revenons à la situation française. Cette jurisprudence en matière de concubinage a été abolie par une disposition adoptée à l'occasion de la loi du 15 novembre 1999 relative au PaCS. En effet, ce texte a introduit dans le C. civ. un article 515-8 définissant le concubinage : il s'agit d'« *une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Désormais donc, tout refus de reconnaître les mêmes droits et obligations à des concubins homosexuels qu'à des concubins hétérosexuels serait contraire à la loi.

Cela étant, la proposition de loi initiale ne prévoyait pas d'insérer une définition du concubinage dans le C. civ. : cette disposition est le reliquat d'une stratégie parlementaire tendant à l'abandon du PaCS, qui a échoué. En effet, la réalisation de l'égalité d'accès au statut de concubin pour les couples de même sexe, est indissociable des différentes propositions de loi visant à créer des contrats d'union qui se sont succédées à partir du début des années 1990, puis de l'adoption du PaCS par la loi du 15 novembre 1999. Politiquement, le champ de la réflexion autour de la situation juridique des couples de même sexe s'est trouvée définie par toute une série d'impératifs considérés comme autant de contraintes indépassables[69]. D'un côté, il s'agissait de pallier les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'encontre de ces couples et, de l'autre, l'objectif était plus largement de leur permettre de renforcer leurs liens et de bénéficier de droits que le statut du concubinage n'offre pas et auxquels le refus d'accès au mariage civil ne leur permet pas d'accéder. Concernant la seule discrimination à propos du concubinage, aucune disposition spécifique ne s'y référait dans la proposition de loi sur la PaCS présentée à l'Assemblée. La raison en était simple dans l'esprit des rédacteurs : l'adoption d'un tel statut devait logiquement entraîner la Cour de cassation à abandonner sa jurisprudence concernant le concubinage. Or, compte tenu de la résistance du juge précédemment constatée en présence pourtant d'une volonté contraire explicite du législateur, rien n'était moins sûr : le PaCS adopté, rien objectivement n'obligeait la jurisprudence à mettre un terme à la différence de traitement entre les couples de concubins.

La proposition d'introduire dans le C. civ. d'une définition non discriminatoire du concubinage a été faite par la commission des lois du Sénat alors que celui-ci s'apprêtait à examiner le texte du PaCS adopté en première lecture par les députés. L'ouverture du concubinage aux couples de même sexe devait se substituer à l'adoption du PaCS. Présentée comme un « *compromis* » propre à « *moderniser* » l'image du Sénat et de la droite[70], cette proposition poursuivait en réalité des objectifs dont on peut sérieusement douter qu'ils soient en rapport avec le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. En effet, d'une part, la définition du concubinage retenue par le Sénat – « *le fait, pour deux personnes, de vivre en couple sans être unies par le mariage* »[71] – n'empêchait en rien la Cour de

68. CEDH, 14 juillet 2003, *Karner c./Autriche*, nº 40016/98, CEDH 2003-IX.

69. Pour une histoire politique du PaCS voir : D. BORRILLO et P. LASCOUMES, *Amoures égales ? Le PaCS, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.

70. *Cf. Le Monde*, 10, 17 et 19 mars 1999.

71. Amendement nº 3 rect., présenté par M. GÉLARD au nom de la Commission des lois, 17 mars 1999.

cassation de maintenir sa jurisprudence à l'encontre des concubins de même sexe[72]. D'autre part, était ajoutée parallèlement à cette proposition celle de définir explicitement le mariage comme étant « *l'union d'un homme et d'une femme célébrée par un officier d'état civil* »[73]. Par conséquent, on peut augurer que si une telle logique avait été suivie, non seulement la situation des couples de même sexe ne s'en serait pas trouvée modifiée, mais plus encore, la discrimination aurait été cette fois inscrite dans la loi. Opposés en première lecture à la définition non discriminatoire du concubinage aux côtés du PaCS[74], les députés de la majorité se sont finalement ralliés à cette idée[75] et l'actuel article 515-8 du C. civ. a été adopté en deuxième lecture à l'Assemblée.

Si l'effectivité du respect du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle est aujourd'hui assurée à propos du concubinage – ce qui est l'essentiel – ce n'est cependant nullement à la suite d'un mouvement législatif spontané en ce sens. Au-delà de son caractère anecdotique, cette précision historique a une importance non négligeable : elle nous rappelle que le progrès vers l'égalité réelle nécessite des engagements positifs en ce sens et qu'il ne peut pas seulement reposer sur des concours de circonstances politiques.

L'EXIGENCE DE RESPECT DE L'ÉGALITÉ ET LE RÉGIME DES LIBÉRALITÉS

Quelles qu'aient été les conditions dans lesquelles l'égalité d'accès au statut du concubinage a finalement été énoncée, l'article 515-8 du C. civ. implique désormais l'égalité de traitement des concubins, indifféremment à l'orientation sexuelle du couple. En pratique, cela signifie que les concubins homosexuels doivent bénéficier, sans restrictions, de l'ensemble du statut du concubinage élaboré à propos des couples hétérosexuels. Les couples ne sauraient être traités moins favorablement en raison de leur orientation sexuelle, et seules des différences de traitement qui auraient pour objectif de réaliser une égalité réelle (action positive) sont envisageables.

La validité des libéralités consenties entre concubins de même sexe et la nécessité de leur étendre un revirement de jurisprudence réalisé par la Cour de cassation en 1999 restreignant les cas admis de remise en cause sur le fondement de cause immorale[76], illustrent la nécessité désormais de respecter et d'assurer l'égalité réelle de traitement des concubins de même sexe dans les différents domaines concernés du droit.

En l'absence de reconnaissance de droits successoraux entre concubins, disposer au profit de l'autre constitue pour ces couples l'unique dispositif juridique permettant de pallier en

72. Ce qui obligea le Parti socialiste à déposer un sous-amendement visant à préciser que le concubinage vise les couples « *sans distinction de sexe* » (sous-amendement nº 22 à l'amendement nº 3 de la Commission des lois, présenté par M. ABOUT, 13 mars 1999).

73. Amendement nº 2, présenté par M. GÉLARD au nom de la Commission des lois, 10 mars 1999.

74. L'article 1er, II de la proposition de loi nº 1122 du 14 novembre 1998 relative au pacte civil de solidarité présentée par le député A. TOURRET (non retenue) proposait également de compléter le C. civ. en disposant que « *le concubinage se constate par la possession d'état stable et notoire du couple, que les concubins soient ou non de sexe différent* ».

75. Déjà devenue un enjeu politique majeur pour le gouvernement et les parlementaires de la gauche après le revers politique et médiatique du 9 octobre 1998 (l'absence des députés de la gauche avait permis le rejet du PaCS dès sa première présentation aux députés), la nécessité pour eux de voir cette loi adoptée se trouva encore renforcée par cette tentative des sénateurs de la droite d'écarter purement et simplement le texte. Le contraste est d'ailleurs saisissant en comparaison du peu d'empressement jusqu'alors manifesté par le gouvernement à l'égard du PaCS qui n'avait notamment pas souhaité le soutenir en en faisant un projet de loi.

76. Cass. civ. 1re, 3 février 1999, *Dalloz* 1999, *Jur.* p. 267.

partie ce déficit[77]. Si depuis le C. civ. de 1804, les concubins ne sont plus incapables de donner ou recevoir entre eux, le juge a cependant soumis ces libéralités à son contrôle. Celui-ci est exercé au moyen de l'appréciation de la moralité de la cause «*impulsive et déterminante*» de l'acte, exigée par l'article 1133 du C. civ.[78]. Ainsi, jusqu'au récent revirement d'une jurisprudence constante, la libéralité consentie entre concubins pouvait être annulée dès lors que, dans l'esprit de son auteur, elle tendait à la formation, la continuation, la reprise ou la rémunération de «*relations immorales*»[79]. Si la jurisprudence traite généralement de couples de sexe différent, certaines décisions concernent cependant également des relations entre des individus de même sexe. En ce qui les concerne, on observe que, si la jurisprudence traditionnelle est mise en œuvre quant à la recherche et la sanction du but de la libéralité, dans le même temps, la «*relation immorale*» considérée n'est pas l'existence d'un «*concubinage*» – comme cela serait le cas entre individus de sexe différent – mais d'une «*relation homosexuelle*».

Tout d'abord, comme pour des relations hétérosexuelles, le juge sanctionne la libéralité qui a pour but de rémunérer et de favoriser la continuation de la relation homosexuelle. Cette apparente absence de particularisme dans le traitement des libéralités entre personnes de même sexe[80] ressort ainsi de l'arrêt de Cour d'appel qui annule la donation déguisée de parts d'une société, en estimant que la volonté du donateur «*de maintenir des relations homosexuelles*» avec le donataire «*avait été la cause déterminante de la cession litigieuse*»[81]. Il en va de même concernant l'annulation des contrats à titre onéreux passés entre concubins, lorsque ceux-ci ont pour but de faciliter l'établissement ou la continuation de relations de concubinage[82]. La Cour d'appel de Nîmes a ainsi annulé la reconnaissance de dette consentie par une femme à sa concubine pour illicéité de la cause au motif que «*les reconnaissances de dette qui trouvent leur cause dans la perpétuation de relations homosexuelles contre l'engagement de payer une somme de 500 000 francs et de remettre la moitié des biens immobiliers contrevient aux dispositions de l'article 1133 du Code civil* [...]»[83]. Enfin, pour annuler les legs consentis par un homme à deux autres avec lesquels il vivait en concubinage, ainsi qu'à un troisième, un tribunal a retenu que «*les avantages accordés par le testateur étaient destinés à rémunérer et prolonger des relations immorales*», l'immoralité résultant ici de ce que ses concubins «*lui servaient à recruter d'autres partenaires*»[84].

77. Il s'agit d'une donation, une assurance-vie contractée au profit du concubin (libéralités entre vifs) ou d'un testament (libéralité à cause de mort).

78. Article 1133 C. civ. : «*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*».

79. Principe posé par Cass. req., 8 juin 1926, *Dalloz* 1927, 1, 113, note R. SAVATIER. Sur l'ensemble de la question, *cf.* notamment A. BÉNABENT, *Droit civil,* « La famille », *op. cit.*

80. En ce sens : M. NICOD, « L'homosexualité, les donations, les testaments et l'assurance-vie », *Les Petites Affiches*, 10 août 1994, nº 95, pp. 21-23.

81. Pourvoi contre cet arrêt rejeté par Cass. civ. 1re, 21 novembre 1995, *Y. VERON c./R. DURAND DE KERGUELIN DE ROZIÈRES et autres*, pourvoi nº 94-10 278, *Européenne de données* (appréciation souveraine des juges du fond).

82. En principe, le critère est le même que dans le domaine des libéralités entre concubins : la nullité est encourue dès lors que la formation, la poursuite ou la reprise de rapports illégitimes en a été le motif déterminant (*cf. Juris-Classeur Civil*, articles 1131 à 1133, fascicule 20, « Contrats et obligations. Cause. Rôle pratique », par P. SIMLER, nº 102).

83. CA Nîmes, 1re ch., 28 janvier 1999, *Juris-Data nº 030014*.

84. TGI Paris, 2e ch., 2e sect., 28 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 45 et la note ; *Defrénois* 1985, article 33600, p. 1161, note G. CHAMPENNOIS. En l'espèce, il est permis de penser que pour la Cour, l'immoralité tient également au nombre de partenaires.

Certaines de ces solutions sont caractérisées par une spécification du caractère homosexuel de la relation, mais surtout par une différence d'approche comparativement aux cas où il s'agit de personnes de sexe différent. Or, si le refus de qualifier de concubinage une relation entre personnes du même sexe peut trouver sa justification dans la jurisprudence de la Cour de cassation alors en vigueur, en revanche, la précision de l'orientation sexuelle de la relation apparaît superflue. En effet, la désignation de la relation en question correspond à la notion de « relation immorale » visée par le principe jurisprudentiel. Or, à propos de la relation entre personnes de même sexe, en dehors du constat d'un concubinage, jamais celle-ci n'a été désignée par son orientation sexuelle : l'immoralité ressortait généralement du caractère adultérin de la relation. Plus encore, la jurisprudence s'est même contentée de « relations sexuelles », indifféremment à leur immoralité. À l'inverse, une relation entre personnes de même sexe, qu'elles vivent ou non en concubinage, n'est pas même indifféremment désignée comme une relation sexuelle : il s'agit d'une « relation homosexuelle ». Cette pratique de la jurisprudence consistant à spécifier – et de fait à exclure – les autres orientations sexuelles d'une normalité sexuelle hétérosexuelle, s'inscrivent parfaitement dans la logique du mécanisme de construction et de naturalisation des catégories précédemment décrites.

Si la question de la validité des libéralités consenties entre concubins a connu en 1999 de profonds changements, les points soulevés par une partie de la doctrine interrogent quant à la permanence d'une volonté de faire sortir du droit commun les relations homosexuelles.

La Cour de cassation a opéré un important revirement de sa jurisprudence par un arrêt du 3 février 1999 au terme duquel elle énonce que la libéralité par laquelle l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire est valable[85]. La solution ne paraît pas devoir être circonscrite aux seules libéralités visant à maintenir une relation de concubinage adultérin : *a fortiori,* un simple concubinage (non adultérin) doit également en bénéficier[86]. Une partie de la doctrine s'est demandée si cette jurisprudence s'appliquait aux libéralités consenties entre concubins homosexuels. Or, compte tenu de la définition légale du concubinage (article 515-8 C. civ.), une telle interrogation apparaît totalement inopportune d'un point de vue juridique et doit être dénoncée si elle devait perdurer après le revirement de 1999[87]. D'ailleurs, elle revient à postuler que si la libéralité devait être invalidée, ce serait en considération d'une immoralité de l'homosexualité[88] : on exclurait alors illégitimement les concubins de même sexe du droit commun au regard de considérations morales auxquelles le législateur n'adhère plus depuis la loi du 15 novembre 1999.

85. Cass. civ. 1re, 3 février 1999, *Dalloz* 1999, *Jur.* p. 267, rapp. X. SAVATIER, note J.-P. LANGLADE-O'SUGRHUE ; M. GRIMALDI, *Dalloz* 1999, *Somm.* p. 307 ; *Dalloz* 1999, *Somm.* p. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; C. LARROUMET, « La libéralité consentie par un concubin adultère », *Dalloz* 1999, *Chron.* p. 351 ; *JCP* 1999, II, 10083, note M. BILLAU et G. LOISEAU ; L. LEVENEUR, « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », *JCP* 1999, I, 152 ; *RTD civ.* 1999, 364, obs. J. HAUSER. Solution réaffirmée depuis par Cass. civ. 1re, 16 mai 2000, *Les Petites Affiches*, 3 octobre 2000, no 197, p. 20, note J. MASSIP.

86. Dans ce sens : M. BILLAU et G. LOISEAU, *op. cit.* note 393 ; M. GRIMALDI, *op. cit. contre* : J.-J. LEMOULAND, *op. cit*.

87. Ces commentaires ayant été rédigés au cours de l'année 1999, on pourrait en effet invoquer que leurs auteurs n'ont pas été en mesure de prendre en compte l'introduction dans le C. civ. de la définition non-discriminatoire du concubinage (article 515-8 C. civ.).

88. En ce sens, *cf.* la note de M. GRIMALDI (*op. cit.*, no 2) : « [...] *sur la portée de l'arrêt enfin, on peut s'interroger sur son extension au concubinage homosexuel, qui n'est pas illicite mais qui, pour certains, heurte les bonnes mœurs* ».

Le pacte civil de solidarité

Le pacte civil de solidarité constitue une nouvelle forme de conjugalité prenant la forme d'un contrat conclu entre deux individus majeurs, de sexe différent ou de même sexe. En substance, ce statut légal régi par les articles 515-1 à 515-7 du C. civ., propose davantage de droits et obligations que le concubinage, mais moins que le mariage civil qui demeure réservé aux couples hétérosexuels. La loi du 15 novembre 1999 a été modifiée par celle du 23 juin 2006. La réforme est entrée en vigueur le 1er janvier 2007, toutefois les PaCS célébrés avant cette date demeurent soumis au régime de la loi de 1999.

Nous analyserons dans les pages qui suivent les deux régimes légaux.

Depuis l'entrée en vigueur du PaCS, ses différents aspects ont fait l'objet d'un nombre très important de commentaires doctrinaux, pour la plupart très hostiles[89]. Ces nombreuses

89. C. ALLEAUME, « "Solidarité contre solidarité". Étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PaCS au regard du droit du crédit », *Dalloz* 2000, *Chron*. p. 450 ; J. AMAR, « PaCS et immunités familiales », *Dr. pénal*, octobre 2000, p. 4 ; B. BEIGNER, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Defrénois* 2000, article 37175, p. 621 ; B. BEIGNER, « Pacte civil de solidarité : formule de convention ; commentaire », *Dr. fam.*, avril 2000, p. 7 ; B. BEIGNER, « À propos du décret nº 99-1089 du 21 décembre 1999 relatif au PaCS : problème quant à l'acte authentique », *Dalloz* 2000, *Point de vue*, V (article reproduit in *Defrénois* 2000, article 37104, p. 211) ; B. BEIGNER, « PaCS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Dr. fam.*, avril 1999, p. 7 ; B. BEIGNER, J. COMBRET, A. FOUQUET, « Pacte civil de solidarité : formule de convention », *Defrénois* 2000, article 37176, p. 630 ; R. CABRILLAC, « Libres propos sur le PaCS (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale) », *Dalloz* 1999, *Chron.* p. 71 ; R. CABRILLAC, « Les réformes du droit de la famille et le PaCS », *Dr. fam.*, juin 2000, nº 6, p. 4 ; C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, « *Hominibus bonae voluntatis* (le PaCS II) », *Gaz. Pal.* 19 au 19 novembre 2000, 1, 2 ; C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, « *Et in Terra PaCs. Commentaire du pacte civil de solidarité créé par la loi du 14 novembre 1999 et à la décision du Conseil constitutionnel* », *Gaz. Pal.* 19 au 19 novembre 1999, 1, 2 ; J. CHARLIN, « La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », *JCP éd. N* 2000, I, 1851 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Pacte civil de solidarité (PaCS). Aspects fiscaux », *JCP éd. N* 2000, I, 458 ; F. DOUET, « Les effets du PaCS sur la situation fiscale des concubins », *JCP éd. N* 1999, nº 48, p. 1746 ; F. GRANET, « Pacte civil de solidarité (PaCS). Aspects comparés et internationaux », *JCP éd. N* 2000, I, 371 ; J. HAUSER, « Pacte civil de solidarité (PaCS). Statut civil des partenaires », *JCP éd. N* 2000, I, 411 ; M. JOSSELIN-GALL, « Pacte civil de solidarité (PaCS). Quelques éléments de droit international privé », *JCP éd. N* 2000, I, 489 ; H. LÉCUYER, « Le PaCS (désormais) sous toutes ses coutures », *Dr. fam.*, janvier 2000, p. 4 ; H. LÉCUYER, « PaCS : pacte civil sans solidarité », *Dr. fam.* janvier 2000, p. 3 ; H. LÉCUYER, « Vers un PaCS occulte », *Dr. fam.* décembre 1999, p. 3 ; J.-J. LEMOULAND, « Formation et la dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP éd. N* 2000, I, 406 ; J.-J. LEMOULAND, « Présentation de la loi nº 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *Dalloz* 1999, *Chron.* p. 483 ; M. MARTEAU-PETIT, « Le PaCS et le fisc », *Dr. fam.*, avril 2001, nº 8, p. 12 ; N. MOLFESSIS, « PaCS : la réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », *JCP éd. N* 2000, I, 270 ; F. MONÉGER, « Pacte civil de solidarité (PaCS). Aspects sociaux », *JCP éd. N* 2000, I, 452 ; M. MONTEILLET-GEOFFROY, « Le notaire et le contentieux du PaCS », *JCP éd. N* 2001, 744 ; R. PIASTRA, « Loi relative au PaCS », *Dalloz* 2000, *Chron.* p. 203 ; J.-F. PILLEBOUT, « Pacte civil de solidarité (PaCS). Conventions relatives à la propriété des biens », *JCP éd. N* 2000, III, 1473 ; S. PIERRE, « La solidarité passive des partenaires du PaCS », *Dr. fam.*, juillet-août 2000, p. 8 ; M. REVILLARD, « Le Pacte civil de solidarité en droit international privé », *Defrénois* 2000, article 37124, p. 337 ; G. RIVIÈRE, « Quand le PaCS titille un tantinet la tontine », *JCP éd. N* 2000, I, 1723 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PaCS », *JCP* 1999, *Actu*. nº 43, p. 1909 ; F. SAUVAGE, « Publicité du PaCS et pratique notariale », *JCP éd. N* 2000, I, 1431 ; F. TAQUET, « PaCS et Sécurité sociale… premières réflexions », *Gaz. Pal.* 23 au 23 juillet 2000, *Spécial Sécurité sociale*, 1, 10 ; *contre* : E. PISIER, « Du PaCS et de l'ambiguïté d'une tolérance », *La Revue des deux mondes*, novembre/décembre 1999, « 50 auteurs en toute liberté » nº spécial, pp. 153-161. Sur l'ensemble de la doctrine postérieure à l'adoption du PaCS, *cf.* D. BORRILLO in *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *op. cit*.

critiques s'inscrivent dans le prolongement de celles, parfois virulentes, exprimées avant l'adoption du PaCS[90].

Si ce statut est techniquement perfectible, il ne s'agira pas cependant ici de discuter les imperfections, les lacunes ou les bienfaits intrinsèques du dispositif juridique mis en place. Notre perspective est plus vaste : il s'agit d'aborder le PaCS spécifiquement sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Au terme d'une approche prospective, notre objectif est d'apprécier dans quelle mesure, concernant la vie en couple, ce statut répond à l'exigence de respect de ces principes. Quelle est par exemple la pertinence de la réponse apportée par le PaCS face à la demande du Parlement européen en 1994, qu'il soit mis un terme à *« l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de disposer de dispositions juridiques équivalentes »*[91] ?

De ce point de vue, le constat qu'il est permis de dresser apparaît peu satisfaisant. En l'état actuel de notre droit, il s'avère que, non seulement l'adoption du PaCS n'a pas permis de répondre à cette exigence, mais qu'au contraire, par ce biais, les discriminations des couples de même sexe ont été dans une certaine mesure cristallisées. Le caractère limité des droits reconnus, les différentes restrictions opposées à leur exercice, l'inadaptation des régimes mis en place, associés à la permanence de l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier, conduisent à dresser le constat de la permanence d'un traitement moins favorable au regard de l'homosexualité.

S'agissant de l'accès et du régime des droits et devoirs légaux des partenaires d'un PaCS, l'égalité de traitement au regard de l'orientation sexuelle ne souffre d'aucune critique. C'est en effet un contrat pouvant être conclu *« par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »* (article 515-1 C. civ.). En outre, aucune disposition du C. civ. n'institue de différence de traitement entre les couples

90. À une très large majorité, la doctrine avait en effet pris position contre les projets de contrats d'union, et plus généralement contre l'égalité de traitement des couples de même sexe : *cf.* B. BEIGNER, « PaCS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Dr. fam.*, avril 1999, p. 7 ; du même auteur, « Une nouvelle proposition de loi relative au CUS : copie à revoir », *Dr. fam.*, avril 1997, p. 4. C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, 27 et plus généralement C. BRUNETTI-PONS (sous la direction de), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998 ; F. GAUDU, « À propos du contrat d'union civile : critique d'un profane », *Dalloz* 1998, *Chron*. p. 19 ; J. HAUSER, « Les communautés taisibles », *Dalloz* 1997, *Chron*. p. 255 ; J.-F. KRIEG, « Contrat d'union sociale et divorce par consentement mutuel : le mariage doublement fragilisé ? », *Les Petites Affiches* 11 mai 1998, nº 56, p. 6 ; P. MALAURIE, « Un statut légal du concubinage ? CUC, PIC PaCS et autres avatars du mariage », *Defrénois* 1998, article 36838, p. 871 ; J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, postmodernité ou pré-déclin ? », *Dalloz* 1997, *Chron*. p. 133 ; L. LEVENEUR, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *JCP* 1998, I, 4069 ; R. LIBCHABER, « Les forces créatrices du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », *RTD civ.* 1998, 224 ; A. SÉRIAUX, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », *Dr. fam.* 1997 *Chron*. nº 4, p. 4. Sur l'ensemble de cette doctrine, *cf.* D. BORRILLO « Fantasme des juristes *v. ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *op. cit.*, pp. 161-185. *À faveur du PaCS et du mariage :* D. BORRILLO, « Le mariage homosexuel : hommage de l'hérésie à l'orthodoxie ? », in *La sexualité a-t-elle un avenir ?* collection « Forum Diderot », Paris, PUF, 1999, pp. 39-54 ; du même auteur : « Le mariage homosexuel : vers une égalité radicale », *La Mazarine*, mars 1999, pp. 30-37 ; « Homosexualité et liberté matrimoniale », in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, *Témoin*, mai-juin 1998, nº 12, pp. 75-85 ; « Les unions du même sexe : entre mariage impossible et concubinage improbable », *Le Banquet*, 1er et 2e semestre 1998, numéro double spécial, nº 12 et 13, pp. 128-138 ; Y. MOUTOUH, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », *Dalloz* 1998, *Chron*. p. 369.

91. Résolution du Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté, 8 février 1994. Cette résolution a été adoptée à la suite du rapport sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne remis le 26 janvier 1994 par C. ROTH, rapporteur de la Commission des libertés publiques et des affaires intérieures du Parlement (documents de séance du Parlement européen, 26 janvier 1994, réf. A3-0028/94).

« pacsés »[92] hétérosexuels ou homosexuels quant au régime de leurs droits et obligations. Cela étant, au-delà de son régime propre, ce statut doit également être considéré dans le contexte plus vaste dans lequel il s'inscrit avec le concubinage et le mariage, à savoir les différents modes de conjugalité[93]. Or, dans cette perspective, on observe qu'en l'état, l'égalité des droits des couples indifféremment à leur orientation sexuelle n'est pas réalisée[94].

Une multitude de considérations est susceptible de conduire un couple à choisir un type de vie conjugale plutôt qu'un autre. Ainsi, à côté du désir ou du refus d'une reconnaissance sociale, un couple peut chercher – exclusivement ou cumulativement – à organiser une communauté de vie et d'intérêts, à se garantir juridiquement une entraide mutuelle présente et future, ou bien encore à constituer un patrimoine et à s'assurer de sa transmission à l'autre.

Compte tenu des définitions légales du PaCS et du concubinage, ces formes de conjugalité constituent un premier choix offert à tout couple, quelle que soit son orientation sexuelle. Cependant, en l'état actuel du droit, pour le couple qui souhaite bénéficier des droits et devoirs substantiels, le PaCS constitue *de facto* un statut plus favorable par rapport au concubinage. Si maintenant, la volonté des partenaires est d'acquérir des droits et des obligations mutuels plus significatifs, auxquels ni le concubinage ni le PaCS ne donnent accès, ils devront se tourner vers le mariage civil. Cependant, à ce stade, la logique de l'égalité de traitement indifféremment à l'orientation sexuelle est rompue : le statut du mariage étant exclusivement ouvert aux couples hétérosexuels. La situation des couples de même sexe est spécifique en cela que l'accès au mariage civil leur est refusé. Il résulte de cet état du droit que, bien qu'éventuellement animés d'une volonté identique de conférer à leur union des droits et devoirs renforcés, les couples de même sexe n'ont d'autre choix que le PaCS.

Or, dans ces conditions, le statut du PaCS tend à constituer littéralement le symbole d'une discrimination. En adoptant le PaCS et en maintenant parallèlement le refus d'accès des couples de même sexe au mariage civil, le droit français formalise également une telle distinction entre les couples selon leur orientation sexuelle. Une simple lecture du droit positif en matière de conjugalité permet d'affirmer qu'il existe, d'une part, des couples hétérosexuels (ceux qui peuvent se marier) et, d'autre part, des couples homosexuels (ceux qui ne peuvent pas se marier).

Quelles que soient les raisons du refus d'accès au statut du mariage, sous l'angle du droit des discriminations, toutes les dispositions du statut du PaCS sont moins favorables que celui du mariage.

Notre critique ne repose nullement sur une comparaison entre, d'un côté, les droits ouverts par le PaCS et, de l'autre par le mariage civil. Ces statuts étant autonomes, leurs contenus n'ont pas vocation à être mis en perspective et il peut être justifié que les partenaires d'un

92. Ce néologisme est entré dans le langage courant (*cf.* les dictionnaires *Le Robert* et *Larousse* 2002) afin de désigner ceux que la loi désigne comme « *les partenaires d'un pacte civil de solidarité* ».

93. Cette désignation du PaCS parmi les modes de conjugalité – ou modes d'organisation du couple – est notamment scellée par l'impossibilité, à peine de nullité du pacte civil, qu'il soit conclu entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage (article 515-2, 2° C. civ.).

94. Pour l'analyse et la critique des origines politiques de cette situation juridique, *cf.* D. BORRILLO et P. LASCOUMES, *Amours égales ? Le PaCS, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.

PaCS soient traités différemment des conjoints[95]. En revanche, ces deux statuts s'inscrivent bien dans le registre commun des modes de conjugalités, hiérarchiquement ordonné selon le niveau de reconnaissance du couple et de ses droits, entre concubinage, PaCS et mariage, ce dernier rayonnant au sommet[96]. C'est donc de ce seul point de vue que nous nous positionnons afin d'apprécier le respect du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Cet ordre hiérarchique des modes de conjugalités au regard de leur contenu n'a de raison d'être que s'il existe, simultanément, une totale liberté de choix pour tous les couples du cadre de leur union. Or, l'absence de droit de se marier pour les couples de même sexe modifie le regard pouvant être porté sur leurs droits puisque certains leur demeureront inaccessibles. Dans ces conditions, c'est-à-dire dans la mesure où, d'une part, il leur est impossible en raison de leur orientation sexuelle d'accéder au statut du mariage et où, d'autre part, les droits et obligations les plus substantiels auxquels les couples homosexuels peuvent prétendre sont ceux prévus par le PaCS, cette situation devrait s'analyser en droit comme une discrimination.

Le traitement moins favorable dont les couples homosexuels sont spécifiquement l'objet, concernent tant les droits patrimoniaux, qu'extrapatrimoniaux. Ils trouvent à chaque fois leur origine, d'une part, dans le refus d'insérer dans le PaCS certains droits ouverts par le mariage – ou de les soumettre à un régime identique – et, d'autre part, dans le refus du droit de se marier pour les couples de même sexe.

S'agissant du refus d'offrir dans le PaCS des droits ouverts par le mariage – ou de les soumettre à un régime identique – à tous les couples pacsés, et *a fortiori* ceux de même sexe, il a été notamment justifié par la suspicion d'un détournement du statut. En effet, il ressort des débats parlementaires que, si un droit a été exclu du PaCS ou a été soumis à un régime moins favorable que dans le mariage, la motivation était de se prémunir contre les unions de complaisance ou de prévenir des abus, compte tenu notamment d'une facilité de dissolution qui serait spécifique au PaCS[97]. Cette première justification ne résiste cependant pas à l'analyse. D'une part, certes, moins aisée que pour un pacte civil, une dissolution rapide du mariage peut néanmoins parfaitement être organisée par des couples animés par le seul souci de détourner le statut[98].

95. C'est notamment ce que soutenaient les requérants qui déférèrent devant le Conseil constitutionnel la loi relative au PaCS ; ils voyaient notamment dans l'assimilation fiscale des partenaires aux conjoints, une violation du principe d'égalité. Dans sa décision du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le PaCS, bien qu'écartant cette analyse mais du fait que les moyens manquaient en l'espèce, le Conseil constitutionnel admet néanmoins en substance qu'époux et partenaires n'ont pas à être traités de la même façon ; *idem* entre concubins et pacsés : leur différence de situation justifie leur différence de traitement (considérant nº 43) ; *cf.* le commentaire de la décision par S. GARNERI, *op. cit*. pp. 111-113.

96. *Cf.* D. BORRILLO, « Pluralisme familial ou hiérarchie des sexualités ? La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *McGill Law Journal*, vol. 46, nº 4, août 2001 : actuellement, cette organisation de type pyramidale, qui se retrouve également dans les systèmes de conjugalité d'autres États européens, consacre par suite une hiérarchie des sexualités, coiffée en son sommet par le mariage hétérosexuel.

97. Le statut prévoit en effet que le pacte civil peut notamment prendre fin par la seule volonté de l'un des partenaires (article 515-7, alinéa 2 C. civ.).

98. La procédure de divorce sur demande conjointe des époux ouverte depuis 1975 (article 230 C. civ.) allie rapidité (il est seulement demandé au juge d'approuver la convention réglant les conséquences du divorce) et faible coût (la demande peut en effet être présentée par un avocat commun).

Mais surtout, d'autre part, le raisonnement mis en œuvre à l'égard du PaCS rompt avec le mécanisme traditionnellement mis en place à l'encontre de ceux qui s'uniraient dans le seul objectif de bénéficier d'un avantage particulier, et non de former une union conjugale. On aurait au contraire pu imaginer que l'approche pragmatique des détournements du mariage relativise les craintes de détournement du PaCS : depuis de nombreuses années, avec une actualité accrue à l'égard de l'immigration, la jurisprudence s'est saisie des mariages fictifs ou de complaisance, la caractéristique fondamentale de son contrôle étant qu'il s'exerce en principe *a posteriori*. Au terme de cette logique, la suspicion ne l'emporte donc pas *a priori* sur l'étendue des droits de tous les couples : seuls ceux dont l'intention frauduleuse a été établie ou suspectée sont sanctionnés[99]. En cela, la logique d'attribution des droits mise en œuvre pour le PaCS s'oppose donc totalement avec celle fonctionnant jusqu'alors en matière de conjugalité, alors qu'une certaine souplesse vers un contrôle *a posteriori* pouvait être envisagée.

Choisir de défavoriser tous les partenaires d'un PaCS afin de prévenir des risques de détournement du statut, révèle un intérêt déséquilibré et irrationnel, apporté à ses dysfonctionnements, par rapport à l'utilisation normale à laquelle il est en principe destiné ; mais surtout, c'est mettre en œuvre un moyen disproportionné en considération du but recherché. D'autres dispositifs étaient en effet imaginables afin de lutter contre une fraude éventuelle : il était par exemple envisageable de favoriser la bonne foi des couples en acceptant de déroger à la condition d'écoulement du temps pour le bénéfice des droits, dès lors qu'était rapportée la preuve d'une communauté de vie antérieure d'une durée équivalente.

D'une manière générale, trois niveaux de solutions seront à chaque fois envisageables afin de mettre un terme aux différences de traitement qui touchent spécifiquement les couples homosexuels. Le premier, le plus respectueux du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle (et la plus aisément réalisable d'un point de vue technique) implique l'égalité d'accès au statut du mariage ; c'est vis-à-vis de cette question que le traitement moins favorable des couples homosexuels pacsés ou concubins est constitué. Si on l'exclut, les deux autres ne tendent de ce fait qu'à instituer une égalité réelle, c'est-à-dire de fait, et non strictement de droit : au titre d'une action positive, on pourrait ainsi tout d'abord aligner les droits des seuls partenaires (et/ou des concubins) de même sexe sur ceux des époux dans le domaine considéré, dans la mesure où les couples hétérosexuels soucieux de bénéficier de ces droits bénéficieront pour leur part de la possibilité de se marier ; enfin, on pourrait envisager de faire bénéficier de cet alignement tous les partenaires d'un PaCS (et/ou des concubins), sans considération de l'orientation sexuelle du couple. Toutefois, cette dernière solution peut se transformer en un nouveau problème car si l'on introduit des droits il y aura nécessairement des obligations qui viendront avec et la souplesse de ce contrat disparaîtra.

LES DROITS PATRIMONIAUX

Au titre de la nature et de l'étendue des droits patrimoniaux des couples de même sexe, il convient d'envisager successivement la solidarité entre les membres du couple, la possibilité de choix du régime des biens, la fiscalité à laquelle le couple est soumis, le régime des successions, les droits sociaux de ses membres, et enfin leurs droits professionnels.

99. La jurisprudence oscille entre l'annulation du mariage pour absence de consentement, et la simple privation d'effet de l'avantage recherché en fraude. *Cf.* A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*

La solidarité entre les membres du couple

Tout comme entre les époux, le statut du PaCS institue légalement entre les partenaires le principe de leur solidarité passive[100]. En effet, l'article 220 du C. civ. dispose que tout engagement contracté par l'un des époux qui a pour objet «*l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* [...], *oblige l'autre solidairement*», et pour sa part, l'article 515-4, alinéa 2 du C. civ. stipule que «*les partenaires* [d'un PaCS] *sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et les dépenses relatives au logement commun*». Ce principe confère au créancier d'une telle dette une garantie particulière : bien que n'ayant contracté qu'avec un membre du couple, il est également en droit d'invoquer l'exécution de la totalité de sa créance auprès de l'autre.

Mais concernant la solidarité, le parallèle entre ces deux formes de conjugalité s'arrêtait ici. Car si le droit du mariage limite explicitement le jeu de cette solidarité entre les époux, le PaCS ne prévoyait quant à lui expressément aucune espèce de limitation. Entre les conjoints, le C. civ. envisage deux hypothèses dans lesquelles «*la solidarité n'a pas lieu*», c'est-à-dire où la dette, bien qu'ayant pour objet «*l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants*», n'engagera que l'époux qui l'a contractée : si la dépense considérée est manifestement excessive (article 220, alinéa 2 C. civ.)[101], ou si elle correspond à un achat à tempérament ou à un emprunt (article 220, alinéa 3 C. civ.)[102]. Or, non seulement ces restrictions au jeu de la solidarité légale entre les membres du couple n'ont pas été étendues aux partenaires d'un PaCS en 1999, mais plus généralement, aucun «*garde-fou*» n'avait été prévu. La solidarité des partenaires dans le cadre d'un PaCS se trouvait ainsi bien plus étendue que celle résultant du mariage.

Après coup, le Conseil constitutionnel a suggéré une régulation des excès de l'un au moyen de l'engagement de sa responsabilité civile par l'autre : mais une telle action n'aura juridiquement aucune incidence sur l'existence de la solidarité. D'ailleurs, elle ne pourra être engagée qu'une fois cette solidarité effectivement invoquée par le créancier à l'encontre du partenaire non contractant : avant, le dommage est simplement éventuel et il ne peut être à ce titre pris en compte. Ce mécanisme de réparation *a posteriori* au profit du partenaire solidaire ne peut donc être considéré comme une restriction sérieuse à la solidarité des pacsés.

Par ailleurs, la possibilité d'un tempérament jurisprudentiel de la rigueur de la solidarité des partenaires a été évoquée. Une interprétation de l'expression «*besoins de la vie courante*» de l'article 515-4 pourrait, en raison de leur «*antinomie*» avec l'idée d'excès, permettre de déduire une «*limite implicite*» à la solidarité des partenaires[103]. Mais en toute

100. Si le PaCS se rapproche sur ce point du mariage, il se différencie donc également du concubinage. Une jurisprudence constante considère en effet que, «*aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées*» (principe posé par Cass. civ. 1re, 11 janvier 1984, *Bull. civ.* I, nº 12 et réaffirmé notamment par Cass. civ. 1re, 17 octobre 2000, *Dr. fam.* décembre 2000, note B. BEIGNER ; *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 497, note R. CABRILLAC ; Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, *Dr. fam.* septembre 2001, nº 79).

101. Le caractère *excessif* est apprécié, toujours selon l'article 220, alinéa 2 C. civ., «*eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant*».

102. «[...] *à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante*» (article 220, alinéa 3 C. civ.).

103. S. PIERRE, « La solidarité passive des partenaires du PaCS », *op. cit.* ; mais comme le reconnaît l'auteur, tout dépend dès lors de l'option que retiendront les magistrats, entre une interprétation «*analogique*» du régime de la solidarité entre époux, ou au contraire «*autonomiste*».

hypothèse, une telle limitation du principe ne bénéficie d'aucune garantie et demeure suspendue à l'intervention du juge.

À l'égard des couples de même sexe, dès lors qu'ils souhaitent conférer à leur union un statut substantiel, cette situation s'analyse comme une discrimination du point de vue de leurs obligations réciproques.

La réforme de 2006 est venue clarifier cette situation en supprimant la solidarité pour les dépenses du logement commun ainsi que celle relative aux dépenses manifestement excessives.

Le choix du régime des biens

L'article 515-5 du C. civ. disposait une présomption d'indivision par moitié, d'une part, des biens meubles meublants acquis à titre onéreux postérieurement à la conclusion du PaCS (de même que de ceux dont la date d'acquisition ne peut être établie) et, d'autre part, des autres biens acquis postérieurement à la conclusion du pacte. À défaut d'exprimer expressément une volonté contraire (dans le pacte ou à l'occasion de chaque acquisition pour les meubles meublants ; à l'occasion de chaque acquisition ou souscription pour les autres biens), ces biens étaient réputés communs. L'indivision par moitié constituait donc le régime légal des biens des pacsés. Comme les époux, les pacsés disposent également en principe de la liberté de déroger à ce régime légal[104].

Mais la comparaison avec le mariage s'arrêtait ici. Pour le PaCS, à la différence du statut du mariage, d'une part, les possibilités de choix sont beaucoup plus réduites et moins avantageuses ; mais surtout, d'autre part, l'exercice de cette liberté se révélait en pratique très restreint. Dans ces conditions, compte tenu plus généralement de « *l'incohérence entre l'indivision et le PaCS* » en tant que mode d'organisation de la vie d'un couple[105], les couples de même sexe apparaissaient objectivement sur ce plan traités moins favorablement que les couples de sexe différent.

La réforme de 2006 modifie la donne. En effet, l'indivision cesse d'être le régime général au profit de la séparation. Aussi, on introduit l'attribution préférentielle du droit au logement qui sert d'habitation du survivant et le droit temporaire de jouissance d'un an sur le logement commun du partenaire. De même le régime successoral ainsi que le système d'enregistrement du PaCS ont été modifiés par la loi de 2006.

La fiscalité du couple

Dans sa rédaction actuelle et compte tenu de l'impossibilité de se marier opposée aux couples de même sexe, ces derniers se trouvent *de facto* victimes au regard du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, d'une rupture de l'égalité de traitement en matière fiscale.

104. Dans ce sens, *cf.* la décision du Cons constit. nº 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au PaCS *(op. cit.)*, ainsi que la circulaire d'application de la loi et des décrets relatifs au pacte civil de solidarité du 11 octobre 2000 (circulaire JUS/C/00200/66C nº 00/2, non publiée).

105. *Cf.* la critique détaillée et les propositions développées par F. BERDEAUX, *Le patrimoine du couple pacsé. Régime, difficultés et réformes nécessaires de la loi du 15 novembre 1999*, mémoire pour le DEA de droit privé, université Paris X-Nanterre, 2001.

L'imposition commune

L'article 6-1 nouveau du CGI permet aux partenaires d'un PaCS, *a priori* comme des époux et à la différence des concubins, de déclarer en commun leurs revenus [106]. Cependant, à la différence des époux, le bénéfice de cette prérogative n'était pas immédiat : ce droit ne leur était en effet ouvert qu'à compter de l'année du troisième anniversaire de la conclusion du PaCS. La discrimination dont étaient spécifiquement victimes les couples de même sexe concernait ici, non pas tant l'existence du droit en soi mais son contenu et les conditions dans lesquelles un couple aura la possibilité d'en bénéficier. L'exigence d'une certaine ancienneté du PaCS afin de bénéficier de l'imposition commune, en instituant une différence de traitement entre PaCS et mariage civil [107], constituerait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle homosexuelle car cette situation désavantage spécifiquement les couples de même sexe. C'est pourquoi en 2004 le gouvernement a permis de bénéficier immédiatement de l'imposition commune les partenaires unis par un PaCS [108].

Le droit des successions

En cas de décès de l'un des membres d'un couple de même sexe, le survivant se trouve dans une situation beaucoup moins favorable que celle qu'aurait pu organiser un couple hétérosexuel en choisissant de se marier. Ceci à la fois dans le cas où le défunt aurait disposé de son vivant en faveur de l'autre au moyen d'une libéralité, que dans celui où il ne l'aurait pas fait. La réforme de 2006 n'introduit pas la vocation sucessorale du partenaire survivant, le droit viager d'habitation du logement commun ne lui a pas été reconnu.

Au décès de l'un des membres du couple, dans le cas où le défunt n'a pris aucune disposition de son vivant afin d'organiser la transmission de ses biens, celle-ci se fera selon les règles de dévolution légale [109]. Dans ce cas de figure, le conjoint survivant est considéré comme un héritier et il se trouve désormais favorisé dans la succession par rapport aux héritiers réservataires. Ce statut a connu en effet des améliorations substantielles au terme de la loi du 3 décembre 2001 relative notamment aux droits du conjoint survivant [110]. Ces nouvelles dispositions plus favorables au conjoint survivant ont été motivées par une volonté de rompre en la matière avec la « *logique de sang* » du C. civ. de 1804, au profit d'« *une logique de l'affection* » prenant en compte l'évolution du lien familial.

Dans l'ordre successoral, le conjoint se trouve désormais en concours avec les héritiers réservataires traditionnels, qu'il s'agisse des descendants du défunt ou de ses père et mère. Par

106. Modifié par l'article 4-I de la loi nº 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PaCS, *op. cit.* ; instruction 30 décembre 1999 relative à l'imposition commune des partenaires à l'impôt sur le revenu, *BOI* 5 B-1-00, 7 janvier 2000 ; *JCP éd. N* 2000, p. 283.

107. Ce que le Conseil constitutionnel reconnaît dans sa décision concernant la loi relative au PaCS *(op. cit.)* en considérant que « *manque en fait le grief tiré de la rupture d'égalité devant les charges publiques à l'égard des personnes mariées, l'article 4* [de la loi du 15 novembre 1999] *étendant le régime d'imposition commune applicable aux époux, sous réserve d'une condition minimale du pacte civil de solidarité* » : partenaires et époux ne sont pas assimilés sur le plan de l'imposition commune. Comme le note S. GARNERI (commentaire *op. cit.*), selon le Conseil const., « *l'absence de violation du principe d'égalité entre les époux et les partenaires repose sur la nécessaire infériorité des avantages fiscaux accordés à ces derniers* ».

108. Désormais l'article 6 du CGI statue : « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini à l'article 515-1 du Code civil font l'objet, pour les revenus visés au premier alinéa, d'une imposition commune* ».

109. Articles 765 et s. C. civ.

110. Loi nº 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, *JO* 4 décembre 2001, p. 19279 ; *cf. JCP* 2001, *Aperçu rapide*, p. 2233.

ailleurs, ses frère et sœur, neveu et nièce ont été évincés de la succession. Mais d'un point de vue pratique, le changement majeur concerne les droits dont il est titulaire à la suite du décès de son conjoint qui n'a rien disposé en sa faveur. Jusqu'à la loi du 3 décembre 2001, seul un droit d'usufruit sur une partie des biens successoraux était reconnu au conjoint survivant. Désormais, il lui est octroyé un droit en pleine propriété variable. S'il le souhaite, un droit au logement lui permet également de demeurer dans la résidence conjugale, ce droit étant assorti de celui d'usage du mobilier qui la garnit. Enfin, le conjoint survivant bénéficie par défaut de la jouissance gratuite du logement conjugal pendant un an[111].

À l'opposé, dans une situation identique – c'est-à-dire en l'absence de libéralité[112] –, les statuts du PaCS et du concubinage sont particulièrement désavantageux : à défaut de disposition expresse, ils n'offrent aucune protection au membre survivant de l'un de ces couples ; sur le plan successoral, il demeure totalement étranger au défunt[113]. Dans l'ordre de la dévolution successorale, seuls hériteront les descendants, ascendants, frères et sœurs, neveux et nièces, voire oncles, tantes, cousin(e)s ou encore des parents plus éloignés. Cette situation est discriminatoire à l'encontre des couples homosexuels. Car si les couples hétérosexuels peuvent s'ils le souhaitent choisir de se prémunir ainsi mutuellement en se mariant, le membre survivant d'un couple homosexuel est quant à lui exclu de droit de la possibilité de bénéficier d'une telle protection.

Les droits sociaux

Il s'agit d'envisager ici les possibilités d'accès aux différents droits matière de protection sociale, mais surtout la possibilité de bénéficier de prestations sociales à la suite du décès du partenaire, ainsi que des droits professionnels liés à la vie en couple.

Le bénéfice de la couverture sociale de l'ancien partenaire

À la suite de la rupture volontaire d'un PaCS, l'ancien partenaire qui vit seul, ne travaille pas et ne réside pas en France de façon stable et régulière se trouve *de facto* écarté de toute possibilité d'obtenir une couverture sociale[114]. Or dans ce cas précis, les partenaires de même sexe sont discriminés en raison de leur orientation sexuelle, compte tenu du droit applicable s'il s'était agit de la dissolution volontaire d'une union maritale. En effet, à la suite d'un divorce[115], l'article L. 161-15, alinéa 2 du CSS permet au conjoint divorcé qui ne bénéficie pas à un autre titre de la couverture maladie et maternité, de conserver pendant un an à compter du divorce la qualité d'ayant droit qu'il avait en tant qu'époux[116]. De plus, l'ancien

111. Article 763 C. civ. ; si le logement est loué, les loyers lui seront remboursés sur la succession.

112. D'après la nouvelle rédaction de l'article 790 F. du Code des impôts (modifié par la loi nº 2007-1223 du 21 août 2007), s'agissant des libéralités *inter vivos « il est effectué un abattement de 76 000 euros sur la part du partenaire lié au donateur par un pacte civil de solidarité »*.

113. *Cf.* F. BERDEAUX, mémoire *op. cit.*, spéc. pp. 76 et s.

114. Si la fin du PaCS est provoquée par le décès de l'un des cocontractants, le partenaire qui bénéficiait d'une assurance-maladie en qualité d'ayant droit du partenaire décédé (article L. 161-14, alinéa 2 CSS) peut invoquer l'article L. 161-15, alinéa 1er permettant aux ayants droit de l'assuré décédé de bénéficier encore pendant un an d'une couverture.

115. La circulaire DGR nº 24-94 du 30 mars 1994 a étendu les dispositions de l'article L. 161-15, alinéa 2 CSS à *« l'ex-concubin(e) »* à la suite de la séparation de la vie commune. Cette disposition est invocable par tout ex-concubin, même au terme d'un concubinage de personnes de même sexe. Cependant, le choix par un couple homosexuel du statut du concubinage dans la perspective que l'un bénéficie de cet avantage à la suite de la rupture volontaire de leur union, suppose par ailleurs qu'ils renoncent à l'ensemble du statut du PaCS, plus avantageux que le concubinage sur bien d'autres plans.

116. La durée est fixée à l'article R. 161-5 CSS par décret en Conseil d'État ; elle est aujourd'hui prolongée jusqu'à ce que le dernier enfant à charge ait atteint l'âge de 3 ans.

partenaire ne peut pas même prétendre bénéficier de l'aide médicale d'État dès lors qu'il ne répond pas à la condition de résidence «*stable et régulière*» en France posée par les textes. L'ex-époux ne se verra quant à lui en aucun cas opposer le défaut éventuel de cette condition, puisque ses droits sont ouverts en considération de sa seule qualité d'ancien époux.

La disparition de cette discrimination en raison de l'orientation homosexuelle pourrait résulter de la possibilité offerte à l'ancien partenaire d'un PaCS (ou/et d'un concubinage) volontairement dissout, jusqu'alors ayant droit de son partenaire et ne résidant pas de manière stable et régulière en France, de bénéficier également pendant un an du maintien de sa qualité d'assuré social (durée éventuellement prolongée jusqu'à ce que le dernier enfant à charge ait atteint l'âge de 3 ans).

Le bénéfice de l'allocation de veuvage

Une allocation de veuvage peut être versée au conjoint survivant âgé de moins de 55 ans, pour une durée maximale de deux ans[117]. Celui-ci doit justifier, d'une part, que l'assuré décédé a été affilié à la Caisse nationale d'assurance vieillesse pendant au moins trois mois – consécutifs ou non – au cours des douze précédant le décès et, d'autre part, qu'il réside en France, ne vit pas en concubinage, ne s'est pas remarié, ni n'a conclu un PaCS et enfin qu'il dispose de ressources personnelles trimestrielles n'excédant pas un certain plafond. Le versement de cette allocation n'est ouvert qu'au conjoint, à l'exclusion des concubins et partenaires d'un PaCS. Pour les mêmes raisons que précédemment, le membre survivant d'un couple de même sexe ne peut donc en aucune manière prétendre en bénéficier et est dès lors discriminé[118].

Le versement de la pension de réversion

Le droit de la Sécurité sociale permet au conjoint survivant[119] – et à lui seul – d'un salarié, un industriel, un commerçant, un artisan[120] ou d'un membre d'une profession libérale[121] de prétendre au versement d'une pension de réversion correspondant à la moitié de la retraite perçue par son conjoint (ou qu'il aurait été susceptible de percevoir)[122]. Les couples de même sexe sont spécifiquement traités de manière moins favorable, dans la mesure où ils ne disposent d'aucune possibilité de prétendre percevoir réciproquement une telle pension à la suite du décès de l'un d'entre eux : ni le statut du concubinage ni celui du PaCS ne prévoient une telle mesure et, en l'état actuel du droit, il leur est impossible de se marier afin d'en bénéficier.

Afin de mettre un terme à cette situation, le législateur pourrait tout d'abord reconnaître au partenaire survivant d'un PaCS[123] le droit de percevoir une pension de réversion. Mais

117. Articles L. 356-1 à L. 356-4 CSS. À partir de 55 ans, la pension de réversion se substitue à cette allocation. Il est à noter que la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 a supprimé toute condition d'enfant à charge ou déjà élevé afin de bénéficier de l'allocation veuvage (article 26 de la loi nº 2000-1257 du 23 décembre 2000, *JO* 24 décembre 2000, p. 20558 ; *JCP* 2001, nº 9, *Actu*. p. 409, F. TAQUET ; décret nº 2001-1077, 16 novembre 2001, *JO* 23 novembre 2001, p. 18648).

118. Pour les conditions du rétablissement de l'égalité, *cf. infra* à propos de la pension de réversion.

119. Est également considéré comme tel le conjoint divorcé non remarié.

120. À partir de 55 ans. Régime général articles L. 353-1 à L. 353-3 CSS.

121. À partir de 65 ans. Articles L. 643-9 et D. 643-5 CSS.

122. Outre la condition d'âge du bénéficiaire, le versement est subordonné au fait que le mariage ait été célébré depuis au moins deux ans lors du décès ; cette condition n'est pas requise lorsqu'au moins un enfant est issu du mariage (article L. 353-1 CSS). La Cour de cassation a également admis que l'épouse qui ne peut recevoir aucune prestation du chef de son second mari et divorcée de celui-ci, a droit à la pension de réversion du chef de son premier conjoint : Cass. soc., 22 mars 2001, *Dalloz* 2001, *IR* p. 1361.

123. Et/ou d'un concubinage ; indifféremment à l'orientation sexuelle ou uniquement aux bénéfices des couples de même sexe.

il ne serait mis un terme à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle qu'en permettant plus généralement l'accès indifférencié des couples de même sexe au statut du mariage civil. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, un aménagement serait cependant nécessaire concernant la dérogation à la condition d'antériorité du mariage au décès de deux ans. En effet, il est prévu que ce délai préalable est supprimé dès lors qu'un enfant est issu de l'union. Or, en l'état actuel du droit, cette disposition aurait vocation à favoriser les seuls couples de sexe différent, au détriment de ceux de même sexe, du fait que ces derniers n'ont accès ni aux techniques de procréation médicalement assistée[124], ni à l'adoption conjointe[125]. À défaut de résoudre ces deux dernières questions, il conviendrait, afin de ne pas discriminer ces couples, soit de disposer que ce délai de deux ans ne soit pas opposable aux couples de même sexe[126], soit de supprimer toute possibilité de déroger à ce délai fondée sur la présence d'un enfant[127] afin de soumettre nécessairement tous les couples au délai de deux ans.

La pension de veuf invalide

Le CSS prévoit que le conjoint survivant d'un titulaire d'une pension d'invalidité ou de vieillesse qui est lui-même atteint d'une invalidité permanente a droit à une pension de veuf ou de veuve[128]. Attaché à la qualité d'époux, ce droit est donc en toute hypothèse inaccessible aux membres d'un couple de même sexe, à la différence d'un couple de sexe différent qui a pu projeter de se marier afin notamment de permettre à l'autre de bénéficier un jour de ce droit à pension. La mise en œuvre du principe d'égalité indifféremment à l'orientation sexuelle des sujets de droits commande en principe de mettre un terme à cette discrimination, soit en ouvrant également ce droit à pension aux partenaires d'un PaCS (et/ou d'un concubinage) soit en permettant aux couples de même sexe d'accéder au statut de conjoint.

Les droits professionnels

La rente viagère du partenaire survivant de la victime d'un accident du travail

À la suite du décès d'un salarié consécutif à un accident du travail, seul le conjoint survivant – à l'exclusion du concubin[129] et du partenaire pacsé – pouvait prétendre obtenir une rente viagère correspondant à un tiers du salaire annuel de la victime, à condition que le mariage ait été contracté antérieurement à l'accident ou qu'il ait eu à la date du décès, une durée

124. *Cf.* nos développements *infra* concernant l'établissement d'un lien de filiation.

125. À l'égard des couples de même sexe, la logique voudrait que de droit ce délai soit supprimé. D'une part, dans le cas de figure où seul le droit de percevoir la pension de réversion entre pacsés aurait été reconnu : l'adoption conjointe demeurait réservée aux époux (article 343 C. civ.) et, au terme d'une interprétation *contra legem* de l'article 343-1 C. civ. *(cf. infra)*, même l'adoption est aujourd'hui refusée à un *célibataire homosexuel*. *Idem* dans le cas où le statut du mariage (et donc les dispositions de l'article 343 C. civ.) serait accessible indifféremment à l'orientation sexuelle : à moins d'une disposition législative spécifique, on peut en effet présumer de l'élargissement à l'adoption conjointe de la jurisprudence discriminatoire du Conseil d'État à propos de l'adoption par un célibataire.

126. Cette mesure n'aurait pas pour conséquence de discriminer les couples hétérosexuels, même stériles, puisque, en l'état actuel du droit, tous auront accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation et à l'adoption conjointe, donc à la possibilité d'avoir un enfant juridiquement considéré comme issu du couple.

127. Ce qui n'empêche pas de mettre éventuellement en place un autre critère dérogatoire dès lors qu'il n'institue aucune discrimination directe ou indirecte en raison de l'orientation sexuelle.

128. Articles L. 342-1 et s. CSS. Celle-ci correspond à la moitié de la pension dont bénéficiait (ou aurait bénéficié) le conjoint décédé.

129. Précisé par CA Agen, 5 octobre 1999, inédit.

de deux ans[130]. Pour les mêmes raisons que précédemment, cette situation instituait une discrimination spécifique à l'encontre de couples de même sexe qui ne pouvait y prétendre en aucune hypothèse. Un amendement du Gouvernement à la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002 a mis un terme à cette situation en ouvrant également le statut d'ayant droit au concubin et au partenaire pacsé de la victime, dès lors que le PaCS a été conclu ou que la situation de concubinage a été établie « *antérieurement à l'accident ou, à défaut, qu'ils l'aient été depuis une durée déterminée à la date du décès* [deux ans] »[131].

Cela étant, une discrimination indirecte demeure à l'encontre du partenaire ou du concubin de même sexe. L'article L. 434-8 CSS stipule que les conditions d'antériorité et de durée ne seront toutefois pas exigées, dès lors que « *les époux, les concubins ou les partenaires du pacte civil de solidarité ont eu un ou plusieurs enfants* ». Cette disposition permet au survivant de bénéficier du versement d'une rente viagère, alors même qu'il se serait marié, pacsé ou qu'il vivrait en concubinage avec la victime postérieurement à l'accident, depuis moins de deux ans au moment du décès. Or, à la différence des couples hétérosexuels, les couples de même sexe ne pourront jamais avoir un ou plusieurs enfants : ils n'ont en effet accès ni aux techniques de procréation médicalement assistée, ni a l'adoption conjointe[132]. Il résulte de cet état du droit que, dans une situation identique (union postérieure à l'accident et vie commune inférieure à deux ans au moment du décès), en raison de l'homosexualité, tous les ayant droit dont le partenaire était de même sexe se trouveront nécessairement dans une situation moins favorable que ceux dont le partenaire décédé était de sexe différent.

LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

Les couples de même sexe sont également spécifiquement soumis à un traitement moins favorable en ce qui concerne leurs droits extrapatrimoniaux. Ceci apparaît non seulement concernant les possibilités plus restreintes offertes à ces couples d'accéder à la seule union légale à laquelle ils ont droit (un PaCS), mais également concernant les possibilités de représentation mutuelle, le bénéfice des immunités familiales, le don d'organe au partenaire et enfin en matière de statut des étrangers.

Les obstacles à la conclusion d'un PaCS

Différentes situations de fait, la détention, le décès du cocontractant ou son état, sont susceptibles de faire obstacle à la conclusion d'un PaCS. Dans ces situations, les couples de même sexe s'avèrent spécifiquement traités moins favorablement du fait de l'impossibilité pour eux de se marier.

La détention

Lorsque l'un au moins des futurs partenaires est détenu, un PaCS ne peut être conclu : l'article 515-3, alinéa premier du C. civ. exige que « *deux personnes qui concluent un pacte civil*

130. Articles L. 434-8 et 434-9 ancien CSS. Le délai de deux ans était supprimé dès lors qu'un enfant au moins était issu du mariage.

131. Article L. 434-8 CSS modifié par l'article 53-I de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la Sécurité sociale pour 2002, *JO* 26 décembre 2001, p. 20552 : « *Sous réserve des dispositions des alinéas suivants, le conjoint ou le concubin ou la personne liée par un pacte civil de solidarité a droit à une rente viagère égale à une fraction du salaire annuel de la victime, à condition que le mariage ait été contracté, le pacte civil de solidarité conclu ou la situation de concubinage établie antérieurement à l'accident ou, à défaut, qu'ils l'aient été depuis une durée déterminée à la date du décès* ». Les dispositions de cet article sont applicables aux accidents survenus à compter du 1er septembre 2001.

132. *Cf. infra*, pp. 195 et s.

de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence». Il en résulte que, dès lors que l'un des futurs partenaires se trouve dans l'impossibilité de se rendre au greffe du tribunal compétent afin de procéder à la déclaration conjointe, le PaCS ne pourra pas être enregistré et donc produire ses effets[133]. En outre, la permission accordée au greffier du tribunal compétent de se rendre auprès du partenaire empêché, vise selon la circulaire du ministère de la Justice uniquement le cas où l'incapacité de se déplacer résulte d'une «*pathologie invalidante ou à issue fatale*»[134].

Cette situation est spécifiquement discriminatoire à l'encontre des couples de même sexe, dans la mesure où ils ne peuvent se marier et espérer bénéficier du statut du mariage qui permet en revanche sa conclusion dans une telle situation. L'article D. 424 du C. proc. pén. prévoit en effet que «*le mariage des détenus* [...] *est célébré à l'établissement sur réquisitions du procureur de la République*», conformément aux dispositions de l'article 75, alinéa 2 du C. civ.[135].

Afin de mettre un terme à cette discrimination spécifique des couples de même sexe, outre l'assurance de l'égalité d'accès au mariage, il conviendrait également d'élargir cette possibilité à la conclusion d'un PaCS; pour ce faire, le greffier compétent devrait être autorisé à se rendre auprès du ou des partenaires détenus, aux fins de constatation de leur volonté commune et d'enregistrement du PaCS[136].

Par ailleurs, les dispositions actuelles, ainsi que les modifications proposées ici, doivent être formalisées dans des dispositions légales et réglementaires : instaurées par une simple circulaire, la pérennité de ces mesures n'est en effet nullement assurée.

La conclusion in extremis d'un PaCS

Une jurisprudence ancienne admet la validité du mariage civil conclu alors que l'un des futurs époux était mourant, dès lors que, même si celui-ci ne pouvait s'exprimer, son consentement «*lucide et réfléchi*» ait pu être recueilli par l'officier de l'état civil[137]. En l'absence d'une solution identique à propos de la conclusion d'un PaCS, celle-ci n'en demeure pas moins parfaitement envisageable : il s'agirait également dans ce cas d'apprécier l'existence de «*la déclaration*» du partenaire mourant, recueillie par le greffier qui se sera déplacé. Quelques précisions doivent cependant être apportées concernant la contestation éventuelle du caractère éclairé du consentement du pacsé mourant.

133. La circulaire du 11 octobre 2000 *(op. cit.)* confirme cette exigence en soulignant que «*les intéressés* [...] *font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance du ressort dans lequel ils fixent leur résidence commune. À cette fin, ils doivent se présenter en personne au greffe*».

134. Circulaire d'application de la loi et des décrets relatifs au PaCS du 11 octobre 2000, ministère de la Justice (non publiée), p. 21 et s.

135. L'article 75, alinéa 2 du C. civ. prévoit qu'en cas d'«*empêchement grave*», l'officier d'état civil peut être requis par le procureur de la République afin de se rendre au domicile de l'une des parties pour y célébrer le mariage. De même, en cas de «*péril imminent de mort de l'un des futurs époux*», l'officier «*pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur auquel il devra ensuite, dans les plus brefs délais, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune*».

136. L'ensemble du dispositif prévu par la circulaire du 11 octobre 2000 *(op. cit.)* a vocation à s'appliquer intégralement à cette situation.

137. *Cf.* notamment Cass. civ. 1re, 22 janvier 1968, *Dalloz* 1968, *Jur.* p. 309; *JCP* 1968, II, 15442, note R. L. : le futur mari ayant été victime d'un grave accident du travail, le mariage a été célébré à la clinique où l'officier d'état civil s'était transporté (*cf.* nos développements *infra*); il est décédé le lendemain. Rappelant qu'«*il appartient aux juges du fond, si lors de la célébration du mariage l'un des époux ne peut pas parler, de relever et interpréter les signes par lesquels il a entendu affirmer sa volonté*», la Cour de cassation relève que les juges du fond ont souverainement retenu l'existence d'un consentement «*lucide et réfléchi*» du mourant dans «*ses larmes et son regard*» au cours de la cérémonie. Dans le même sens : Cass. civ. 1re, 2 décembre 1992, *JCP* 1993, IV, 401; *Dalloz* 1993, *Jur.* p. 409, note F. BOULANGER.

S'agissant de la conclusion d'un PaCS, ce consentement devra notamment être lucide (article 489 C. civ.)[138]. Or, à l'inverse du mariage, cette exigence devrait soulever moins difficultés dans la mesure où, en matière contractuelle, les articles 489 et 489-1 du C. civ. restreignent sérieusement les hypothèses d'action en nullité pour insanité d'esprit. En effet, du vivant de la personne concernée, elle seule – ou son tuteur ou son curateur – peut exercer l'action, qui se prescrit par cinq ans[139]. Dans le statut du mariage, l'action en nullité absolue fondée sur l'existence du consentement peut être intentée, outre par les époux, par « *tous ceux qui y ont un intérêt* », ainsi que le ministère public[140] et se prescrit par trente ans. En outre, après sa mort, les actes « *autres que la donation entre vifs ou le testament* » – dont relève un PaCS – ne peuvent être attaqués que dans des cas limitativement énumérés[141]. Par ailleurs, il incombera alors aux auteurs de l'action en nullité, de rapporter par tout moyen la preuve de « *l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* »[142], un fait souverainement apprécié par les juges du fond[143].

S'inspirant à l'égard d'un PaCS conclu *in extremis*, de la jurisprudence en matière de mariage, le juge a ainsi parfaitement la possibilité de constater, avec la même rigueur et un même souci d'humanité, que le mourant était en état de donner un consentement lucide[144].

La conclusion posthume d'un PaCS

L'impossibilité actuelle de conclure un PaCS à titre posthume constitue spécifiquement pour les couples homosexuels un traitement moins favorable. Dans le statut du mariage, l'article 171 du C. civ. prévoit que dans le cas de figure où l'un des époux est décédé après l'accomplissement de « *formalités officielles marquant sans équivoque son consentement* », le président de la République peut, « *pour des motifs graves* », autoriser la célébration du mariage ; il n'entraînera aucun droit patrimonial ou successoral (article 171, alinéa 3 C. civ.). En l'état actuel du droit, et contrairement à ce qui est parfois affirmé par la doctrine, cette autorisation n'a pas à être spécialement motivée par une volonté de légitimation d'une descendance : un intérêt « *simplement moral* » peut parfaitement la justifier[145].

Les couples de même sexe sont eux aussi susceptibles de se retrouver dans de telles situations. Il se peut ainsi, alors que les futurs partenaires ont entrepris des démarches officielles dans le but de conclure un PaCS – ils disposent des certificats attestant qu'ils ne sont pas

138. Article 489 C. civ. : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* ». Dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a bien spécifié que « *les articles 1109 et suivants du Code civil, relatif au consentement son applicables au pacte civil de solidarité* ». Par extension, on peut considérer que l'exigence d'un consentement réel et libre en matière contractuelle, visée par les articles 1109 et suivants du C. civ., suppose également celle d'un consentement *lucide*, visée par l'article 489 du C. civ.

139. Article 489 C. civ.

140. Article 184 C. civ.

141. Article 489-1 C. civ. : si l'acte porte lui-même la preuve d'un trouble mental, s'il a été fait alors que l'individu était placé sous sauvegarde de justice ou si une action visant à faire ouvrir une tutelle ou une curatelle avait été introduite avant le décès.

142. Article 489 C. civ.

143. *Cf.* Cass. civ. 2e, 23 octobre 1985, *Bull. civ.* II, no 158 ; la jurisprudence est constante.

144. *Cf.* en substance à propos du mariage *in extremis*, Cass. civ. 1re, 22 janvier 1968, *op. cit*.

145. Dans ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, no 70, p. 66 ; J.-P. BRANLARD, « Le sexe et l'état des personnes », *op. cit.*, no 133 et s. ; et surtout TGI Albertville, 3 juillet 1987 (*Gaz. Pal.* 1989, 1, 27, note J. PASCAL). Dans cette affaire, la Cour a rejeté la demande d'annulation du décret présidentiel autorisant la célébration posthume du mariage des époux, dont l'un était décédé trois jours avant la date fixée pour la cérémonie (ils se connaissaient depuis dix-huit mois, aucune grossesse n'était en cours ou à terme) : l'autorisation a été accordée en considération de la forte commotion de la future épouse et de son désir de respecter la volonté profonde du défunt.

déjà liés par un pacte[146] et ils ont éventuellement rédigé une convention –, que l'un d'entre eux décède avant qu'ils aient pu faire enregistrer leur union. Dans cette situation, ils sont néanmoins spécifiquement victimes d'une discrimination. Le PaCS n'ouvrant pas droit à la demande possible dans le mariage, les partenaires de même sexe, exclus du droit de se marier, ne peuvent espérer satisfaire ce même intérêt moral[147]. Or rien ne permet d'affirmer que, à l'inverse du survivant hétérosexuel, le partenaire homosexuel ne soit pas également commotionné par le décès soudain de l'autre et désireux de voir respectée sa volonté.

C'est pourquoi, afin de réduire les effets de cette situation discriminatoire, à défaut de permettre aux couples de même sexe de se marier, une disposition inspirée de celle du statut du mariage (article 171 C. civ.) devrait être ajoutée au statut du PaCS. Compte tenu d'éléments établissant le consentement univoque du défunt, une autorité – le président de la République, le juge aux affaires familiales ou un tribunal de grande instance – pourrait ainsi, pour des motifs graves, considérer le pacte comme conclu. Ceci est d'autant plus aisément envisageable, que ce PaCS conclu de manière posthume n'aurait, comme le mariage, aucune conséquence d'ordre patrimonial ou successoral ; il permettrait cependant de répondre à une exigence humaine identique.

La représentation mutuelle des membres du couple

Les hypothèses envisagées concernent, d'une part, la possibilité pour l'un des partenaires, d'agir pour ou sans l'autre qui serait empêché(e) et, d'autre part, notamment d'exprimer la volonté de son (sa) partenaire décédé(e).

La représentation du partenaire empêché

À la différence du régime du concubinage et du PaCS, le droit du mariage prévoit de pallier l'empêchement d'un des époux qui se trouverait hors d'état de manifester sa volonté. Dans cette hypothèse en effet, le conjoint a la possibilité de se faire autoriser en justice à représenter son époux empêché. Cette représentation peut avoir pour objet, soit d'accomplir un acte pour lequel le concours ou le consentement du conjoint est normalement nécessaire : c'est l'autorisation (article 217 C. civ.) ; soit, d'une manière générale ou pour un acte particulier, de représenter l'autre époux pour des actes qu'il aurait pu faire seul : c'est l'habilitation (article 219 C. civ.).

Concernant les partenaires d'un pacte civil dont la communauté de biens était soumise au régime de l'indivision, l'article 815-4 du C. civ. permettait seulement à l'un de demander au juge de l'autoriser à représenter, d'une manière générale ou pour des actes particuliers, son partenaire co-indivisaire empêché pour ce qui concerne l'indivision. Mais en dehors du domaine particulier de l'indivision, aucune disposition ne lui permet cependant de demander d'être judiciairement habilité à représenter son partenaire hors d'état de manifester sa volonté pour des actes qu'il aurait dû faire seul. Le mécanisme de la tutelle, non seulement beaucoup trop lourd et inadapté à un besoin ponctuel, ne pourrait de toute manière être

146. Exigés par l'article 515-3 C. civ.

147. Interrogée à propos d'une telle possibilité, la garde des Sceaux a répondu que le PaCS « *n'autorise pas la conclusion à titre posthume de celui-ci. Les deux parties doivent en effet enregistrer ensemble et en personne la convention au greffe du tribunal. Aucune dérogation à cette formalité n'est possible* » (Rép. min. nº 47405, *JOAN* 21 août 2000, p. 4987 ; *JCP éd. N* 2001, 520 ; *Dr. fam.* avril 2001, nº 35, note B. BEIGNER).

déclenché par l'un des membres d'un couple non marié[148]. Pourtant de telles situations d'empêchement (accident, maladie) associées à la nécessité d'accomplir des actes pour le compte de son partenaire sont susceptibles de toucher tous les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle.

La volonté du défunt et le sort de sa dépouille

La capacité d'exprimer la volonté de l'autre après sa disparition a également été reconnue. Certains textes confèrent en effet au conjoint survivant, et à lui seul, la qualité de représentant du défunt, pour défendre ses œuvres artistiques par exemple[149]. À défaut de texte, la jurisprudence traditionnelle le présume également comme le plus qualifié pour exprimer la volonté du défunt. C'est le cas lorsque, en l'absence de dispositions testamentaires exprès de sa part[150] et en cas de contestation, il s'agit de déterminer comment doivent être réglées les conditions de ses funérailles[151]. Dans des circonstances équivalentes, la situation du concubin survivant se révèle moins favorable que celle de l'époux : alors que la qualité de conjoint implique qu'il soit normal que l'époux survivant soit l'interprète des volontés du défunt[152], concernant le concubinage, encore faut-il que « *la stabilité et la profondeur des liens unissant les concubins* [soit] *démontrée* », les juges se montrant exigeants[153].

Le sort de la dépouille du défunt semble quant à lui ne devoir être réglé qu'à la faveur du conjoint : en tant que « *copropriété familiale* », le conjoint s'est vu reconnaître par la jurisprudence des droits sur celle-ci[154] ainsi que sur l'urne contenant ses cendres[155] ; mais le concubin de sexe différent et désormais également de même sexe en vertu de l'article 515-8 C. civ. n'en aurait pas, en raison de ce qu'il n'a aucun lien de droit avec le défunt[156].

148. En effet, l'article 493 C. civ. prévoit que seules certaines catégories de personnes, dont le « *conjoint* », ont qualité pour former directement une demande en ce sens. Or la notion de conjoint ne vise traditionnellement que l'époux, et non le concubin ni le partenaire d'un PaCS. Au mieux pourrait-on imaginer qu'il invoque sa qualité d'« *ami* » afin uniquement de « *dénoncer* » auprès du juge des tutelles la nécessité d'ouvrir une telle mesure (article 493, alinéa 2 C. civ.).

149. Article 42 de la loi du 11 mars 1957.

150. Loi du 15 novembre 1887.

151. Cass. civ. 1re, 31 mars 1981, *Bull. civ.* I, nº 114, p. 96. L'autorité du conjoint survivant prévaut, tant que leur « *mésentente conjugale* » n'est pas rapportée (CA Paris, 16 septembre 1993, *RTD civ.* 1994, 76, nº 4, obs. J. HAUSER), ou qu'ils étaient en instance de divorce. Sur l'ensemble de la question, *cf.* l'étude de R. VIDAL, G. SENAC de MONSEMBERNARD, « Législation funéraire », *JCP éd. N* 1998, 659.

152. *Cf.* Lyon, 1re ch. civ., 18 novembre 1981, *JCP* 1983, II, 19956, note G. ALMAIRAC : selon les juges, « *sans doute normalement le mari est le mieux à même en raison de l'intimité du* foyer *d'interpréter la volonté présumée de son épouse* [...] ».

153. CA Reims, 1er février 2001, *JCP* 2001, IV, 2126 ; *Dr. fam.* novembre 2001, nº 114, p. 31, note B. BEIGNER. En l'espèce, la « *stabilité et la profondeur des liens* » des concubins a été déduite du fait qu'ils vivaient ensemble depuis environ quarante ans et que trois enfants étaient issus du couple ; dans le même sens : CA Agen, 20 janvier 1999, *Dr. fam.* novembre 2001, nº 114, p. 32, note B. BEIGNER : les juges confirment le jugement qui a autorisé la concubine à procéder au changement du lieu de sépulture du défunt, son partenaire : considérant qu'elle a vécu quatorze ans avec lui et qu'ils ont eu ensemble un enfant, la Cour retient que « *la stabilité de leur union et la profondeur incontestée des liens qui les unissaient en font l'interprète de la volonté présumée du défunt et lui donne le droit de décider définitivement du lieu et des modalités de sa sépulture* ». Dans le même sens : CA Douai, 1re ch., 7 juillet 1998, *JCP* 1998, II, 10173, note X. LABBÉ ; Dijon, ch. civ., 22 avril 1986, *Dalloz* 1986, *Somm.* p. 408 (lien d'intimité résultant du concubinage qui a duré quatorze ans).

154. TGI Lille, 5 décembre 1996, *Dalloz* 1997, *Jur.* p. 376, note X. LABBÉ.

155. L'urne est également l'objet d'un droit de « *copropriété familiale, inviolable et sacré* » selon TGI Lille (ord. de référé), 23 septembre 1997, *Les Petites Affiches*, 27 janvier 1999, nº 19, note B. MORY, X. Labbé.

156. « *De cette copropriété familiale, la concubine paraît naturellement exclue : elle n'a aucun lien de droit avec le défunt* », note X. LABBÉ sous CA Douai, 1re ch., 7 juillet 1998, *JCP* 1998, II, 10173.

En l'absence de toute disposition dans la loi réglant ces différents points, la situation du partenaire survivant d'un PaCS interpelle. Sera-t-elle réglée dans le prolongement de la situation du conjoint ou de celle du concubin ? Si un lien juridique existe entre pacsés – ce qui plaiderait pour l'élargissement au partenaire de la présomption dont bénéficie le conjoint à propos des funérailles –, rien n'oblige cependant le juge à le considérer comme un lien familial dès lors que le PaCS n'a, en l'état, aucune incidence sur l'état civil. Comme pour le concubinage, le juge s'attachera-t-il alors à apprécier la durée, la stabilité et la profondeur des liens du PaCS ? Il existe donc des risques que le partenaire survivant soit soumis aux mêmes incertitudes et dangers de dénuement auxquels les concubins sont déjà soumis.

En toute hypothèse, sur l'ensemble de ces questions, les couples de même sexe sont discriminés puisqu'ils ne disposent, à la différence des couples hétérosexuels qui peuvent se marier afin d'y remédier, d'aucun moyen juridique d'accéder à une représentation identique, ni au bénéfice d'une reconnaissance renforcée de leur lien avec l'autre membre du couple. À défaut de l'égal accès au mariage, qui seul satisferait l'exigence de non-discrimination, *a minima*, les couples gays et lesbiens doivent cependant être en mesure de bénéficier cette faculté en tant que concubins et/ou pacsés.

Le bénéfice des immunités familiales

Le législateur a associé dans deux cas de figure la qualité de conjoint à l'atténuation de la mise en œuvre de la loi pénale : il s'agit d'une part, des immunités concernant les atteintes à l'autorité publique et, d'autre part, de celles relatives aux atteintes aux biens commises entre les membres du couple.

Les atteintes à l'autorité publique

En vertu de ce lien, le conjoint est tout d'abord exonéré de toute responsabilité lorsqu'il a entravé l'action de la justice pénale, que ce soit en ne dénonçant pas son conjoint criminel ou complice[157], en l'aidant dans sa fuite[158] ou encore en n'apportant pas son témoignage qui pourrait l'innocenter[159]. L'incrimination d'aide au séjour irrégulier d'un étranger prévoit elle aussi que des poursuites pénales ne peuvent être exercées lorsque cette aide est apportée par le conjoint[160]. Ces exonérations bénéficient également à « *la personne qui vit notoirement en situation maritale* » avec l'intéressé, c'est-à-dire au concubin. Compte tenu de la définition légale du concubinage désormais explicitement indifférente à l'orientation sexuelle (article 515-8 C. civ.), le juge pénal qui refuserait le bénéfice de ce fait justificatif au concubin de même sexe opérerait une discrimination *contra legem*[161]. Mais en l'absence de disposition explicite dans les textes visés, rien ne permet en revanche de conclure que la qualité de partenaire d'un PaCS l'exonère également de sa responsabilité. Celui-ci se

157. Article 434-1, 2° C. pén.

158. Article 434-6, 2° C. pén.

159. Article 434-11, 2° C. pén.

160. Article 21-III, 2° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration, *op. cit. infra*.

161. J. Amar (« PaCS et immunités familiales », *op. cit.*) prône cependant à nouveau la discrimination des concubins homosexuels. Cette démarche, consistant à définir l'expression « *vie maritale* » comme désignant exclusivement un concubinage hétérosexuel, va cependant explicitement à l'encontre du souci d'égalité de traitement indifféremment à l'orientation sexuelle, exprimé par le législateur dans l'article 518-8 C. civ. ; en effet, la définition légale non discriminatoire du concubinage s'oppose à toute appréciation restrictive par le juge de la notion de vie maritale, justement à l'origine de la différence de traitement (*cf.* pp. 107 et s.). Cette position contrarie à la fois l'état du droit et la volonté du législateur.

trouve ainsi soumis aux incertitudes et aux travers d'une nécessaire interprétation de la loi pénale[162]. La sécurité juridique et l'unité de traitement des différentes formes de conjugalité requièrent donc l'ajout de cet autre lien conjugal possible comme fait justificatif.

Tant que cette incertitude demeure, non seulement le partenaire d'un PaCS est discriminé en comparaison du concubin ou du conjoint, mais surtout, le partenaire de même sexe se trouve dans une situation encore plus défavorable. En dehors du risque de voir le juge pénal adopter une jurisprudence discriminatoire à l'encontre du concubin homosexuel comme le lui propose la doctrine, s'ajoute en effet à sa responsabilité pénale en qualité de partenaire d'un PaCS, l'impossibilité d'échapper à ce régime en acquérant la qualité de conjoint.

Les atteintes aux biens

La seconde hypothèse d'immunité associée à l'existence d'un couple est susceptible de rencontrer en pratique une résonance encore plus importante. Le C. pén. dispose en effet l'irrecevabilité des poursuites pénales engagées entre époux concernant un certain nombre d'atteinte aux biens propres. L'article 311-12, 2° du C. pén. dispose ainsi que le vol commis au préjudice de son conjoint ne peut donner lieu à des poursuites pénales[163]. C'est également le principe d'immunité qui s'applique à propos d'une extorsion (article 312-9 C. pén.), d'un chantage (article 312-12 C. pén.), d'une escroquerie (article 313-3 C. pén.) ou encore d'un abus de confiance (article 314-4 C. pén.) commis par un époux au préjudice de l'autre.

Or, de la même manière que les concubins ne bénéficient d'aucune immunité familiale en matière d'atteinte aux biens[164], malgré leur lien juridique, les partenaires d'un PaCS n'ont pas non plus la possibilité d'invoquer entre eux une telle cause d'irrecevabilité des poursuites pénales. Pour autant, notamment lors de la rupture, le risque que les partenaires s'accusent mutuellement de l'un de ces délits ne peut pas être écarté. Comme les couples hétérosexuels, les couples homosexuels ont en effet tout autant vocation à bénéficier de ces immunités, quelle qu'en soit la justification théorique[165], que ce soit l'existence d'une « *copropriété familiale* » entre les partenaires[166], d'importantes difficultés de preuve quant à la propriété des biens[167], la volonté de ne pas ajouter de « *perturbation supplémentaire à la vie familiale* »[168], « *un souci de décence* » face au risque de voir les problèmes familiaux étalés à cette occasion[169] ou bien encore une volonté d'« *éviter une résolution pénale de la vie conjugale* »[170].

L'accès indifférencié au statut du mariage permettrait une nouvelle fois de mettre un terme à cette discrimination. À défaut, c'est l'éventualité d'une modification du statut du PaCS qui doit être envisagée, que ce soit au profit des couples de même sexe ou plus généralement à tous les partenaires. Pour sa part, J. AMAR défend l'idée selon laquelle, en ce qui concerne les infractions touchant aux biens, il serait nécessaire de maintenir l'absence d'immunités

162. L'article de J. AMAR *(op. cit)* illustre cette situation.

163. Sauf si les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément (article 311-12, 2° C. pén.).

164. La justification apportée à cette exclusion est d'ordre moral : selon P. MOUSSERON en effet, « [...] *il serait paradoxal de conférer au concubin le bénéfice d'une immunité assise sur un objectif de sauvegarde des valeurs familiales dont il n'est pas le premier zélateur* » (« Les immunités familiales », *Rev. sc. crim.* 1998, 291).

165. La doctrine contemporaine ne s'accorde pas du tout sur le fondement de cette immunité.

166. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, droit pénal spécial*, tome 2, Paris, Cujas, 1982, p. 1833.

167. W. JEANDIDIER, *Juris-Classeur Pénal*, articles 311-1 à 311-16, nº 132.

168. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, nº 195, p. 192.

169. P. MOUSSERON, *op. cit.*. Dans le même sens, J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1995, nº 777, p. 536.

170. J. AMAR, *op. cit.*

entre partenaires d'un PaCS. En effet, contrairement au statut civil du mariage dont les dispositions limiteraient déjà les risques d'appropriation frauduleuse entre conjoints et feraient par conséquent du régime des immunités pénales le moyen d'éviter une résolution pénale du conflit conjugal, les déficiences du PaCS nécessiteraient quant à elles de maintenir ouverte la voie pénale – et donc « *d'exclure* » les pacsés du bénéfice de ces immunités – afin de dénouer les conflits en matière de biens lors de la séparation [171].

Or, il n'est pas exact de prétendre que les régimes de l'indivision et de la solidarité des partenaires ne permettent pas également la protection contre des atteintes à la propriété de l'autre. Tout d'abord, seuls les meubles meublants et les autres biens acquis à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte civil sont présumés indivis par moitié (article 515-5 C. civ.), les partenaires demeurent propriétaires des biens acquis antérieurement et ont pour les autres la possibilité de déroger expressément à cette indivision : la détermination du caractère « commun » ou personnel des biens ne pose donc pas *a priori* de difficultés plus importantes qu'entre époux. Ensuite, le droit de l'indivision permet également dans une certaine mesure d'empêcher l'un des partenaires de disposer indûment d'un bien dont la propriété est incertaine en requérant le consentement des indivisaires pour tout acte de disposition (article 815-3, alinéa premier C. civ.); de même, il ne peut y avoir de mandat tacite concernant ces actes (article 815-3, alinéa 2), ce qui, à défaut, induit leur nullité. Par ailleurs, la solidarité des partenaires a un domaine légalement délimité : elle ne concerne que les dettes contractées « *pour les besoins de la vie courante* » et « *les dépenses relatives au logement commun* » (article 515-4, alinéa 2 C. civ.) et de plus, selon le Conseil constitutionnel, les excès commis par l'un des partenaires sont susceptibles d'engager sa responsabilité civile [172]. Enfin, le régime du mandat est applicable à l'administration des biens communs par un partenaire : celui-ci sera ainsi par exemple tenu de rendre compte à l'autre de sa gestion (article 1993 C. civ.). Dès lors, compte tenu des limites que le droit commun des obligations peut apporter aux atteintes à la propriété des partenaires d'un PaCS, les immunités pénales auraient également vocation à éviter entre eux la résolution pénale de leurs éventuels conflits conjugaux.

Par ailleurs, cette approche de la justification des immunités ne fait nullement l'unanimité. Or, autant l'existence d'une « *copropriété familiale* » entre les partenaires que les difficultés de preuve quant à la propriété des biens, la volonté de ne pas ajouter de « *perturbation supplémentaire à la vie familiale* », le « *souci de décence* » face au risque de voir les problèmes familiaux ainsi épanchés ou bien la volonté d'éviter une « *résolution pénale de la vie conjugale* » sont des motivations parfaitement à même de bénéficier également aux couples pacsés.

Le don d'organe au partenaire

L'article L. 1231-1 du CSP dispose que de son vivant, une personne peut donner l'un de ses organes « *dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur* » s'il est père ou mère, fils ou fille ou encore frère ou sœur de celui-ci [173]. « *En cas d'urgence* », le donneur peut également être le conjoint du receveur. Aucun don volontaire de son vivant n'est en revanche possible en faveur du concubin ni du partenaire d'un PaCS, et ce même dans une situation d'urgence identique. En 2004, la loi a été modifiée établissant désormais que « *Le donneur*

171. J. AMAR, *op. cit.*

172. Cons. const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *op. cit.*

173. Disposition issue de l'article 5 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, don et utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal. Entre frère et/ou sœur, est interdit le don de moelle osseuse en vue d'une greffe.

peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur » (nouvel article L. 1231-1). L'actuelle impossibilité d'un don entre concubins ou entre pacsés avant les deux ans de vie commune s'analyse comme une discrimination à l'encontre des couples de même sexe qui souhaiteraient réaliser un tel don : en se mariant, les membres d'un couple hétérosexuel peuvent bénéficier de ce droit. Afin de répondre à cette situation, le législateur doit envisager d'élargir une telle possibilité de don entre pacsés et/ou concubins dans les mêmes conditions qu'entre époux.

LE DROIT DES ÉTRANGERS

À propos de la situation des couples binationaux, la loi relative au PaCS ne contient qu'une seule disposition. Qui plus est, celle-ci ne s'intéresse qu'à la question du droit au séjour du partenaire étranger, à l'exclusion par exemple – à l'inverse du statut du mariage – de la possibilité d'obtenir une carte de résident, de l'immunité du partenaire à l'encontre des mesures de reconduite ou encore de l'acquisition de la nationalité française. Ce faisant, en raison du refus opposé à l'accès indifférencié des couples de même sexe au statut du mariage civil, ces derniers subissent une discrimination en vertu de ce régime une nouvelle fois moins favorable que celui du mariage.

En la matière, le caractère discriminatoire et illégitime des différences de traitement dont sont victimes les couples de même sexe est très clairement dénoncé. Le Conseil de l'Europe s'est saisi de la question à la suite d'un rapport parlementaire sur la situation des gays, des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration [174]. Dans une recommandation spécialement adoptée sur ce sujet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe demande ainsi instamment aux États membres notamment, d'une part, *« de revoir leur politique en matière de droits sociaux et de protection des migrants de manière à ce que les couples et les familles homosexuels soient traités selon les mêmes règles que les couples et les familles hétérosexuels »* mais aussi et surtout, *« de prendre les mesures requises pour que les couples homosexuels binationaux bénéficient des mêmes droits en matière de résidence que les couples binationaux hétérosexuels »* [175]. Or sur ce thème, le droit français se trouve être bien en deçà de l'exigence européenne d'égalité de traitement.

Il est donc nécessaire que disparaissent les discriminations dont les couples gays et lesbiens binationaux sont aujourd'hui victimes, ne disposant pas du droit de se marier ; et ce avec d'autant plus d'urgence qu'au-delà de l'aspect strictement juridique de l'exigence de respect de l'égalité des droits, c'est aussi à des situations parfois douloureuses qu'il convient de mettre un terme [176].

174. Situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe, rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, rapporteur R.-G. VERMOT-MANGOLD, doc. 8654, 26 février 2000, http://stars.coe.fr/doc/doc00/fdoc8654.htm

175. Recommandation 1470 (2000), Situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 30 juin 2000, http://stars.coe.fr/ta/ta00/frec1470.htm, points 7.ii. *d*) et *e*).

176. *Cf.* le rapport remis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *op. cit.* L'auteur y dénonce les politiques d'immigrations discriminatoires qui aboutissent *« à la douloureuse expérience de la séparation ou de l'expulsion, quand l'un des deux partenaires n'est pas citoyen du pays »* (point nº 10) : *« Le refus* [...] *d'accorder un droit de séjour aux membres de nationalité étrangère de couples homosexuels binationaux est à l'origine de situations douloureuses pour de nombreux couples homosexuels, qui peuvent se trouver séparés de fait et contraints de vivre dans deux pays différents »* (point nº 6). *Cf.* également le *Rapport sur l'application de l'article 12 de la loi sur le PaCS, un an après son entrée en vigueur*, de l'Association pour la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles et transsexuelles à l'immigration et au séjour (ARDHIS), http://www.chez.com/ardhis/commission2001.html

L'obtention d'un titre de séjour

Aux termes de l'article 12 de la loi relative au PaCS, l'attribution d'un titre de séjour au partenaire étranger d'un pacte est soumise au régime de l'article L. 313-11 7°du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Ce texte dispose que « *sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale" est délivrée de plein droit* [...] *à l'étranger* [...] *dont les liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus* ». Or, l'article 12 de la loi relative au pacte civil ne confère au lien de droit de l'étranger pacsé qu'une valeur relative : au terme de ce texte, l'existence d'un PaCS ne constitue en effet que « *l'un des éléments d'appréciation* » quant à l'existence de « *liens personnels* » en France. L'attribution d'un titre de séjour au partenaire d'un PaCS n'est donc ni une obligation pour l'administration, ni un droit du ressortissant étranger.

Une circulaire du 30 octobre 2004 addressée aux préfets de police établit les critères d'attibution d'un titre de séjour pour le partenaire de même sexe [177]. Le partenaire étranger doit justifier d'un an de vie commune sur le territoire français (avec un français ou un ressortisant européen vivant en France). Pour demander un tel titre, il est nécessaire de produire une attestation datée de moins de trois mois du greffe du tribunal d'instance de leur lieu de naissance ou du TGI de Paris en cas de naissance à l'étranger, certifiant l'engagement dans les liens du PaCS. La circulaire détermine qu'il « *incombe aux intéressés de justifier de la réalité de la stabilité de leurs liens sur le territoire français compte tenu notamment de l'effectivité et de l'ancienneté de leur vie commune en France qui n'est jamais présumée, au regard des liens conservés dans le pays d'origine* ». La pratique administrative des préfectures exige également la production de certaines preuves comme des factures (EDF/GDF) aux deux noms, un compte bancaire commun, l'inscription dans la mutuelle complémentaire de la sécurité sociale et tout autre élément de preuve du domicile commun.

Il est donc permis de considérer qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (homosexuelle) existe en la matière. En effet, seuls les couples binationaux hétérosexuels ont la possibilité en choisissant de se marier, d'être assurés sans attendre de pouvoir vivre ensemble sur le territoire Français, même en l'absence de toute vie commune antérieure : à l'inverse, ces mêmes couples, dès lors qu'ils sont homosexuels et qu'à ce titre l'accès au mariage civil leur est refusé, ne peuvent en aucune manière espérer disposer de cette garantie. Dans tous les cas, même si le statut du PaCS n'offre pas de réelles garanties, le partenaire étranger de même sexe ne dispose d'autre alternative que de conclure un tel contrat afin de bénéficier d'une appréciation renforcée par rapport au concubinage [178] de l'existence de « *liens personnels* » ; de plus, le couple devra justifier d'une vie commune « *d'au moins un an* ». Enfin, le demandeur est subordonné à l'arbitraire de l'administration, puis du juge, dans la mesure où la délivrance d'un titre de séjour ou la prise d'une mesure de reconduite à la frontière est suspendue à son pouvoir souverain d'appréciation.

177. Circulaire du ministre de l'Intérieur de la Sécurité intérieure et des Libertés locales n° NOR/INT/D/04/00134/C 30 octobre 2004.

178. Depuis la loi du 15 novembre 1999 et l'affirmation de l'égalité d'accès des couples au statut du concubinage indifféremment à l'orientation sexuelle (article 515-8 C. civ.), le concubin étranger d'un couple de concubins homosexuels binationaux peut désormais prétendre à l'obtention d'un titre de séjour.

La liberté de circulation et de résidence des couples de même sexe au sein de l'Union européenne

La liberté de circulation et de résidence au sein de l'Union européenne est double. À côté de la liberté individuellement reconnue aux citoyens ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, le droit européen considère également la dimension familiale. C'est ainsi que le ressortissant d'un État membre qui s'installe sur le territoire d'un autre État membre a le droit d'être accompagné de « *son conjoint* », quelle que soit la nationalité de celui-ci [179]. Comme la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de le préciser à propos de l'article 10 du règlement 1612/68, le terme *conjoint* « *vise seulement un rapport fondé sur le mariage* » [180]. Sont donc exclus du bénéfice de ces dispositions les concubins, de même que les partenaires d'un PaCS.

Si cette situation est d'ores et déjà préjudiciable aux couples hétérosexuels qui ne souhaitent pas se marier, elle l'est plus spécifiquement encore à l'encontre des couples de même sexe. Elle constitue en effet une discrimination en raison de leur orientation sexuelle puisque, ne pouvant se marier afin d'accéder à la qualité de conjoint, ils ne sont en aucune hypothèse en mesure d'invoquer la liberté de circulation et d'établissement de leur couple. Si du point de vue du droit européen différentes solutions sont envisageables afin de mettre un terme à cette discrimination [181], au niveau national, l'ouverture du statut du mariage indifféremment à l'orientation sexuelle – et donc à la qualité de conjoint – constitue la seule mesure envisageable et la plus efficace.

L'acquisition de la nationalité française

L'article 21-2 du C. civ. dispose dans quelles conditions le mariage constitue un mode d'acquisition de la nationalité Française pour l'étranger qui en exprime le souhait. En toute hypothèse, dès lors qu'il est marié à un Français, il peut déclarer vouloir acquérir la nationalité Française. En revanche, aucune disposition dans le statut du PaCS ne permet au partenaire étranger d'un Français d'effectuer une telle déclaration. S'il souhaite acquérir la nationalité française, il se trouve soumis aux règles du régime de droit commun d'une demande de naturalisation (article 21-17 et s. C. civ.). Une nouvelle fois, cette situation doit être considérée du point de vue des droits des couples gays et lesbiens comme constituant une discrimination à leur encontre, dès lors que le bénéfice des dispositions plus favorables du mariage leur est inaccessible.

Le mariage civil

L'impossibilité pour deux personnes de même sexe de se marier civilement est la seconde situation au regard de laquelle il convient d'envisager l'existence d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

179. Article 10, 1°, a) du Règlement n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE* n° L 257, 19 octobre 1968, p. 13. Plus généralement : article 1er, 2°, a) de la directive 90/364/CEE du Conseil relative au droit de séjour, *JOCE* n° L 180, 13 juillet 1990.

180. CJCE, *État néerlandais c./F. Reed*, aff. 59/85, 17 avril 1986, *Rec.* p. 1283.

181. *Cf.* K. WAALDIJK, « Free Movement of Same-Sex Partners », 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 271 (1996) ; article publié en français : « La libre circulation des partenaires de même sexe », in *Homosexualités et droit*, D. BORRILLO (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 205-226.

Dans l'état du droit positif actuel, le mariage ne peut être envisagé que comme l'union d'un homme et d'une femme. Dans le C. civ., cela ressort de l'article 144, qui dispose que « *l'homme avant 18 ans* » et « *la femme avant 15 ans révolus, ne peuvent contracter mariage* », mais surtout de l'alinéa 5 de l'article 75 qui vise la déclaration des époux de leur volonté de « *se prendre pour mari et femme* ». En outre, une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation entérine cette exigence légale, en explicitant qu'elle doit être entendue comme la nécessité que « *le sexe de chacun des époux soit reconnaissable, et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint* » ; cela étant, « *le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains organes caractéristiques du sexe sont sans influence possible sur la validité du mariage* »[182]. De même plus récemment, la Cour d'appel de Bordeaux statue, dans un arrêt du 19 avril 2005, qu'en droit interne français « *le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère* »[183]. La Cour confirme ainsi une décision du TGI de Bordeaux selon laquelle « *la différence des sexes est bien en droit français une condition du mariage* » et pour qui « *cette justification se trouve en l'espèce dans la fonction traditionnelle du mariage, communément considérée comme constituant la fondation d'une famille* »[184]. La Cour de cassation a confirmé cette décision de la Cour d'appel. Dans un arrêt du 13 mars 2007, la haute juridiction statue que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* » et que « *ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* [...] »[185].

Quoi qu'il en soit, ce qui hier n'a pas été pensable – par les rédacteurs du C. civ., n'interdit pas cependant aujourd'hui d'envisager une évolution de l'institution et cela malgré ces décisions de justice. D'autant que, comme décrit précédemment, l'adoption du PaCS a cristallisé la différence de traitement juridique des couples homosexuels : le maintien de leur impossibilité de se marier, et *a fortiori* l'absence de reconnaissance, *a minima*, de droits identiques à ceux des couples hétérosexuels, a pour conséquence de les figer en raison de leur orientation sexuelle, dans une situation objectivement moins favorable. Il ne s'agit donc pas ici uniquement d'une simple question de principe : cette impossibilité d'accéder au statut du mariage civil se traduit par des limitations concrètes : les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux dont les couples homosexuels ne peuvent *de facto* prétendre bénéficier sont substantiels.

Or de nos jours, la définition légale bicentenaire de l'union matrimoniale est directement interrogée par les principes d'égalité et de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, que ce soit au travers de la prohibition générale de ces discriminations, à la suite des appels au respect de l'égalité des droits des couples homosexuels[186], ou bien encore par l'ouverture effective du mariage aux couples de même sexe chez nos voisins européens[187]. L'exigence d'égalité de traitement et ces évolutions ont une résonance d'autant plus intense,

182. Cass., 6 avril 1903, *Dalloz* 1904, 1, 395, concl. BAUDOIN ; S. 1904, 1, 273, note WAHL.

183. CA Bordeaux, 6e ch. civ. 19 avril 2005.

184. TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Gaz. du Pal.* 9 octobre 2004 no 283.

185. Arrêt no 511 du 13 mars 2007, CC 1er ch. civ.

186. Le Parlement européen considère qu'il convient de « *mettre un terme à l'interdiction faite aux couples de même sexe de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes* » et de « *garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage* [...] », résolution du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté.

187. Tels les Pays-Bas, la Belgique et l'Espagne.

qu'alors qu'il n'est pas envisagé que les statuts du concubinage ou du PaCS puissent conférer des droits identiques à ceux des conjoints, les couples de même sexe demeurent spécifiquement soumis en France à un statut objectivement moins favorable.

Au-delà de la dénonciation du caractère provocateur et pervers de la seule demande de droits pour les couples de même sexe [188], la réponse de la doctrine française majoritaire s'agissant de leur accès au mariage civil, est univoque : elle rejette cette idée en bloc. En substance, elle estime que cela serait inopportun, irresponsable [189], inacceptable [190], voire impossible, compte tenu de risques [191] et, plus fondamentalement, de l'existence d'une antinomie entre homosexualité et mariage [192].

Le rapprochement de cette situation avec l'état du débat juridique sur cette question aux États-Unis est troublant. En effet, il apparaît tout d'abord qu'à l'inverse, les auteurs les plus nombreux et les plus prolixes sont ceux favorables à l'égalité d'accès des couples homosexuels au mariage [193]. En outre, il existe une véritable discussion des arguments des uns et des autres, sans cesse mise à jour. Au surplus, il s'avère que parmi les tenants de l'égalité des droits, la demande du mariage pour ces couples est perçue, voire revendiquée, comme une position conservatrice : au sein du débat en Amérique du Nord, le radicalisme consiste en une critique sévère de l'institution du mariage, en tant qu'institution de l'oppression des femmes et outils de normalisation de l'homosexualité [194]. En tout état de cause, non seulement l'activité du débat, mais aussi et surtout le poids des arguments qui y sont développés,

188. Dans ce sens, *cf.* C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in *La notion juridique de couple*, *op. cit.* : « *Puisqu'il ne leur* [les couples de même sexe] *suffit pas d'avoir acquis la liberté de vivre en couple, il leur faut aussi un statut, une reconnaissance officielle de leurs liens affectifs. On peut être fatigué de résister à la provocation car c'est bien une provocation de revendiquer ce que l'on a ; c'est même une perversion que de solliciter l'officialisation, par un statut civil et social, de ce qui reste une transgression même si la loi positive ne le dit pas* ».

189. Dans ce sens, *cf.* J. CARBONNIER, « Le droit de la famille, état d'urgence », *JCP* 1998, I, 184 : « *Nous avons eu des lois de crise, de grève, de barrages de routes, et l'on s'étonnerait à peine si l'imminence d'une cavalcade de gays sur les Champs-Élysées déterminait la France au mariage des homosexuels* ».

190. P. MALAURIE, *op. cit*.

191. *Cf.* Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil. Première année*, Paris, Armand Colin, 11e éd. 1999, nº 500, p. 279, qui dénonce, sans les spécifier, « [...] *les risques où l'on se trouve aujourd'hui en face de couples d'homosexuels ou de transsexuels désirant se marier* ».

192. Dans ce sens : G. CORNU, *Droit civil,* « La famille », *op. cit.*, nº 53, p. 116 : l'auteur se propose de « [...] *saisir ce qui rend mariage et homosexualité antinomiques* ».

193. Pour une revue de la doctrine anglo-saxonne en faveur de l'accès indifférencié des couples de même sexe au mariage, *cf.* W. E. ESKRIDGE, *The Case for Same-Sex Marriage*, New-York, Free Press, 1996. *Cf.* également les articles reproduits in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, R. WINTEMUTE, M. ANDENAES (eds.), Hart Publishing, 2001. On se reportera plus particulièrement aux articles suivants : J. G. CULHANE, « Uprooting the Argument Against Same-Sex Marriage », 20 *Cardozo Law* Review 1119 (march 1999) ; W.E. ESKRIDGE, « An History of Same-Sex Marriage », 79 *Virginia Law Review* 1419 (1993) ; W. HOHENGARTEN, « Same-Sex Marriage and the Right of Privacy », 103 *Yale Law Journal* 1495 (1994) ; T. KEANNE, « Aloha Marriage ? Constitutionnal and Change of Law Arguments for Recognition of Same-Sex Marriage », 47 *Stanford Law Review* 499 (1995) ; A. KOPPELMANNN, « Is Marriage Inherently heterosexual ? », 42 *American Journal of Jurisprudence* 51 (1997) ; N. POLIKOFF, « We Will Get What We Ask For : Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not 'Dismantle the Legal Structure of gender in Every Marriage », 79 *Virginia Law Review* 1535 (1993) ; J. WRIGGINS, « Marriage Law and Family Law : Autonomy, Interdependence, and Couple of the Same Gender », 61 *Boston College Law Review* 265 (March 2000). Parmi les opposants au mariage des couples de même sexe, on trouve essentiellement L.D. WARDLE (« Legal Claims for Same Sex Marriage : Effort to Legitimate a retreat from Marriage by Redefining Marriage », 39 *South Texas Law Review* 735 (1998) ; « A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage », 1996 *Brigham Young University Law Review* 1 (1997) et J. FINNIS (« Law, Morality and Sexual Orientation », 69 *Notre Dame Law Review* 1049 (1994) dont les argumentaires reposent, en substance, d'une part, sur le postulat d'une nature hétérosexuelle du mariage et, d'autre part, sur le caractère selon eux immoral de l'homosexualité.

194. *Cf.* W.N. ESKRIDGE, « The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debat (And Some Postmodern Arguments for Same-Sex Marriage) », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, R. WINTEMUTE, M. ANDENAES (eds.), *op. cit.*, pp. 113-129.

incitent un peu plus encore à interroger l'unanimité de l'apparente impossibilité en France d'un mariage entre personnes de même sexe[195].

S'agissant du caractère discriminatoire du traitement des couples homosexuels, la doctrine française majoritaire considère, explicitement ou implicitement, qu'en toutes hypothèses « *l'égalité civile* [...] *n'a rien à voir dans cette affaire* »[196]. Pourtant, c'est bien cette problématique de l'égalité qui a d'ores et déjà caractérisé les récentes réformes de notre droit à propos de la conjugalité. Que signifie en effet la formule « *de même sexe ou de sexe différent* » utilisée par le législateur dans ses définitions du concubinage et du PaCS, sinon l'affirmation d'une égalité d'accès et de traitement indifféremment à l'orientation sexuelle ? Dans la mesure où ces modes de conjugalité s'inspirent du mariage civil, il est difficile d'imaginer pour quelle raison celui-ci devrait par principe échapper à une problématisation identique. Par ailleurs, c'est déjà selon cette logique que s'articulent les déclarations de principe de l'Union européenne.

Mais surtout, si cette question apparaît comme devant être examinée dans la perspective du droit des discriminations, c'est afin d'être interrogée efficacement dans un cadre juridique. En effet, il ne s'agit pas ici de discuter l'opportunité de la reconnaissance ou de la création *sui generis* d'un droit, mais constatant une différence de traitement entre les couples fondée sur l'orientation sexuelle quant à l'accès à un statut existant, de débattre de sa pertinence et d'envisager les suites à donner.

De ce point de vue, le droit des discriminations a l'avantage particulier de proposer une logique permettant un raisonnement prospectif rigoureux : le postulat étant celui de l'égalité, toute différence de traitement fondée sur un critère explicitement prohibé par les textes doit dès lors être justifiée. À défaut, elle est considérée comme illégitime. Dans la perspective d'une telle approche, les différentes oppositions traditionnelles au mariage des couples de même sexe peuvent alors être envisagées et étudiées comme autant de tentatives de justification des différences de traitement fondées sur l'homosexualité. Il s'agit donc uniquement de confronter ces arguments à notre droit civil du mariage, tel qu'il ressort des textes et de la jurisprudence ; l'objectif étant de déterminer si ces affirmations, ou les raisonnements dont ils procèdent, sont juridiquement exacts et pertinents, c'est-à-dire s'ils pourraient être retenus afin d'apprécier si le traitement moins favorable des couples homosexuels est justifié. Or cette confrontation révèle des incohérences : les motifs avancés ne correspondent pas aux réalités de notre droit civil du mariage.

LES ARGUMENTS OPPOSÉS AU MARIAGE DES COUPLES HOMOSEXUELS

Les juges de Bordeaux ont justifié la condition de la différence de sexes comme condition du mariage sur deux arguments : la tradition et la reproduction. La Cour invoque une source historique (discour préliminaire sur le projet de C. civ. 1803), elle considère que la nature hétérosexuelle du mariage « *découle directement de l'histoire, des religions, des coutumes et qui est socialement très largement acceptée* » et de la « *conséquence prévisible du mariage* » à savoir : « *les enfants communs* ».

195. Sur l'ensemble de ce débat et pour une comparaison de la situation en France et aux États-Unis, *cf.* É. FASSIN, « Homosexualité et mariage aux États-Unis. Histoire d'une polémique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, nº spécial « Homosexualités », nº 125, décembre 1998, pp. 63-73 ; « Same Sex, Different Politics : 'Gay Marriage'Debates in France and the United States », *Public Culture*, vol. 13, 2, Spring 2001, pp. 215-232.

196. G. CORNU, *Droit civil*, « La famille », nº 53, p. 116, *op. cit.*

La doctrine majoritaire oppose des arguments très divers, propres, selon elle, à justifier non pas tant un refus, qu'une impossibilité fondamentale à permettre le mariage civil de couples de même sexe : Il convient de les répertorier et de se pencher sur leur pertinence juridique.

L'argument de la « nature hétérosexuelle » du mariage civil

La première justification de l'impossibilité qu'il y aurait à permettre le mariage de deux personnes du même sexe renvoie à ce qui se présente comme une nature hétérosexuelle du mariage : non seulement cette union ne saurait être pensée autrement qu'en considérant la différence de sexe des conjoints, mais plus encore, l'interdiction de l'homosexualité serait justement l'un des fondements du mariage.

Selon G. CORNU en effet, « *le mariage des homosexuels comme droit subjectif est non pertinent, incongru* » : il n'existerait, et ne pourrait exister, de droit de se marier pour les couples de même sexe du fait que l'homosexualité constituerait justement l'un des « *interdits qui structurent le mariage* » ; de telle sorte que, explique-t-il, « *s'il existait un droit de se marier au mépris de l'un de ces fondements* [*la monogamie, l'exogamie et la dualité des sexes*] *qui sont la face positive des interdits qui structurent le mariage (polygamie, inceste, homosexualité), que le frère fasse valoir son droit égal d'épouser sa sœur, la mère son fils, etc.* »[197]. Par voie de conséquence, selon l'auteur, le respect de l'égalité de traitement à l'égard des couples de même sexe ne peut pas même être invoqué puisque le droit de se marier des couples de même sexe n'existe pas et ne peut *raisonnablement* exister, et plus généralement parce qu'« *il n'y a pas de droit subjectif à amputer le mariage d'un de ses piliers* »[198].

Une telle présentation se heurte à différentes critiques. Tout d'abord, ce raisonnement repose sur un amalgame. L'auteur considère en substance que, dès lors que serait remis en question l'un de ces « *trois rochers* » – ici la dualité des sexes – sur lesquels « *des choix de civilisation* » ont fondé l'« *institution du mariage* », les autres interdits, et notamment celui de l'inceste, disparaîtront également. Or, l'exigence de différence de sexe et celle de l'absence d'un lien de parenté sont des questions bien spécifiques : l'interrogation ou la remise en cause de l'une n'a aucune raison d'interagir ou de justifier par la suite l'abandon d'une autre. En réalité, chacune de ces prohibitions est motivée par des considérations qui lui sont propres : l'exigence d'exogamie est justifiée, à la fois par la morale sociale, la volonté d'éviter des « *troubles familiaux* » et le risque qu'en résultent des « *tares graves* »[199], la monogamie est présentée comme la « *clef de voûte de la civilisation européenne* »[200] et la différence de sexe est traditionnellement liée à une finalité procréatrice du mariage ou à une fonction instituante de la symbolique de la différence des sexes. En tout état de cause, la remise en question de l'exigence de différence de sexe des conjoints exclut au contraire toute incidence directe sur les autres thèmes.

197. G. CORNU, *Droit civil*, « La famille », n° 53, p. 116, *op. cit.* Dans le même sens, *cf.* P. MALAURIE : « *Les homosexuels demandent que leur union puisse être consacrée par un lien juridique* [...] *Cette prétention n'est pas acceptable. En aucune manière, les couples homosexuels ne devraient être assimilés aux couples hétérosexuels. Pas plus qu'il ne peut y avoir de lien matrimonial ou quasi matrimonial* [...] *entre un père et sa fille, entre un frère et sa sœur, entre un adulte et une fillette* [...] *ou un petit garçon), ou entre un homme et plusieurs femmes. L'amour ou un "projet de vie en commun" ne peut fonder un lien juridique que s'il est conforme à la loi et à nos valeurs morales élémentaires. Pas de "CUC" incestueux, homosexuel, pédophile ou polygame* » (*Dalloz* 1997, *Jur*. p. 117, note ss. Conseil d'État, 1re et 4e ss-sect., 9 octobre 1996).

198. G. CORNU, *op. cit*.

199. A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », n° 92, p. 88.

200. J. CARBONNIER, *Droit civil*, « La famille », p. 420.

Ensuite, il est permis d'émettre des doutes quant à la pertinence de la présentation de l'homosexualité comme l'un des interdits structurant le mariage. Car, à l'opposé de ses deux autres rochers, une telle importance accordée à la différence des sexes ne ressort pas du C. civ. En effet, à propos du mariage, alors que la polygamie et l'inceste sont chacunes explicitement prohibées par une disposition du Code[201], il n'en va pas de même à l'égard de l'homosexualité : à l'inverse des précédents, on peut s'étonner qu'aucune disposition ne prohibe expressément le mariage entre personnes de même sexe. On aurait légitimement pu attendre du C. civ. qu'en tant que pilier fondateur de l'institution du mariage, la similitude des sexes fasse l'objet d'une prohibition tout aussi explicite et exprès : or, en la matière, il convient de s'en remettre et d'interpréter les « *suggestions élégantes* » des articles 75 et 144 du C. civ.[202]. En outre, face à l'identité de sexe des époux à la suite du changement de sexe de l'un d'entre eux en cours d'union, la jurisprudence ne retient pas la caducité pour l'avenir de l'union – comme l'y invite pourtant la doctrine[203] –, mais apprécie l'existence d'une faute de cet époux[204]. Or si l'exigence de différence des sexes des conjoints étant d'ordre public, le constat de la caducité du mariage devrait au contraire s'imposer au juge.

Enfin, le doute quant au caractère de rocher de la différence des sexes, sur lequel reposerait l'institution du mariage civil, s'illustre à propos de la prétendue finalité procréatrice du mariage. En effet, s'il prend en considération cette dimension, il n'y attache en revanche aucun caractère impératif ou conditionnel quand à la validité ou la valeur de l'union.

Dans le même registre d'idée, l'argument de la définition traditionnelle du mariage est également mis en avant, tant par la doctrine que dans la jurisprudence, afin d'invoquer une impossibilité d'accès des couples homosexuels au statut du mariage. Cette affirmation prend la forme d'une évidence, d'une contrainte irrépressible, tour à tour sociale et juridique. Ainsi, pour J. HAUSER et D. HUET-WEILLER si « *la question d'une "union" entre individus de même sexe ne peut être traitée correctement qu'en dehors du mariage* », c'est du fait que « *cette institution* [est] *trop marquée pour accueillir un modèle aussi opposé* »[205].

Mais le plus souvent, les juristes invoquent les articles 75 et 144 du C. civ. pour affirmer, au terme d'un syllogisme apparent, que « *le mariage n'est pas possible entre homosexuels* »[206] ou qu'il est « *interdit aux homosexuels d'accéder au mariage* »[207]. Ainsi, après avoir énoncé que « *le mariage suppose, par définition, une différence des sexes* » et que « *par conséquent, si les deux prétendus conjoints ont incontestablement le même sexe,* [...] *il n'y a pas même apparence de mariage et le mariage doit être tenu pour inexistant* »,

201. À propos de la polygamie, l'article 147 du C. civ. dispose ainsi que « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* » ; concernant l'inceste, l'article 161 énonce que « *en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés de la même ligne* ».

202. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil*, « La famille », Paris, Cujas, nº 150, p. 73.

203. Prônant en l'espèce cette solution, *cf.* notamment J. MASSIP, H. LÉCUYER et L. MAUGER-VIELPEAU, *op. cit*.

204. *Cf.* dans ce sens : CA Nîmes, 7 juin 2000, *Juris-Data nº 123736*, *Dr. fam.*, janvier 2001, nº 3, note H. LÉCUYER ; *Les Petites Affiches*, 12 avril 2001, nº 73, p. 20, note J. MASSIP et TGI Caen, 21 mai 2001, *Dalloz* 2002, *Jur.* p. 124, note L. MAUGER-VIELPEAU ; *Les Petites Affiches*, 29 avril 2002, nº 85, p. 16, note J. MASSIP ; à propos du transsexualisme en matière de divorce pour faute, *cf.* nos développements *infra*.

205. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille, fondation et vie de la famille*, J. GHESTIN (sous la direction de), collection « Traités », Paris, LGDJ, 1993, p. 68.

206. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, « La famille », 7e éd. par L. LEVENEUR, Paris, Montchrétien, 1995, p. 67.

207. *Rapport sur le droit de la famille* du groupe de travail dirigé par F. TERRÉ (composé de D. FENOUILLET, H. LÉCUYER et L. REISS), *op. cit.*, p. 7.

P. MALAURIE et L. AYNÈS arrivent à la conclusion qu'« *il ne peut donc y avoir de mariage entre des homosexuels* »[208].

Si ce raisonnement permet d'affirmer valablement, qu'en l'état des textes, les couples de même sexe ne peuvent *pas* se marier, il tend cependant à présenter cette situation relevant d'une impossibilité fondamentale, indépassable : par définition, il ne pourrait y avoir de mariage qu'entre deux individus de sexe différent.

Or, sur le plan de la logique, cette justification souffre d'un écueil majeur : elle est tautologique. En effet, ce raisonnement consiste ni plus ni moins à justifier la discrimination invoquée, qui résulte des textes ou de la tradition considérant que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme... en renvoyant à une définition du mariage justement mise en œuvre par les textes ou la tradition incriminés. Or, il est bien évident que si le mariage civil est au terme du droit positif une union exclusivement hétérosexuelle, c'est dans la mesure où le C. civ. en dispose ainsi. Le mariage civil pourra toujours être défini en référence à ceux qui y ont accès, mais du point de vue de la cohérence du raisonnement, on ne peut légitimement pas prétendre justifier la différence de traitement par le fait que le mariage est légalement défini comme l'union d'un homme et d'une femme, dès lors que la différence de traitement résulte de cette affirmation.

C'est en effet la même rhétorique qui était mise en œuvre aux États-Unis par les États ségrégationnistes, afin de justifier la répression des mariages interraciaux. Ainsi selon les autorités, de telles dispositions n'étaient pas discriminatoires dans la mesure où, traditionnellement et par définition, le mariage ne pouvait s'entendre que de l'union d'individus de même race[209]. Mais dans une décision *Lovin c./Virginia,* la Cour suprême des États-Unis a finalement récusé la légitimité d'une telle logique[210]. En raisonnant par analogie avec la question du mariage interracial, la Cour suprême de l'État d'Hawaï a également dénoncé le caractère tautologique de l'argument selon lequel l'impossibilité du mariage de personnes de même sexe irait d'elle-même, en raison d'une nature propre du mariage[211]. Dans l'arrêt *Baehr c./Lewin*[212], elle a en effet considéré que : « *De la même façon que les tribunaux de Virginie déclaraient que le mariage interracial ne pouvait exister au motif que le Tout-Puissant avait dénoncé ce type d'union comme intrinsèquement contre-nature et, en fait, parce qu'il n'a jamais été dans la "coutume" de l'État de reconnaître les mariages mixtes, le mariage ayant "toujours" été interprété comme présupposant une configuration différente. Avec tout le respect dû aux tribunaux de Virginie, nous ne pensons pas que les juges du fonds soient les autorités les plus à même d'exposer la Volonté Divine et, comme*

208. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, nº 150, p. 73. Cet argument est également avancé par A. BÉNABENT (*Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, nº 61, p. 62) qui justifie le refus du droit au mariage des couples de même sexe en renvoyant à l'exigence de différence de sexe des époux et en citant l'arrêt *Rees* de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

209. Dans une affaire *Lovin v. Virginia*, pour confirmer la condamnation à un an de prison prononcée en première instance, mais la suspendre à la condition que les époux incriminés quittent l'État et n'y reviennent pas ensemble pendant vingt-cinq ans, les juges d'appel avaient retenu que « *Dieu Tout-Puissant créa les races blanches, noires, jaunes et rouges et les installa sur des continents séparés. Et afin de ne pas interférer avec cette organisation, il ne peut y avoir de tels mariages. Le fait qu'Il ait séparé les races démontre qu'Il n'avait pas l'intention qu'elles puissent se mélanger* » (« Almighty God created the races whites, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriage. The fact that He separated the races shows that He did not intend for the race to mix », traduit par nous).

210. *Lovin v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

211. « *Same-sex marriage is an innate impossibility* [...] *because of the nature of the marriage iself* » (« le mariage entre individus de même sexe est par nature impossible [...] en raison de la nature du mariage lui-même », traduit par nous), *BAEHR v. LEWIN*, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993), § 63.

212. Arrêt *BAEHR v. LEWIN*, *op. cit*.

le démontra amplement l'arrêt Loving*, qu'on le veuille ou non, la Constitution dispose que les coutumes changent avec l'évolution de la société*»[213]. Par une décision du 18 novembre 2003, la Cour suprême du Massachusetts a considéré qu'il était inconstitutionnel d'exclure les couples de même sexe du mariage. La Cour a aussi commandé que la définition *Common-law* du mariage civil soit reformulée comme «*l'union volontaire de deux personnes comme conjoints, à l'exclusion de toutes autres personnes*». Par ses actions, la Cour est arrivée aux mêmes conclusions que les cours de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et du Québec. Dans un langage analogue aux cours canadiennes, la Cour du Massachusetts a ajoutée que d'empêcher le mariage des couples de même sexe «*impose des difficultés marquantes et profondes*» pour les familles de même sexe «*sans raison rationnelle*». La décision de la Cour souligne aussi que la Constitution du Massachusetts «*affirme la dignité et l'égalité de tous les individus*» et «*interdit la création de citoyens de seconde classe*». La Cour déclare que le mariage pour les couples de même sexe «*ne dérange pas les valeurs fondamentales de notre société*» et le définit comme «*l'engagement exclusif et permanent des partenaires l'un à l'autre, et non de produire des enfants*».

En droit français, la recevabilité de ce type de justification du traitement différent des couples de même sexe se heurte aux mêmes écueils. Sous peine de mettre en œuvre un pléonasme identique, invoquer le mariage civil comme une union intrinsèquement entre personnes de sexe différent tel que cela ressort des dispositions du C. civ., ne peut valablement justifier le maintien de la discrimination dont sont victimes les couples de même sexe. En effet, si un mariage civil ne peut être célébré entre deux individus de même sexe, ce n'est que dans la mesure où le C. civ. en dispose ainsi : il ne peut s'agir en aucun cas d'une justification, mais seulement du constat de l'état actuel du droit positif. Cette définition du mariage n'est qu'une définition possible que le législateur a parfaitement la faculté de modifier. Le mariage civil n'a pas une nature métaphysique.

L'argument de la « finalité procréatrice du mariage »

L'argument de la finalité procréatrice du mariage est celui le plus traditionnellement avancé afin de justifier que seuls les couples de sexe opposé pourraient se marier. Pour autant, une étude attentive de notre droit civil du mariage ne semble pas permettre de corroborer valablement cette idée selon laquelle le mariage civil serait pour ce motif irréductible aux couples hétérosexuels.

La thèse et ses implications

L'impératif de perpétuation de l'espèce, voire de *la* survie de l'humanité, est la justification la plus communément rencontrée parmi les tenants d'un caractère nécessairement et exclusivement hétérosexuel du mariage. Dans cette perspective, le mariage civil est considéré comme ayant pour vocation naturelle la procréation et, de fait, il ne peut donc concerner

213. Arrêt *BAEHR v. LEWIN*, *op. cit.*, traduit par nous («*Analogously* [...] *the Virginia courts declared that interracial marriage simply could not exist because the Deity had deemed such a union intrinsically unnatural and, in effect, because it had theretofore never been the "custom" of the state to recognize mixed marriages, marriage "always" having been construed to presuppose a different configuration. With all due respect to the Virginia courts of a bygone era, we do not believe that trial judges are the ultimate authorities on the subject of Divine Will, and, as Loving amply demonstrates, constitutional law may mandate, like it or not, that customs change with an evolving social order*»). Ce raisonnement est appelé par la doctrine américaine *The Loving Analogy.* Sur les similitudes entre la justification du refus des mariages interraciaux et celle du mariage entre personnes de même sexe, *cf.* notamment J. TROSINO, « American Wedding : Same-Sex Marriage and the Miscegenation Analogy », 73 *Buffalo University Law Review* 93 (1993).

que l'union d'un homme et d'une femme. C'est l'argument avancé par B. BEIGNER pour qui le mariage est « *par nature* » hétérosexuel, dans la mesure où il a « *une finalité que ne peut avoir le couple homosexuel qui est de mettre au monde des enfants* [...] *pour la perpétuation de l'humanité* »[214]. Il en va de même pour F. TERRÉ et D. FENOUILLET selon lesquels, « *naturellement, normalement, compte tenu des finalités du mariage, au premier rang desquelles figure la procréation, la différence des sexes demeure fondamentale* »[215], ou bien encore pour G. CORNU qui considère que « *le mariage est l'union de l'homme et de la femme en vue d'avoir des enfants* »[216].

L'existence d'un lien de causalité entre, d'un côté, l'exigence de différence des sexes et, de l'autre, les droits du couple marié, est clairement affirmée par de nombreux juristes. Selon eux, en tant que « *fonction* » impartie au couple hétérosexuel, la procréation constituerait à la fois la condition et la justification de l'imputation de droits à ces couples, et à eux seuls. J. HAUSER estime ainsi que « *le couple n'est un "sujet" de droit (ou destinataire ?) que parce qu'il répond à deux fonctions essentielles. Une première fonction qui en fait une petite famille au sein de la grande, une seconde fonction évidente parce que naturelle et d'ailleurs liée à la première (sauf à admettre que l'État programme son autodestruction) qui est celle de la procréation* »[217]. C'est également le point de vue défendu par G. CORNU pour qui plus généralement, « *les unions autres qu'hétérosexuelles* [...] *n'ont aucune consécration à attendre de la société, parce que la société a pour principe (de vie, de subsistance) l'hétérosexualité qui l'a fait naître, croître et se multiplier, de génération en génération* [...] »[218]. De même pour P. COURBE : « [...] *de tout temps et en tous lieux, les droits conférés aux époux par la société reposent sur cette constatation fondamentale que le couple hétérosexuel fonde seul une famille tournée vers la procréation d'enfants, laquelle assure la continuation des générations et la survie de la société elle-même* »[219]. Ce raisonnement est également repris *a contrario* par J. GAUDU pour qui, l'incapacité à remplir cette fonction reproductrice justifie valablement le traitement moins favorable des couples de même sexe : selon lui, si le droit « *réserve un sort particulier aux relations hétérosexuelles* », c'est « *parce que ce sont les seules relations par lesquelles l'humanité se reproduit* »[220]. Il en va de même pour J.-L. AUBERT : « *Impropre à assurer le renouvellement des membres* [qui la composent] [...]*, l'homosexualité est, par nature, un comportement mortel pour la société*. [...]) *L'union homosexuelle n'est pas* a priori *orientée, c'est le moins qu'on puisse dire, vers la constitution d'une famille. De ce point de vue, elle n'incline pas à une reconnaissance – au sens de consécration – sociale. Dans ces conditions* [...] *il n'y a pas de raison que la société*

214. B. BEIGNER, « PaCS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *op. cit*.

215. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, collection « Précis », Paris, Dalloz, 6e éd., 1996, nº 342, p. 274. Ce faisant, les auteurs se contredisent cependant. En effet, critiquant Portalis lorsqu'il affirmait que la « *perpétuation de l'espèce* » serait « *le but premier du mariage* », ils font eux-mêmes valoir que « *malgré son importance, ce but n'est pas essentiel puisque notre droit admet le mariage des vieillards* [...] *ainsi que le mariage* in extremis [...] ». Dans le même sens, A. BÉNABENT : « *L'une des fins naturelles du mariage* [est] *à la fois la connaissance charnelle et la procréation* [...] » (*Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, p. 61).

216. G. CORNU, *Droit civil*, « La famille », nº 159, p. 252. « *Institution naturelle et civile, le mariage apparaît ainsi comme la norme fondamentale qui régi, sur terre, l'union de l'homme et de la femme, leur mode de vie ensemble, leur règle de vie commune. Que le mariage soit d'abord institué comme union des deux sexes et union de deux vies n'atteste pas seulement qu'il ne peut exister qu'entre deux êtres de sexe contraire* [...]. » (*idem*, nº 155, p. 238).

217. J. HAUSER, « Les communautés taisibles », *op. cit*.

218. G. CORNU, *Droit civil*, « La famille », nº 45, note (8), p. 74.

219. P. COURBE, *Droit de la famille*, Paris, Armand Colin, 2e éd., 2000, p. 237.

220. F. GAUDU, « À propos du "contrat d'union civile" : critique d'un profane », *op. cit*.

accorde au couple *homosexuel, au-delà de la liberté de se constituer et de vivre, des droits spécifiques que rien ne justifient socialement* »[221]. Poussant cette conception utilitariste du mariage civil dans ses retranchements, F. GAUDU estime même que la reconnaissance de droits aux conjoints doit s'appréhender comme la récompense du membre du couple qui renonce à travailler pour élever les enfants – « *généralement c'est la femme* » – et se place ainsi en situation de « *dépendance de l'autre* » : en contrepartie, le droit du mariage pourvoirait à « *assurer sa sécurité matérielle, y compris dans la perspective de la séparation du couple ou du décès du conjoint* »[222].

Au terme de ce qui relèverait – selon ces auteurs eux-mêmes – non pas d'une démarche idéologique mais bien d'un constat d'évidence, la justification du bénéfice du statut du mariage aux seuls couples hétérosexuels serait donc double. Elle serait inscrite – à la fois en tant que contrepartie et que condition – dans leur vocation à satisfaire une fonction, réalisant ainsi un intérêt social majeur, celui de l'existence même de la société. Cet argument a en substance une double dimension. Si c'est à bon droit que les couples de même sexe ne peuvent prétendre accéder au statut du mariage civil, c'est du fait de leur incapacité à procréer et à participer ainsi au renouvellement des générations, mais aussi et surtout, corrélativement, en raison du danger de mort que représenteraient de telles unions pour l'humanité.

Or cette présentation se heurte à différents éléments. En effet, non seulement le danger pour la survie de l'humanité dont serait porteur l'égal accès de tous les couples au statut mariage se révèle infondé, mais cette vision du mariage civil traduit en réalité une confusion avec sa conception canonique.

Dans un premier temps, des juristes associent la reconnaissance indifférenciée du droit de se marier aux couples de même sexe à la disparition de l'humanité. La particulière gravité d'une telle perspective impliquerait qu'elle soit étayée. On peut se demander dans quelle mesure, concrètement, le mariage civil des couples homosexuels porterait atteinte au taux de natalité, alors que ni la capacité des individus à procréer, ni leur intention de se reproduire ne sont concernés. Au contraire, alors que les arguments de la dénatalité et de la chute du nombre de mariages avaient déjà été invoqués contre l'adoption du PaCS, les statistiques ont démontré depuis l'irrationalité d'une telle présentation[223].

Du moins cet argument est-il idéologiquement marqué. Il est *in extenso* similaire à celui avancé par l'Église catholique pour condamner toute égalité de traitement entre couples de sexe différent et couples de même sexe. Selon elle, « ["la méconnaissance" *de la vérité anthropologique de l'amour humain entre l'homme et la femme*] *devient encore plus grave quand on ignore la différence essentielle et très profonde qui existe entre l'amour conjugal*

221. J.-L. AUBERT, note sous Cass. civ. 3e, 17 décembre 1997, *op. cit.* Dans ce sens également, *cf.* les conclusions dans cette affaire de l'avocat général M. DORWLING-CARTER *(op. cit.)* : « *Alors que la finalité sociale du mariage et de la famille légitime* [...] [n'est] *plus à démontrer, on voit mal comment une société, soucieuse de consolider des bases et d'assurer le renouvellement des générations, puisse en arriver à leur assimiler la vie commune de couples homosexuels dont on discerne mal, au-delà de probables satisfactions d'ordre privé, l'intérêt public et social qu'elle pourrait représenter et qui justifierait une telle assimilation* ».

222. F. GAUDU, « À propos du "contrat d'union civile" : critique d'un profane », *op. cit.*

223. Selon l'INSEE en effet, en 2000, « *la natalité a connu un bond, à défaut d'un "boom" : 778 900 bébés sont nés en France métropolitaine, soit 34 800 de plus que l'année précédente (+ 4,7 %). Cette augmentation n'est pas attribuable à un pic autour du 1er janvier 2000* [...]; *au contraire, la hausse est constante sur l'ensemble de l'année* ». Cette année-là, la France a été le pays européen dans lequel la natalité a le plus progressé. Quant aux mariages, 304 300 ont été célébrés en 2000, soit 6,6 % de plus qu'en 1999 : « *Le nombre de mariage franchit la barre symbolique des 300 000 qu'il n'avait plus atteinte depuis 1983. même la hausse des mariages en 1996 et 1997, à la suite des changements de règle d'imposition des parents n'avait pas permis d'atteindre un niveau aussi élevé* » (L. DOISNEAU, « Bilan démographique 2000. une année de naissances et de mariages », *Insee Première*, no 757, février 2001).

découlant de l'institution matrimoniale et les relations homosexuelles. L'"indifférence" des administrations publiques sur ce point ressemble beaucoup à de l'apathie devant la vie ou la mort de la société, devant sa projection dans l'avenir ou sa détérioration »[224].

Des débats anciens témoignent de l'utilisation récurrente de cet argumentaire. En effet, ce sont ces mêmes considérations démographiques qui ont été notamment avancées par les opposants à la légalisation des moyens de contraception[225], puis de l'avortement[226]. Ils considéraient qu'en donnant aux femmes des moyens supplémentaires d'éviter une grossesse, il naîtrait de moins en moins d'enfants[227] : déjà à cette occasion avait été explicitement agitée la perspective de la mort de la France[228].

L'argument démographique a été également invoqué par certains juristes afin de justifier leur condamnation de la pratique du divorce et son élargissement. Ainsi, selon eux, le « *développement du divorce* » doit être condamné du fait qu'il « *entraîne une diminution de la natalité et, partant, des forces morales, intellectuelles, économiques et militaires du pays* »[229]. Bien que le caractère infondé de cette affirmation ait été depuis longtemps empiriquement dénoncé[230] et que le législateur ne l'ait jamais considérée, aujourd'hui encore, une partie de la doctrine l'invoque, démontrant par suite le caractère idéologique d'une telle position[231].

Comme l'a fait remarquer J. CARBONNIER en 1950 – en réponse à la critique du « *glissement* » opéré en son temps par la jurisprudence d'un divorce-sanction à un divorce-faillite – « *assurément, il y a* [...] *l'utilité sociale, l'intérêt social, l'intérêt abstrait de la famille, les besoins démographiques du pays* [qui plaideraient contre une telle transformation du divorce]. [...] *Seulement, c'est une des bases du système juridique libéral que l'on ne saurait sacrifier le bonheur de l'individu à la prévention d'un danger possible, voire probable, mais non certain, pour la société* »[232]. Par suite, refuser aujourd'hui l'égalité d'accès des couples de

224. Conseil pontifical pour la famille, *Famille mariage et « unions de fait »*, juillet 2000, http://www.vatican.va/roman_curia.../rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_fr.htm

225. Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, dite « loi Neuwirth », *JO* 29 décembre 1967.

226. En 1973, lors des débats à propos de la légalisation de l'avortement, un député déclarait : « *Demain, vous nous demanderez de légaliser le mariage des homosexuels* », *JOAN* n° 108, 15 décembre 1973, p. 7035, cité par J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour : les politiques de la sexualité en France 1950-1990*, *op. cit.*, p. 118.

227. Sur le débat autour de la proposition de loi « Neuwirth » en 1967, *cf.* J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour...*, pp. 15 et s., spéc. pp. 43-44 ; sur l'avortement, *cf.* pp. 75 et s., spéc. p. 119.

228. *Cf.* J. MOSSUZ-LAVAU, *op. cit.*, qui rapporte les propos d'une députée en 1979 lors du débat sur l'avortement : « *Un pays mûrissant, un pays de vieillards potentiels, est voué à plus ou moins long terme à l'esclavage. La mort de Rome, qui faisait une large part à l'avortement, était déjà inscrite dans sa décadence démographique* ».

229. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, tome 1, 3e éd. 1965, n° 1414, p. 1328 ; « *L'histoire montre que les peuples s'aperçoivent toujours trop tard de la décadence où les entraîne la multiplication des divorces. Le divorce une fois enraciné dans les mœurs, qui aurait le courage de l'extirper ?* [...] ». *Cf.* également L. MAZEAUD, « Solution au problème du divorce », *Dalloz* 1945, *Chron.* p. 11 : « *Un peuple vaut par le nombre et la qualité des hommes. Ceux-ci doivent savoir vivre, et mourir, et transmettre la vie. Le savoir et le pouvoir. Le pays, qui leur demande la vie, doit leur donner matérielle et morale* (sic). *Pour cela d'abord, charpenter fortement la famille. C'est est qui fait les hommes nombreux et forts. Sans elle, le peuple ploie sous l'ouragan de "Sodome et Gomorrhe"* ».

230. *Cf.* en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.* p. 508.

231. *Cf.* par exemple C. BRUNETTI-PONS (« L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *op. cit*) qui dénonce « *la banalisation du divorce* », regrettant un « *trop grand nombre de divorce et surtout* [...] *la facilité et* [...] *la rapidité avec lesquelles le lien conjugal est rompu aujourd'hui* » ; or, selon cette auteur, « *le déclin du mariage est celui de la société tout entière* » : au contraire selon l'auteur, en protégeant le mariage, le législateur permettrait à la société de se « *maintenir en vie* » (n° 41, pp. 48-49).

232. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle (études offertes à Georges Ripert)*, Paris, LGDJ, tome I, 1950, p. 335.

même sexe au statut du mariage en considération d'une – très hypothétique – dénatalité exigerait que cette logique, jusque-là écartée de la construction moderne de notre droit de la famille, motive la suppression de tout droit individuel susceptible de porter atteinte à la démographie du pays.

Par ailleurs, l'argument selon lequel le mariage civil serait naturellement hétérosexuel du fait qu'il aurait pour finalité la reproduction, apparaît devoir être rapprochée de la conception canoniste du mariage. Seul le droit canon définit explicitement le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme ayant pour fin naturelle la procréation[233]. Une telle définition et la justification qui s'en suit de l'exclusion des couples homosexuels du statut du mariage en raison de leur impossibilité à procréer, relève très clairement d'un argumentaire propre à la doctrine catholique du mariage[234]. Laïcisés, des arguments identiques participent alors de la théorie du mariage naturel[235] ; celle-là même qui guida certains juristes lors de l'intense débat qui eut lieu après la Révolution afin de définir le mariage civil[236]. Pour ses tenants, le mariage est un droit naturel dont l'existence – outre la volonté des parties – est conditionnée à la naissance d'un enfant issu de ce couple : *a contrario,* « *l'union légale mais stérile n'aura plus droit au beau nom de mariage (du moins si la stérilité vient du refus d'enfanter)* »[237]. Elle postule l'existence de règles fondamentales du mariage attribuées « *à Dieu, à la Nature ou au Patriotisme* »[238] dont, dès lors, toute possibilité de modification est déniée aux époux comme au législateur. Ce sont de telles conceptions qui animèrent au cours de la Révolution le projet de Code conjugal fondé sur le principe selon lequel « *la loi veut que le citoyen soit père, et qu'il s'éternise dans son représentant héréditaire* » : la reproduction étant considéré comme « *la dette de l'homme intègre envers la nature,* [celle] *du citoyen envers sa patrie* »[239], le droit de se marier ne devait dès lors être reconnu qu'à celui propre à honorer cette dette.

C'est bien une présentation imprégnée de cette conception du mariage canon ou naturel que défend la doctrine qui considère que le fondement de l'accès au statut du mariage

233. « *Le mariage conclu entre baptisés est appelé* […] *conclu et consommé, si les conjoints ont posé entre eux, de manière humaine, l'acte conjugal apte de soi à la procréation auquel le mariage est ordonné par sa nature et par lequel les époux deviennent une seule chair* », Canon 1061, § 1, Code de droit canonique (CIC) de 1983. Cette caractéristique primaire du mariage catholique a été récemment rappelée par les autorités religieuses : « [le mariage] *est l'union d'un homme et d'une femme, en tant que tels, dans la totalité de leur être masculin et féminin. Si cette union ne peut être établie que par un acte de volonté libre des contractants, son contenu spécifique est déterminé par la structure de l'être humain, homme et femme, à savoir le don mutuel et la transmission de la vie* », Conseil pontifical pour la famille, *Famille, mariage et « unions de fait »*, juillet 2000, *op. cit*.

234. « *Il est clair que la revendication d'attribuer une réalité conjugale à l'union de deux personnes du même sexe est incongrue. S'y oppose avant tout, l'impossibilité objective de faire fructifier le mariage à travers la transmission de la vie, selon le projet inscrit par Dieu dans la structure même de l'être humain* », Jean-Paul II, Ex. Ap. *Familiaris consortio*, nº 19, cité par le Conseil pontifical pour la famille, *Famille mariage et « unions de fait »*, *op. cit.*

235. Pour un historique de la formation de la théorie du droit naturel moderne au XVIII[e] siècle, *cf.* notamment J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, collection « Histoires », Paris, PUF, 1992, pp. 50 et s.

236. À cette époque, il s'agissait de coordonner, d'un côté sa soustraction à l'autorité séculaire de la religion avec, de l'autre, sa redéfinition dans le prolongement d'une philosophie des Lumières substituant à l'institution, la contractualisation des rapports entre les individus. *Cf.* J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, collection « Pluriel », Paris, Hachette littératures, rééd. 1997, p. 316.

237. J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 316. Selon le député OUDOT, auteur à l'époque d'un plaidoyer en faveur de cette théorie du mariage naturel, « *toutes les fois qu'il naît un enfant, la loi doit présumer qu'il y a eu intention de la part des père et mère de remplir le vœu de la nature et les obligations qui y sont attachées, conséquemment qu'il y a eu mariage, à moins que l'intention contraire ne soit vérifiée* ».

238. J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, *op. cit*, pp. 316-317.

239. *Nouveau Code conjugal* de Bonneville, 1792, cité par J.-C. BOLOGNE, p. 317. En vertu de ce principe, la qualité d'époux et de père de famille permettait seule par exemple l'accès aux emplois publics.

est la capacité à procréer présumée par la différence de sexe[240]. Explicitement en effet, ces juristes attribuent également la qualité de sujet ou de destinataire des droits du mariage au couple avant tout «*parce qu'il répond*» à une «*fonction de procréation*»[241]. Cependant, en n'appelant pas parallèlement à l'exclusion du mariage des couples qui refuseraient de procréer, ce raisonnement semble souffrir d'une contradiction[242]. De même, la référence à une nature hétérosexuelle du mariage que le juriste ne pourrait que constater est conforme à cette théorie : ce qui est affirmé ainsi, ce n'est pas que toute autre définition légale serait interdite mais plus fondamentalement qu'elle est impossible[243].

En toute hypothèse, si une telle présentation mérite d'être considérée, ce ne peut être qu'en tant qu'expression d'une position philosophique, idéologique, religieuse, traduisant éventuellement un souhait politique de redéfinir le mariage civil ; mais en aucun cas, elle ne peut être considérée comme inspirée par notre droit civil, et elle ne peut encore moins valablement prétendre le décrire.

Historiquement, la tentative de distorsion de la définition du mariage civil n'est d'ailleurs pas étrangère aux situations dans lesquelles il est question de son évolution. Comme le note J.-C. BOLOGNE, cette théorie du mariage naturel, qui s'inscrit «*à l'inverse du mariage-contrat sur lequel est fondée la législation révolutionnaire, et donc en grande partie la nôtre qui en est l'héritière*», réapparaît «*sporadiquement durant les périodes de crise du mariage*»[244].

En aucun cas ces auteurs ne peuvent légitimement prétendre raisonner en considérant le droit civil actuel[245]. À l'opposé de cette confusion, se trouve justement au fondement de l'élaboration du mariage civil, la volonté des rédacteurs, puis du législateur au fil des réformes, de le dissocier du mariage religieux ; et ce tant dans la forme[246], que dans le fond. Le principe de laïcité du droit civil du mariage a ainsi été postulé par le législateur dès 1791 en disposant que «*l'État ne considère le mariage que comme contrat civil*»[247]. Au travers

240. À l'inverse de la situation en France, aux États-Unis, les juristes qui développent un tel argumentaire déclarent leur attachement à ce courant d'idée, en tant que catholiques ou théoriciens de la loi naturelle. Pour un exposé et la discussion des arguments avancés aux États-Unis par les théoriciens de la nouvelle loi naturelle afin de fonder leur opposition au mariage entre personnes de même sexe, *cf.* A. KOPPELMANN, « Is Marriage Inherently Heterosexual ? », *op. cit*.

241. J. HAUSER, *op. cit*.

242. Cela étant, pour une partie de la doctrine, l'absence volontaire d'enfant demeure néanmoins à l'origine d'une exclusion de la notion de famille (dans ce sens, *cf.* J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Droit civil*, « La famille », nº 6, p. 7 qui lient l'existence d'une famille à la naissance d'enfants), voire même de la notion de couple (dans ce sens, *cf.* C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *op. cit.*, spéc. nº 12 et 13, pp. 33-34 : selon cet auteur en effet, si le couple est une union qui «*a pour fin naturelle la procréation*» (nº 11, p. 33), «*la notion juridique de couple sert, avant tout, à réunir deux parents autour de l'enfant*»).

243. C'est ce que considère par exemple J. HAUSER lorsqu'il affirme que «*la différence des sexes dans le mariage est infrajuridique*» (« Couple et différence de sexe » in *La notion juridique de couple*, *op. cit*, p. 98.

244. J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, *op. cit*, pp. 316-317.

245. À ce titre, F. TERRÉ et D. FENOUILLET *op. cit.* attirent d'ailleurs l'attention sur la nécessité qu'il y aurait à maintenir la distinction entre le point de vue philosophique et l'état du droit. Commentant la définition du mariage par PORTALIS comme «*la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur communauté de destiné*, les auteurs font remarquer que *malgré son importance,* [la perpétuation de l'espèce], *n'est pas* [le but] *essentiel* [du mariage]. [...] *La définition de PORTALIS, marquée d'une empreinte plutôt philosophique, est insuffisamment axée sur le droit; elle conviendrait aussi bien à des unions de fait; elle ne fait pas état du caractère purement civil du mariage*» (nº 326, p. 263).

246. Cette volonté de dissociation formelle est inscrite dans l'article 433-21 du C. pén. qui expose à une peine d'emprisonnement et d'amende «*tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil*».

247. Constitution des 3-14 septembre 1791, Titre II, article 7.

de cette déclaration de principe, c'est la volonté d'ignorer le droit canon qui est exprimée. Certes, le mariage catholique a initialement servi de modèle aux rédacteurs du C. civ., mais le droit civil du mariage ne s'est cependant pas construit sur le modèle d'une laïcisation du droit canonique qui aurait consisté en une transposition du mariage religieux en droit civil[248]. Comme le montre J.-C. BOLOGNE, le mariage civil tel qu'il a été défini à la Révolution, est au contraire avant tout l'aboutissement logique de la philosophie des Lumières, faisant prévaloir le contrat passé entre deux individus à l'institution immuable[249].

À partir de cette conception, toute l'histoire du mariage civil est dès lors celle de son détachement de « *l'emprise catholique* »[250]. À tel point que sa laïcité est aujourd'hui synonyme d'une définition spécifique, autonome. Comme le reconnaissent eux-mêmes les juristes catholiques[251], il s'est en effet instauré en France au fil des évolutions législatives, « *une dichotomie parfois très accentuée* » entre conception civile du mariage et conception canonique[252]. Cette autonomie du mariage civil prend notamment corps au travers des questions du divorce et de la sexualité des conjoints[253]. Concernant l'attachement à l'union charnelle des époux, alors que pour le droit canon, le mariage n'est *ratum et consummatum*, c'est-à-dire parfait – et donc indissoluble – seulement dès lors que « *les conjoints ont posé entre eux, de manière humaine, l'acte conjugal apte de soi à la génération* [...] »[254], le droit civil lui ne soumet la validité du mariage qu'à l'existence de consentements libres et éclairés, indifféremment à tout défaut volontaire de *copula carnalis* : « *Ce n'est pas la sexualité qui unit les époux [civilement] mais le serment solennel* »[255]. À la différence fondamentale du mariage civil, l'importance accordée par le droit canon à une sexualité procréatrice est telle, que l'impuissance certaine y constitue un empêchement au mariage[256]. Enfin, la spécificité du mariage civil laïc par rapport au mariage canon est également illustrée au travers de la

248. Selon le Chanoine J. VERNAY, vice-doyen de la faculté de droit canonique de Paris, « *Le mariage civil, tel qu'il sera créé par les lois révolutionnaires, aura beau emprunter divers éléments au droit canonique, son existence apparaît, non plus comme un expédient, mais comme un principe fondé sur la distinction radicale entre la société civile et la société religieuse. L'Église peut bien réglementer le mariage comme elle l'entend, par une juridiction religieuse ou disciplinaire sur ses fidèles; elle n'a pas de prise sur le droit civil, qui seul régit le mariage comme institution de la société profane* » (« Le mariage religieux en droit français », *in Mariage civil et mariage canonique*, *op. cit.*, p. 68) ; *contre* : P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, n° 117, p. 53.

249. J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, *op. cit*, p. 317.

250. A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », n° 57, p. 56.

251. *Cf. Mariage civil et mariage catholique. Actes du V^e colloque national des juristes catholiques. Paris 20, 21 avril 1985*, éditionsTéqui, 1985 et plus spécialement les contributions de F. TERRÉ (« Le mariage religieux en droit français », pp. 49-61) et de A. SÉRIAUX (« La conception du mariage selon le Code civil », pp. 77-94).

252. A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, collection « Droit fondamental », Paris, PUF, 1re éd. 1996, n° 226, p. 562 : « *Elle se traduit malheureusement souvent par des antagonismes plus ou moins irréductibles qui portent non sur les aspects exclusivement sacramentels du mariage* [...] *mais sur des aspects naturels, le droit civil s'éloignant souvent de ce qui, dans le mariage, est naturellement juste.* [...] » l'auteur dénonce d'ailleurs « *ces lois civiles, qu'il faut bien qualifier d'injustes* [...] ».

253. Dans ce sens, *cf.* A. SÉRIAUX, « La conception du mariage selon le Code civil « , *op. cit*, p. 81 : » [...] *par deux biais, le Code civil assouplit deux des conséquences les plus radicales de la conception du mariage apparemment défendue par Portalis. Ouvertement, tout d'abord, l'unité du couple est remise en cause par l'admission du divorce* [...]. *subrepticement, ensuite, la fécondité du couple est aussi abandonnée à la libre initiative des conjoints* [...] ».

254. Canon 1061, § 1, CIC 1983.

255. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, *op. cit.*, n° 66, p. 38 ; plus généralement, se reporter à la comparaison plus détaillée et la distinction opérée par l'auteur entre le droit canon et le droit civil, concernant l'attachement à la » *composante sexuelle du mariage* « , (n° 60 à 74, pp. 36-41).

256. Canon 1084, § 1, CIC 1983 : « *L'impuissance antécédente et perpétuelle à copuler de la part de l'homme ou de la part de la femme, qu'elle soit absolue ou relative, dirige le mariage de par sa nature même* ».

possibilité de sa dissolution[257] – non seulement compte tenu d'une faute de l'autre, mais aussi et surtout par seule la volonté conjointe des époux, quelle qu'en soit la cause.

L'indifférence du mariage civil à la filiation

En l'état de notre droit civil, il apparaît que la procréation n'est nullement une condition posée à son accès, à sa validité ou sa valeur. De telle sorte que, justifier l'exigence de différence des sexes par l'existence d'une telle condition, ne peut être appréhendé comme relevant d'une description fidèle de l'état de notre droit, tel qu'il ressort des textes et de la jurisprudence[258].

Force est tout d'abord de constater que le droit de se marier civilement n'est dénié ni aux couples hétérosexuels inféconds, ni à ceux ne désirant pas avoir d'enfant. La précision par la Cour de cassation quant à la signification de la condition de différence de sexe en témoigne explicitement. Au terme de cette jurisprudence en effet, seul importe que des sexes différents puissent être identifiés : « *Le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains des organes caractéristiques du sexe* », c'est-à-dire l'éventuelle capacité ou incapacité à avoir des relations sexuelles et/ou à procréer, sont par contre des situations de faits totalement indifférentes au droit civil du mariage[259]. Certes, on peut considérer que « *si le droit réunit les époux, c'est pour qu'il se passe quelque chose entre eux* »[260], mais si ce « *quelque chose* » peut dans les faits concerner la procréation, quoi qu'il en soit, notre droit n'y voit lui objectivement aucune *finalité* conditionnant la validité ou la valeur civile de l'union[261]. Au contraire, comme le note J. CARBONNIER, « *le mariage puise* [...] *sa fin en lui-même, et en dehors du ciment charnel des enfants* [...] »[262]. En cela réside cette désincarnation qui caractérise le mariage civil : ce qui juridiquement y importe, c'est le consentement réel et exempt de vice des conjoints[263].

Concrètement, l'indifférence du droit civil du mariage à l'égard de toute fonction de renouvellement des générations apparaît notamment au travers de son désintérêt à l'égard de la sexualité des conjoints entre eux. En effet, mise à part la référence préalable à l'âge des époux que certains rattachent à la puberté, c'est-à-dire à leur capacité à procréer[264], il ne connaîtra par la suite de leur sexualité que dans des circonstances bien particulières,

257. Le divorce a été autorisé dès 1792, dans le prolongement de la suppression de la séparation de corps (décret des 20-25 septembre 1792).

258. Dans ce sens, D. FENOUILLET, *Droit civil de la famille*, Paris, Dalloz, 1997, nº 68, pp. 46-47 : « *Cette condition de différence de sexe ne peut être seulement rattachée à la capacité de procréation depuis que rapports sexuels et procréation sont dissociés avec l'assistance médicale à la procréation.* [...] *Il devient manifeste que ce n'est pas seulement par raison objective – permettre au mariage de remplir sa fonction de berceau pour les enfants à naître – mais aussi par jugement de valeur que le mariage est réservé aux couples hétérosexuels* ».

259. Cass., 6 avril 1903, *op. cit*.

260. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, *op. cit.*, nº 73, p. 41.

261. Dans ce sens : Cass., 6 avril 1903 *(op. cit.)* qui énonce explicitement que ce défaut, cette faiblesse ou cette imperfection des organes sexuels de conjoints « *sont sans influence possibles sur la validité du mariage* ». Comme le fait remarquer J. CARBONNIER, « *si leurs impératifs* [du mariage civil : *l'utilité sociale, l'intérêt social, l'intérêt abstrait de la famille, les besoins démographiques du pays*] *étaient clairs, la jurisprudence s'y serait depuis longtemps conformée, car elle est patriote, sérieuse, conservatrice* » (« Terre et ciel dans le droit du mariage », *op. cit.*, p. 335).

262. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », *op. cit.*, p. 336.

263. Formalisé dans l'article 146 du C. civ. : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement* », *cf. infra.*

264. Article 114 du C. civ. Dans ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, « La famille », p. 393. *contre* : A. BÉNABENT, *La famille*, nº s 64 et 65, p. 63 : la condition d'âge des époux « *s'explique également, et peut-être surtout, par l'exigence d'une certaine maturité* » ; l'auteur fait remarquer qu'« *aucun âge maximum n'est imposé, ce qui détache bien cette condition de la fonction procréatrice* ».

s'accommodant parfaitement de son absence – volontaire ou non –, dès lors que l'autre y a consentie ou l'a accepté.

C'est ainsi que, d'une part, si le défaut de consommation du mariage, l'inaptitude à avoir des relations sexuelles ou à procréer sont certes sanctionnés, ce n'est qu'*a posteriori,* par le juge du divorce, et uniquement dans des circonstances particulières. Mais le mariage civil « *conserve sa valeur* »[265] alors même que les époux n'ont entre eux aucune relation sexuelle[266]. À l'inverse, si la volonté de l'État au travers du statut du mariage avait véritablement été l'assignation d'une « *fonction de procréation* » aux couples hétérosexuels, on peut postuler qu'un dispositif de contrôle *a priori* aurait alors été mis en place ; il se serait agit ainsi, de conditionner la reconnaissance du droit de se marier notamment à la preuve préalable de l'aptitude des futurs époux aux relations sexuelles. Or il n'en est rien et, *a contrario* nous l'avons vu, des organes génitaux faibles, défaillants ou imparfaits ne constituent nullement un obstacle à l'union[267]. De même que ni l'impuissance[268], ni la stérilité[269] ne sont en elles-mêmes des causes de nullité du mariage. Si l'absence de sexualité est sanctionnée, c'est uniquement dans l'hypothèse où elle résulte d'une abstention injurieuse[270], d'un refus unilatéral persistant[271] ou de la dissimulation volontaire à l'autre de son incapacité à avoir des relations sexuelles. Aucune union au sein de laquelle les conjoints avaient connaissance ou ont accepté cette situation n'a jamais été invalidée.

D'autre part, qu'il y ait ou non une sexualité des conjoints – que son absence soit volontaire ou résulte d'une impossibilité quelconque – le fait que cette union demeure sans progéniture est au regard du droit civil, sans aucune incidence quant à la qualification ou la validité de l'union. Il n'est pas non plus exigé des futurs conjoints qu'ils rapportent aux pouvoirs publics la preuve de leur fertilité, ou bien qu'ils manifestent une quelconque intention ou engagement de procréer.

Cet état du droit prend logiquement corps dans la totale liberté de se marier des « *couples de vieillards* »[272], et plus généralement des couples n'étant plus en âge de procréer. Si le mariage civil avait juridiquement une telle fin procréatrice, exclusive de toute autre, ce droit devrait au contraire leur être refusé : infertiles, ils n'offrent pas ce fondement *a priori* indispensable à l'imputation de la qualité de conjoint. Afin de pallier leur infertilité, ces couples

265. A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », nº 60, p. 61.

266. *Cf.* J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, *op. cit.*, nº 66, p. 38 : « *La volonté d'entretenir des relations sexuelles entre conjoints ainsi que la possibilité physique et matérielle d'en avoir ne sont pas des conditions du mariage, mais des conséquences facultatives de celui-ci. D'où la possibilité pour un homme et pour une femme, bien instruits de leur commune impuissance antérieure et perpétuelle ou de celle de l'un d'eux, de contracter mariage avec l'intention de se prêter un mutuel secours et de rester toujours dans la chasteté. Ce n'est pas la sexualité qui unit les époux, mais le serment solennel* ».

267. *Cf.* Cass., 6 avril 1903, *op. cit*.

268. Solution posée en substance par Cass. civ., 6 avril 1903 *(op. cit.)* et réaffirmée depuis par les arrêts qui considèrent que l'impuissance préexistante du mari n'est pas une injure « *dès lors que le mari ne s'était pas aperçu de son état avant le mariage* » (CA Lyon, 11 mars 1964).

269. Ce motif ne sera retenu que si la preuve est rapportée que l'époux en avait connaissance avant le mariage (CA Paris, 24e ch., 16 juin 1986, *Juris-Data nº 024358*).

270. Comme le note, Y. BUFFELAN-LANORE (*Juris-Classeur Civil*, articles 242 à 246, fascicule 20, nº 70) « *cependant, l'abstention n'est pas à elle seule nécessairement injurieuse* » : encore faut-il qu'elle soit « *volontaire* » et « *persistante* », et qu'elle apparaisse comme une marque de « *mépris* » ou d'« *indifférence* » (Cass. civ. 2e, 16 décembre 1963, *JCP* 1964, II, 13660, note J. A. ; *Dalloz* 1964, *Jur.* p. 227).

271. *Cf.* par exemple la Cour d'appel d'Amiens qui considère que « *s'il est admissible de refuser des relations sexuelles à son conjoint pendant quelques semaines, cela ne l'est plus lorsque le refus s'est installé pendant plus d'une année et qu'il n'est pas prévu d'y mettre fin un jour* » (CA Amiens, 28 février 1996, *Juris-Data nº 002016*). Plus généralement sur le thème de la non-consommation volontaire dans le droit du mariage civil, *cf.* J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, *op. cit.*, nº s 810 à 839.

272. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit*.

n'ont pas même accès aux techniques « *permettant la procréation en dehors du processus naturel* »[273], ni même par voie d'exception à la maternité de substitution[274].

Si la réponse à cette apparente contradiction devait être qu'un nombre peu important de ces mariages sont célébrés, ce qui les rend dès lors sans incidences notables sur la fécondité, alors l'argument selon lequel le mariage des couples de même sexe porterait atteinte à la natalité devrait également tomber, compte tenu de la faible proportion de la population *a priori* concernée[275]. De même, on ne pourrait justifier le droit de se marier des couples hétérosexuels infertiles du fait de leur âge malgré leur interdiction d'accéder aux techniques de procréation médicales, en expliquant que cette dernière impossibilité est la conséquence de considérations éthiques[276] : d'une part, ces couples n'ont jamais fait l'objet d'une interdiction de se marier, même avant l'apparition de ces techniques et, d'autre part, une telle justification démontrerait que des considérations différentes de la procréation – le soutien mutuel par exemple – président en réalité plus fondamentalement à l'accès au mariage.

Enfin, la possibilité d'un mariage civil *in extremis*, voire posthume, conforte l'idée qu'en droit civil, cette union n'a ni pour but, ni pour finalité une quelconque procréation. Dans ces deux hypothèses, la conclusion de cette union est parfaitement possible, indifféremment à toute reproduction. D'une part, à défaut de toute disposition contraire, un mariage posthume ou *in extremis* est tout à fait envisageable en dehors de toute procréation antérieure, pour des considérations uniquement humaines[277] ; d'autre part, en plus de l'impossibilité de fait de toute conception résultant de la consommation de l'union, l'époux survivant n'a pas non plus accès aux techniques de procréation assistée[278].

Au regard du droit civil du mariage, la vocation à procréer du couple n'apparaît donc pas comme condition d'accès à ce statut. Au contraire, en rendant possibles tant les unions incapables de toute fécondité que celles s'y refusant, notre droit civil s'écarte objectivement de l'exigence juridique d'une telle condition à l'union de deux individus : s'il existe du point de vue du droit civil une « *essence* » du mariage moderne, compte tenu de ce qui

273. Article L. 2141-1 du CSP relatif aux procréations médicalement assistées. L'article L. 2141-2, alinéa 3 du CSP dispose en effet que « *l'homme et la femme formant le couple doivent être* [...] *en âge de procréer* [...] » ; ce qui suppose – *a minima* – qu'en sont exclus les femmes ménopausées et les hommes andropausés.

274. Dans le cas par exemple où, en raison de son incapacité physique ou des dangers pour sa santé et celle de l'enfant, l'épouse ne serait pas physiquement en mesure de mener une grossesse.

275. Les personnes se rattachant à une orientation sexuelle homosexuelle et, parmi elles, celles choisissant effectivement de se marier avec une personne du même sexe, et non pas de vivre en union libre ou de conclure un PaCS.

276. En effet, il apparaît que la notion d'âge de procréer ne serait pas seulement déterminée pas une capacité physiologique de la femme (la ménopause) : il s'agirait plus généralement selon certains d'« *éviter les maternités par trop tardives* » (A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », nº 410-1, p. 361), c'est-à-dire également celles antérieures à la ménopause de la femme. Il existerait donc un âge au-delà duquel il ne serait plus acceptable de procréer – en dehors de la capacité physiologique et des risques pour la santé propres à chaque individu. Cela étant, le caractère par trop tardif de la paternité n'est pas évoqué.

277. La doctrine majoritaire estime que ce « *motif grave* » vise essentiellement la situation de l'enfant né ou à naître ; en réalité, le caractère discrétionnaire de l'appréciation par le chef de l'État de la gravité des motifs, permet d'envisager parfaitement l'autorisation d'un tel mariage en dehors de toute sexualité féconde du couple (dans ce sens, *cf.* J.-P. BRANLARD, *op. cit.* et A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*) ; pour l'autorisation du mariage posthume de la femme « *fortement commotionnée par le décès de son futur mari et désireuse de respecter la volonté profonde de celui-ci* », *cf.* TGI Albertville, 3 juillet 1987, *op. cit*.

278. Alors même que du sperme de l'époux ou des embryons ont pu être conservés. Cela résulte de l'article L. 2141-2, alinéa 3 qui dispose que « *l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants* [...] ». Cette impossibilité vaut *a fortiori* pour le mari en raison de l'interdiction des conventions relatives à la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui (article 16-7 C. civ.). S'ajoute à cette hypothèse, celle dans laquelle les conjoints se sont mariés de leur vivant : à la suite du décès de son conjoint, l'épouse ne peut pas non plus bénéficier des techniques de procréation médicalement assistée.

vient d'être observé, celle-ci ne réside pas dans la perpétuation de l'humanité. Si compte tenu de ses convictions, chacun demeure parfaitement libre d'y associer cette finalité, telle n'est pas celle du mariage civil.

En outre, ni la présomption de paternité du mari[279], ni l'attribution de la qualité d'enfant légitime qui en résulte ne permettent d'affirmer que le mariage ne pourrait s'entendre que de l'union d'un homme et d'une femme, du fait qu'il serait ainsi intrinsèquement tourné vers la procréation.

Tout d'abord, il convient de noter que ces notions ne peuvent juridiquement s'analyser que comme des effets potentiels du statut : l'intérêt de ces dispositions à propos du mariage demeure subordonné à la survenance d'un événement particulier, à savoir l'arrivée d'un enfant au cours de l'union[280]. En revanche, il n'existe parallèlement aucun impératif juridique pour les conjoints quant à la réalisation de cet événement. Dès lors, si, dans l'absolu, ces dispositions peuvent certes inciter des couples à se marier afin d'en bénéficier – dans la mesure également où ils souhaitent ou permettent que cet événement survienne –, en droit, elles ne conservent cependant qu'un caractère accessoire. À l'inverse, les droits et devoirs respectifs des époux (tels les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance (article 212 C. civ.), la contribution aux charges du ménage (article 214 C. civ.) ou la communauté de vie par exemple (article 215 C. civ.) entrent immédiatement en œuvre, dès lors que ceux-ci ont valablement consenti à cette union. Cette organisation de leurs rapports personnels, laquelle est commune à tous les couples mariés, indifféremment de la présence d'enfants[281], apparaît d'ailleurs plus certainement comme la véritable architecture centrale du mariage civil, la structure primaire du statut. Mais pour l'essentiel, l'absence de spécificité de l'actuel droit civil du mariage en matière de filiation – et donc à l'égard de la procréation – s'apprécie dans la portée réelle des notions de présomption de paternité et de filiation légitime. En effet, si ces deux concepts se sont historiquement trouvés au cœur du mariage civil, les évolutions législatives et jurisprudentielles de ces trente-cinq dernières années conduisent à reconsidérer très sérieusement cette place. Il ne semble plus pertinent aujourd'hui de vouloir caractériser le mariage civil moderne en référence à ces notions.

Selon la doctrine, c'est tout d'abord une présomption de paternité moribonde[282], démantelée[283], affaiblie[284] par la réforme de 1972, qui prédominerait aujourd'hui dans notre droit. En proclamant le principe de l'égalité des filiations légitimes et naturelles et en permettant la recherche de la vérité biologique, la loi du 3 janvier 1972 a bouleversé l'autorité de cette présomption. Jusqu'alors instrument de la domination de la filiation légitime, elle a vu son domaine limité et, plus fondamentalement, son fondement modifié : elle n'a été conservée

279. Elle est posée par l'article 312, alinéa 1er du C. civ. qui dispose que « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ».

280. Plus exactement si celui-ci est né dans la période s'étendant entre le 180e jour avant mariage (aux termes de l'article 314, alinéa 1er du C. civ., l'enfant né pendant cette période est « *légitime et réputé l'avoir été dès sa conception* »), jusqu'à 300 jours après la dissolution du mariage ou l'absence déclarée du mari (article 315 C. civ.).

281. Dans l'hypothèse de l'existence d'enfants, il faut alors se référer à l'article 213 du C. civ. qui dispose spécialement quant aux rapports des conjoints concernant la direction de la famille et l'éducation des enfants. Mais la mise en œuvre de cette disposition est elle aussi subsidiaire, dans la mesure où elle est subordonnée à l'existence d'une telle situation de fait.

282. D. HUET-WEILLER, « Requiem pour une présomption moribonde (la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322, alinéa 2, C. civ.) », *Dalloz* 1985, *Chron*. p. 123.

283. P. RAYNAUD, « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime (à propos de deux arrêts de la 1re ch. civ. de la Cour de cassation du 27 février 1985) », *Dalloz* 1985, *Chron*. p. 205.

284. J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'affaiblissement de la présomption de paternité », in *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine du droit français*, Paris, Éditions du CNRS, tome I, 1978, pp. 121-189.

qu'en tant que moyen de preuve d'une présomption simple[285]. Par cette loi, le législateur a considérablement élargi les conditions dans lesquelles la preuve contraire peut en être rapportée[286] ; de plus, il a introduit la notion de possession d'état d'enfant légitime, autour de laquelle va s'articuler le renversement de la présomption de paternité[287]. Ainsi, dans le cas où l'enfant légitime a une possession d'état conforme à son titre de naissance, l'article 322 du C. civ. dispose que « *nul ne peut réclamer un état contraire* [...] *et réciproquement, nul ne peut* [le] *contester* » ; mais inversement, l'absence de cette possession d'état fragilise un peu plus cette présomption.

C'est le juge qui, dans un second temps, a concrétisé cet affaiblissement en admettant successivement d'autres hypothèses de contestation. Très tôt, la jurisprudence a ainsi admis, sur le fondement d'une interprétation *a contrario* de l'article 334-9 du C. civ., la validité de la reconnaissance par un autre que le mari ou l'exercice d'une action en recherche de paternité, à l'égard de l'enfant légitime qui n'a pas de possession d'état conforme à son titre[288]. Mais ce sont surtout les arrêts rendus en 1985 par la Cour de cassation qui ont marqué une « *nouvelle et importante étape dans le démantèlement de la présomption de paternité légitime* »[289]. Au moyen d'une interprétation *a contrario* de l'article 322 du C. civ., la jurisprudence a permis la contestation directe de paternité légitime, dès lors que l'enfant qui possède le titre d'enfant légitime est dépourvu de la possession d'état. Si les commentateurs ont à l'époque unanimement critiqué cette jurisprudence, c'est qu'ils y ont reconnu le profond changement de nature et de rôle de la présomption de paternité.

La disparition de la catégorie d'enfant légitime constitue le second élément caractérisant l'évolution radicale de la position du mariage à l'égard de la filiation. Car non seulement la légitimité n'est plus réservée au mariage, mais elle a également perdu sa supériorité. En effet, d'une part, il est possible depuis fort longtemps d'attribuer la qualité de légitime à un enfant en dehors de tout mariage, que ce soit à la suite de l'adoption par un célibataire[290], ou par l'autorité du juge. La légitimité – ou la légitimation – ne peut donc être objectivement considérée comme un caractère propre au mariage qui le singulariserait dans son rapport à la filiation et à la procréation. Mais plus encore, d'autre part, au nom du respect du principe d'égalité, le traitement moins favorable entre les enfants en raison de leur filiation, déjà

285. *Cf.* G. CHAMPENNOIS, « La loi nº 72-3 du 2 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption "*pater is est quem nuptiae demonstrant*" ? », *JCP* 1975, I, 2686 : « [...] *d'une règle de fond impérative, tout à la fois chargée de prestige et teintée d'archaïsme, au service de la prééminence de la famille légitime et du chef de famille, on ne retient essentiellement qu'un moyen de preuve commode, que l'on rejette lorsqu'il cesse de l'être. Que ces principes aient inspiré le législateur, cela n'est pas douteux* ». Dans le même sens, *cf.* J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*

286. La présomption de durée de grossesse est simple, les moyens de preuve de la non-paternité sont libres, le mari peut désavouer l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage « *sur la seule preuve de la date de l'accouchement* » et la contestation de la paternité légitime est également ouverte à la mère.

287. Article 311 C. civ. : « *La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. La possession d'état doit être continue* ». L'article 311-2 C. civ. énumère « *les principaux de ces faits* ». Dans ce cas de figure, la doctrine parle de « *vérité sociologique* », par opposition à la « *vérité biologique* » (A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, nº 443, p. 491), mais le droit civil n'attache aucune conséquence à cette distinction.

288. Cass. civ. 1re, 9 juin 1976, *Dalloz* 1976, *Jur.* p. 593, note P. RAYNAUD ; *JCP* 1976, II, 18494, note G. CORNU. L'article 334-9 du C. civ. dispose que « *toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état* ».

289. P. RAYNAUD, *op. cit.*, nº 1 et nº 4 ; pour cet auteur, « *le mur de la présomption de paternité légitime s'effondre* ». Dans le même sens, *cf.* D. HUET-WEILLER, *op. cit.*

290. Depuis la loi nº 66-500 du 11 juillet 1966 (article 343-1 C. civ.) ; l'article 358 du C. civ. dispose en effet que « *l'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime* ».

sérieusement remis en question au début des années 1970, est aujourd'hui vouée à disparaître. Après la loi du 3 janvier 1972 qui posa le principe novateur de l'égalité des filiations naturelle et légitime[291], et malgré les réticences de la jurisprudence et de la doctrine, ces discriminations disparaissent[292]. L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a finalement mis fin à toute distinction entre les enfants nés dans ou hors mariage. Dans ce contexte, il n'est donc objectivement plus possible de définir le mariage civil moderne comme un cadre privilégié d'attribution d'un statut spécifique à l'enfant.

L'argument de la « nécessaire différence des sexes »

Afin d'expliciter l'impossibilité de se marier dans laquelle se trouveraient les couples de même sexe, des auteurs présentent la différence des sexes des époux comme une nécessité, tantôt symbolique, tantôt éducative, à laquelle le droit ne saurait apparemment se soustraire.

Mariage et « symbolique de la différence des sexes »

Avant et au cours de l'examen de la loi sur le PaCS, des sociologues, des psychanalystes, des philosophes, des anthropologues ont fait référence à une symbolique, dénonçant en substance l'effet déstructurant qu'aurait ce traitement indifférencié des couples – c'est-à-dire égalitaire – sur la représentation sociale de la différence des sexes[293]. Des juristes ont relayé ce type d'argument. Ainsi, selon P. MALAURIE « *notre société courrait un grave danger à vouloir gommer la différence entre l'homme et la femme, le premier – et peut-être le plus important – de tous les repères sociaux et psychologiques de l'humanité* » ; le juriste d'en préciser l'enjeu : « *Si nous voulons empêcher les pédophiles, la drogue, la violence, les désordres à l'école et dans les banlieues, ne comptons pas seulement sur la police, les juges, les prisons et la castration chimique, ne détruisons pas les sentinelles invisibles qui maintiennent la cohérence de notre société : la différence entre l'homme et la femme et la stabilité de la famille* ». L'auteur poursuit : « *Ces projets portent atteinte à la cohésion sociale*

291. Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972. Ce principe est posé par l'article 334, alinéa 1er du C. civ. qui dispose que « *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* ». De même, l'article 2, 2° de la Convention relative aux Droits de l'enfant, ratifiée par la France, tend notamment à ce que « *l'enfant soit protégé contre toutes les formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique* [...] *de ses représentants légaux ou des membres de sa famille* ».

292. La question a été tranchée en matière successorale. La Cour de cassation refusait de reconnaître l'existence d'une discrimination dans le traitement moins favorable des enfants adultérins par rapport aux enfants légitimes (Cass. civ. 1re, 25 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 268). Mais la France a finalement été condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans une affaire *Mazurek* (CEDH, arrêt *Mazurek c./France*, 1er février 2000, *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 332, note Thierry ; *JCP* 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.*, février 2000, commentaire n° 33, p. 20, B. de Lamy). La Cour de Strasbourg a en effet jugé qu'en matière de succession, « *aucun motif* [n'est] *de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage* » : la protection de la famille traditionnelle invoquée par l'État ne peut justifier une telle différence de traitement. Surtout, la Cour considère qu'« *en tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables* » (§ 54). Les juridictions françaises ont depuis mis en œuvre *in extenso* cette jurisprudence (*cf.* TGI Montpellier, 2 mai 2000, *Defrénois* 2000, p. 1435, note J. MASSIP ; *Dr. fam.*, septembre 2000, n° 99, obs. GOUTTENOIRE ; CA Pau, 2e ch., 28 novembre 2000, *Dalloz* 2001, *Somm.* p. 1068 : « *Cette différence de traitement* [entre un enfant adultérin par rapport à son demi-frère, enfant légitime] *relativement à la succession de leur auteur commun, quoique poursuivant un but légitime, manque de justification objective et raisonnable, en ce qu'elle ne s'appuie pas sur un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ») et le C. civ. a été modifié en conséquence.

293. Ce front commun est illustré par une tribune (« Ne laissons pas la critique du PaCS à la droite ! », *Le Monde* 27 janvier 1999, p. 14) cosignée par une psychanalyste (C. ELIACHEFF), un magistrat (A. GARAPON), une sociologue (N. HEINICH), une anthropologue (F. HÉRITIER), un pédiatre (A. NAOURI), un historien (P. VEYNE) et un philosophe (H. WISCHMANN) qui dénoncent le PaCS comme potentiellement à l'origine « *de bouleversements fondamentaux dans l'organisation des structures imaginaires et symboliques de toute une société* ».

et à nos structures familiales [il renvoie en note à un texte du cardinal J.-M. LUSTIGER]. *Ils décomposent l'ensemble de notre droit civil, social et fiscal de la famille. Il ne faut les accepter en aucune manière* »[294].

Mais plus généralement, les juristes opposés à l'égalité de traitement des couples homosexuels qui relayent cet argumentaire de la symbolique renvoient à I. THÉRY. Cet auteur récuse tout traitement indifférencié des couples hétérosexuels et homosexuels, porteur selon elle d'une dangereuse « *passion de désymbolisation* » de la différence des genres[295].

Si cette rhétorique apparaît en France en 1997 en réaction à la proposition de loi visant à créer un CUS, elle n'est cependant pas nouvelle. En effet, non seulement, elle est invoquée depuis de nombreuses années aux États-Unis par les opposants au mariage entre personnes de même sexe[296] mais, en France, elle s'inspire pour l'essentiel des travaux de P. LEGENDRE et de F. HÉRITIER[297].

Selon I. THÉRY, en cessant de distinguer les couples hétérosexuels des couples homosexuels quant à leurs droits, la « *différenciation symbolique* » des genres féminin et masculin disparaîtrait. En effet, en plus d'être une relation sexuelle, le couple serait « *un lien sexué, au sens où il s'inscrit dans cet ordre symbolique de la différence des sexes qu'on nomme la différence des genres* » ; or en cessant de discriminer en droit les couples – c'est-à-dire de les hiérarchiser – au regard de leur orientation sexuelle, on « *artificialise le genre, en désarrimant* [...] *le masculin et le féminin construits par la culture, des sexes – mâle et femelle qui en sont le socle vivant* ». À terme, l'auteur redoute que cette désymbolisation engage notre société « *de façon radicale sur la pente du réductionnisme biologique* ». Car selon elle, « *une certaine normalisation de l'homosexualité participe de la fragilisation des modalités traditionnelles d'institution de la différence des genres dans la culture occidentale* »[298], ce qui justifierait dès lors le maintien d'une hiérarchie des sexualités, symbolisée notamment par l'impossibilité d'accès des couples de même sexe au mariage civil. I. THÉRY justifie également le maintien de la discrimination par l'« *enjeu de la filiation* ». Elle considère que les institutions du mariage et de la filiation se trouvent « *au cœur de la différence symbolique des sexes* » : « *Le mariage n'est pas l'institution du couple, mais l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations* » ; par ces biais, « *le droit dessine l'ordre généalogique qui inscrit chaque être humain dans sa double lignée paternelle et maternelle* ». Or, « *là,* poursuit-elle, *s'enracine la différence du masculin et du féminin, qui n'est pas naturelle* [...] *mais culturelle* ».

Tout d'abord, cette opposition motivée par le danger de la déconstruction des genres doit être signalée comme relevant d'une rhétorique justificatrice de la prééminence de

294. P. MALAURIE, « Un statut légal du concubinage ? CUC, PIC, PaCS et autres avatars du mariage », *op. cit*.

295. I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Notes de la fondation Saint-Simon*, octobre 1997 (article publié simultanément dans la revue *Esprit*, octobre 1997). Cet argumentaire a été plus largement diffusé par le biais d'un entretien accordé au journal *Le Monde* (25 novembre 1997, p. 16). L'argument vaut aussi bien pour l'hypothèse du mariage, que pour celle d'un partenariat indifféremment accessible aux couples homos ou hétérosexuels (à l'époque, le *contrat d'union sociale* (CUS)). Relayant explicitement cet argument : C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil » ; *cf.* également l'entretien de C. LABRUSSE-RIOU et I. THÉRY, « PaCS, les pièges d'un nouveau jeu de loi », in *Le Monde de l'éducation*, dossier « Famille, le grand chambardement », novembre 1998, nº 264, pp. 43-45.

296. Pour une illustration, *cf.* J. FINNIS, « Law, Morality and Sexual Orientation », *op. cit.*, spéc. pp. 1051-1053.

297. P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission : étude sur les principes généalogiques en Occident*, Paris, Fayard, 1985 ; F. HÉRITIER, *Masculin-féminin : la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

298. I. THÉRY, *op. cit*, pp. 24-25.

l'hétérosexualité[299] ; or de ce point de vue, l'intimité et la permanence de relations entre personnes de même sexe – c'est-à-dire, dans cette logique, de même genre – portent objectivement atteinte à cette primauté hétérosexuelle.

P. MALAURIE adopte une position moralisatrice de type déclarative, impropre à argumenter d'un point de vue juridique. Quant au raisonnement formalisé par I. THÉRY, il se prête également difficilement à une critique juridique. Sur quels fondements en effet cet ordre reposerait-il ? Cette notion d'ordre symbolique est inconnue du droit : à ce jour, aucune disposition légale ou réglementaire, ni aucune jurisprudence, n'ont fait référence à un tel ordre afin de fonder une règle de droit ; il en va *a fortiori* de même concernant un ordre symbolique de la différence des sexes. Il ne serait pas plus pertinent de vouloir rapprocher ce concept de la notion juridique d'ordre public. D'une part, cette dernière est caractérisée par sa vocation à évoluer, compte tenu de la matière et des circonstances de temps et de lieu, et il est même possible d'y déroger. À l'opposé, l'ordre symbolique s'impose lui comme un ordre immuable, sur lequel les sociétés, au risque de se perdre, n'auraient aucune prise. D'autre part, dans le domaine de la conjugalité, la différence des sexes ne constitue pas aujourd'hui objectivement pour le législateur, un postulat devant être érigé en principe d'ordre public, au contraire : l'accès indifférencié des couples de même sexe au concubinage et à la conclusion d'un pacte civil en sont la démonstration.

Ce qui par ailleurs interpelle le juriste dans ce type d'argumentaire, c'est l'attribution au droit, au travers du mariage civil, d'une « *fonction instituante* » de « *distinctions anthropologiques majeures* » dessinant « *un ordre symbolique indispensable à la fois à l'être-ensemble des sociétés humaines* [...] *et aux individus* »[300]. Or comme le fait remarquer M. IACUB, la conception d'un ordre juridique dont le rôle serait de structurer ainsi le sujet de droit lui est *a priori* étrangère : si le droit peut être défini comme un système de normes destiné à régler et à sanctionner spécifiquement la conduite des individus entre eux, ou du moins de fixer un modèle idéal de comportement, un référent, en revanche, il n'a pas *a priori* pour objectif de régir le psychisme des individus[301]. Et quand bien même la loi aurait effectivement pour rôle d'instituer ainsi des symboliques, on peut se demander, comme les opposants au PaCS, si « *cantonner son rôle à cette fonction* [ce n'est pas] *la transformer en joujou idéologique* »[302]. Quant à la production par le droit de distinctions anthropologiques s'imposant aux individus, s'il peut effectivement s'agir d'une incidente du droit, il ne s'agit pas néanmoins de l'une de ses fonctions : le constat de l'anthropologue de telle ou telle construction n'intervient qu'*a posteriori*, alors que le droit ne se construit en aucun cas dans cette perspective[303].

En tout état de cause, ce type de discours promouvant la préservation d'une symbolique de la différence des sexes, ne peut donc que très difficilement trouver un écho au sein d'une discussion juridique. Au mieux le juriste peut-il considérer cet argumentaire en tant qu'avis d'un expert sur la question. Mais là encore, cette expertise doit être considérée avec circonspection, dans la mesure de sa pertinence intrinsèque, des objectifs de son élaboration, puis de son invocation dans le débat. Or il apparaît justement dans le cas présent que cette « *transcendance anthropologique* » de la différence des sexes a pour effet d'écarter tout débat[304].

299. S.A. LAW, « Homosexuality and the Social Meaning of Gender », 1988 *Wisconsin Law Review* 187.

300. I. THÉRY, *op. cit.*, p. 20.

301. M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », in *Le Crime était presque sexuel*, Paris, Flammarion, 2002.

302. R. CABRILLAC, « Libre propos sur le PaCS (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale) », *op. cit*.

303. *Cf.* M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *op. cit.*

304. *Cf.* É. FASSIN, « La voie de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *op. cit.*, pp. 89-110.

L'intérêt de l'enfant « à naître dans un foyer hétérosexuel »

C'est l'argument avancé par A. BATTEUR pour qui « *l'exigence d'une union hétérosexuelle* [le mariage] *est posée pour des raisons sociales : il est de l'intérêt de l'enfant à naître à faire partie d'un foyer hétérosexuel* »[305]. Il en va de même pour C. BRUNETTI-PONS qui estime que le modèle doit être celui du « *couple marital* » (hétérosexuel) parce que lui seul permettrait « *d'accueillir et d'élever des enfants dans les meilleures conditions possibles* »[306].

Une telle affirmation se heurte à de nombreuses objections. La première d'entre elles, la plus efficace, concerne la pertinence de l'emploi de cet argument à l'encontre des couples de même sexe, alors que notre droit de la filiation, d'une part, consacre sans détour la famille monoparentale et, d'autre part, reconnaît des droits parentaux conjoints aux concubins : si l'intérêt de l'enfant est véritablement d'être accueilli et élevé par un « *foyer hétérosexuel* » marié, alors il conviendrait également de ne permettre ni à une personne seule, ni à un couple de concubins, d'élever un enfant. Or, si certains peuvent appeler de leurs souhaits une telle organisation sociale, en l'état actuel du droit, il n'en va objectivement pas ainsi.

Par ailleurs, quels éléments permettent d'affirmer que le couple marié offrirait « *les meilleures conditions d'éducation possible* » ? À moins d'émettre un jugement de valeur, il n'existe aucun critère objectif permettant d'affirmer qu'un célibataire, un couple de concubins ou un couple marié offre ou non de meilleures conditions d'éducation pour l'enfant. S'agit-il au travers de ce raisonnement de déduire des capacités éducatives de l'existence d'un lien légal de filiation à l'égard de l'enfant ? Or, d'une part, l'existence d'un tel lien de cause à effet ne constitue qu'une utopie : la qualité de parent légitime ne présume en rien de ses qualités éducatives, quelle qu'elles soient ; d'autre part, le droit de la filiation naturelle permet également l'existence d'un tel lien, en dehors du mariage, par le biais de la reconnaissance volontaire. D'autant que l'on ne saurait aujourd'hui légitimement affirmer qu'une filiation légitime serait supérieure à une filiation naturelle[307].

Enfin, si cette affirmation signifie que, d'une manière ou d'une autre, le fait d'être élevé au sein d'un couple marié satisferait au mieux l'intérêt de l'enfant[308], dans ce cas, il n'y a pas de motif légitime de refuser au(x) parent(s) homosexuel(s) qui élèvent un enfant, le droit de se marier : compte tenu de cette exigence de satisfaction de son intérêt, il semble en effet logique qu'au nom de l'égalité de traitement, cet enfant puisse également bénéficier des mêmes conditions propres à satisfaire ainsi son intérêt. Or, dans la négative, refuser au couple qui l'élève le droit de se marier aurait pour conséquence inacceptable et paradoxale de s'interdire d'atteindre un tel objectif en ce qui les concerne.

Aux côtés de ces arguments, signalons enfin que certains juristes invoquent également le fait que, de toute manière, l'opinion publique ne serait pas favorable à l'accès indifférencié des couples de même sexe au mariage civil. C'est ainsi l'un des arguments que l'avocat général DORWLING-CARTER avait avancé en 1989 afin de motiver son opposition à la reconnaissance de la qualité de concubins aux couples homosexuels stables ; le magistrat de s'interroger : « [...] *l'opinion publique, baromètre social d'une nation* [est-elle] *prête, au-delà*

305. A. BATTEUR, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 1998, nº 298, p. 147.

306. C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *op. cit.*, p. 27, nº 40.

307. *Cf.* l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme *MAZUREK c./France* qui dispose en substance qu'« *aucun motif* [n'est] *de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage* » (§ 54).

308. C'est ce point de vue que défend par exemple C. BRUNETTI-PONS dans son article *(op. cit.)*, nº 31, p. 45 : « *On s'est rendu compte qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'avoir un père et une mère, unis de préférence* » ; l'auteur fait auparavant référence à « *la garantie juridique et sociale* » qu'un mariage offre à l'enfant.

des attitudes amusées ou bienveillantes, à approuver les fondements de telles manifestations, et à souscrire à l'avènement social d'une sorte de nouvelle institution basée sur l'homosexualité ? Or selon lui, *l'objectivité la mieux disposée ne peut que conduire à des réponses négatives* ; [...] *si l'homosexualité est acceptée en tant que telle, et si l'existence de couples homosexuels est plus ou moins tolérée et ne suscite pas de réaction de rejet nette, en tant que relevant de la liberté des gens, il est loin d'être prouvé que l'évolution des mentalités et des mœurs ait atteint un niveau tel que la société contemporaine soit actuellement prête à accepter qu'une assimilation complète soit faite entre le mariage et le concubinage d'une part et la communauté de vie homosexuelle d'autre part* »[309]. G. CORNU, qui récuse l'idée que « *les concubinages homosexuels ne fraient la voie* – horresco referens – *aux mariages homosexuels* », est du même avis : « [...] *c'est au sentiment de tout un peuple qu'il faut demander la conception régnante des rapports entre les sexes. Toutes les conceptions sont sous le ciel (on aura deviné la mienne). Mais la seule question décisive est au-dessus de moi : la France, dans ses profondeurs, est-elle ou non favorable à l'assimilation ?* »[310].

Si cet argument peut *a priori* apparaître comme recevable – en ce qu'il est conforme à l'idée que les normes résultent de l'expression de la volonté de la majorité –, il ne le serait véritablement que si en réalité un débat objectif était ouvert et s'il ne s'agissait pas au contraire de justifier ainsi un point de vue personnel.

L'histoire des récents progrès sociaux à propos de l'homosexualité présente plutôt un droit participant à l'évolution de l'opinion. C'est ainsi qu'en 1978, alors pourtant que l'homosexualité était encore mal perçue et mal acceptée par l'opinion[311], le gouvernement avait proposé de supprimer l'un des symboles de la condamnation sociale de cette orientation sexuelle, à savoir la disposition du C. pén. qui, depuis Vichy, incriminait spécifiquement les « *actes d'homosexualité* » commis sans violence sur un mineur de 15 ans[312] ; *idem* en 1981 lorsque le ministère de la Santé a décidé – en contradiction avec les classifications internationales et l'opinion – de ne plus considérer l'homosexualité comme une maladie mentale[313] ; enfin, plus récemment, la proposition de loi visant à instituer le PaCS a été inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée bien que l'opinion y fut encore peu favorable[314].

En toute hypothèse, notre démocratie n'est d'ailleurs pas une démocratie d'opinion. Certes, l'importance sociale d'une demande – quant à la population concernée où à son écho public – représente dans la pratique politique un moteur important de l'évolution des normes ; mais en raison de sa popularité, une telle demande est-elle pour autant de jure légitime et recevable ? *A fortiori,* la demande formulée et soutenue par une minorité de la population ou qui ne reçoit pas le soutien de l'opinion s'expose-t-elle fatalement à un refus ?

309. Concl. de l'avocat général M. DORWLING-CARTER, ss. Cass. soc., 11 juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 2, 217.

310. G. CORNU, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, n° 44, note (8), p. 73 ; et l'auteur de se répondre : « [m]*a conviction est que non* ».

311. *Cf.* notamment le rappel des différents sondages d'opinion par J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour*, *op. cit.*, pp. 243-245.

312. En raison du barrage du Sénat, cet amendement n'aboutit pas (*cf.* J. MOSSUZ-LAVAU, *op. cit.*, pp. 262-271) ; mais l'initiative gouvernementale est à retenir ; elle a été renouvelée en 1981 et cette fois menée à son terme (loi n° 82-683 du 4 août 1982, *op. cit.*).

313. En effet, l'Organisation mondiale de la santé n'abandonnera cette classification qu'en 1992. De plus, en 1980, un sondage SOFRES rapportait que 34 % des Français considéraient l'homosexualité comme « *une maladie dont on doit guérir* » et 26 % « *une perversion sexuelle* » ; en 1988, ils seront respectivement 26 et 12 % à le penser (*cf.* J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour*, pp. 244-245).

314. En septembre 1998, lors de la mise à l'ordre du jour du premier texte sur le PaCS, 49 % des Français y étaient favorables. En juin 2000, ils étaient 60 %. Et début septembre 2000, ils étaient 70 % à trouver que cette loi était une « *bonne loi* » (*Libération*, 28 septembre 2000).

Malgré une apparente logique donc, conditionner la reconnaissance de droits au seul assentiment populaire ne participe pas de la réalité de l'élaboration des normes dans notre société : non seulement la sociologie juridique appelle à cette distanciation, mais la pratique montre également que la loi peut tout à fait se différencier d'une opinion majoritaire opposée. Certes, « *le social influence le juridique* » mais, d'une part, il n'a jamais été nécessaire que cette incitation émanât d'une majorité de la population[315] (un fait ou un besoin social n'étant pas nécessairement communément partagé) et, d'autre part, cette relation entre le corps social et le droit est interdépendante : le juridique a également vocation à influencer le social.

L'ACCÈS INDIFFÉRENCIÉ DES COUPLES DE MÊME SEXE AU MARIAGE

Les caractéristiques juridiques fondamentales du mariage civil permettent parfaitement d'envisager l'union de couples quel que soit leur sexe ou leur orientation sexuelle. En effet, le mariage apparaît avant tout attaché au respect de la volonté individuelle des conjoints, désireux d'inscrire leur union dans un cadre juridique renforcé. De ce point de vue, la possibilité désormais offerte par le droit néerlandais, le droit belge et le droit espagnol à deux personnes de même sexe de se marier illustre la possibilité de parvenir à l'égalité des droits dans ce domaine.

La volonté des époux, fondement du mariage civil

Pour exister, le mariage civil se désintéresse de la sexualité des conjoints, tout comme de leur capacité ou de leur volonté à procréer. Si leur sexualité demeure appréhendée par le droit, ce n'est que dans des hypothèses bien précises, et notamment dans le cas où l'un des époux se plaint que l'autre lui ait sciemment dissimulé, avant le mariage, son état ou ses véritables intentions en ce domaine. Ce dernier point illustre le postulat « *tout en psychologie* » sur lequel notre droit matrimonial est fondé[316]. Le consentement, c'est-à-dire la volonté des individus, est au cœur de la création de ce lien.

Cet élément fondateur du mariage civil est ainsi consacré par différentes dispositions du C. civ. ; tout d'abord explicitement par l'article 146, qui dispose qu'« *il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* », mais également par l'article 180 qui exige « *le consentement libre des deux époux* » ou plus formellement, par l'article 75, alinéa 6 qui dispose que lors de la célébration, l'officier de l'état civil « *recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* ».

Ainsi, dans sa thèse consacrée à la notion de consentement au mariage, G. RAYMOND insiste sur son rôle central : le consentement est « *l'âme du mariage* »[317]. Comme le rappelle l'auteur, « *si le mariage peut naître, c'est parce qu'il y a consentement. Une fois posé le postulat de la liberté du mariage,* [...] *seul le consentement des époux peut faire naître cette institution* » ; le cœur de l'union matrimoniale réside donc dans cette « *affirmation solennelle, à la face du monde, par deux personnes de sexe opposé, qu'elles veulent se prendre pour mari et*

315. *Quid* de la reconnaissance par une majorité – hétérosexuelle – de l'égalité des droits d'une minorité – homosexuelle ? Sachant qu'en toute hypothèse la première n'est pas personnellement victime de la discrimination, ne pourrait-on pas voir dans un refus de principe d'accorder l'égalité des droits le danger d'un abus de majorité ?

316. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », *op. cit*, p. 331.

317. G. RAYMOND, *Le consentement des époux au mariage*, Paris, LGDJ, 1965, p. 3 (thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue le 5 novembre 1959).

femme, exercer les droits et se soumettre aux devoirs qui incombent à cette qualité, [cette] *expression solennelle de l'intention conjugale* »[318]. J. CARBONNIER dresse un constat identique quant à la « *vigueur de l'élément psychologique dans la formation du lien* » qui caractérise l'esprit de notre droit matrimonial : en affirmant la liberté de l'homme dans la formation comme dans la dissolution du lien matrimonial, il laisse à chaque individu « *la responsabilité de son propre bonheur* »[319].

Indifférent aux motivations personnelles des futurs conjoints – « *le consentement juridique se présente de la même manière pour tous les êtres humains* »[320] –, le droit matrimonial s'emploie alors, d'une part, à exiger la réalité de ce consentement et, d'autre part, à protéger l'intégrité de cette volonté qu'aucun vice ne doit venir trahir. Tels sont les objets respectivement de l'article 184 du C. civ., qui sanctionne de nullité absolue tout mariage contracté en l'absence de consentement, et de l'article 180, qui sanctionne de nullité relative l'absence de consentement libre des époux[321].

Il n'est ici nullement question d'entrer dans la controverse entre mariage-contrat et mariage-institution[322]. Il s'agit simplement de souligner que cette logique fondatrice du mariage civil, à savoir le respect de la volonté individuelle et la protection de son intégrité, ne s'oppose pas à ce que deux individus, fussent-ils de même sexe, puissent eux aussi consentir à de tels liens. Et ce *a fortiori* dans la mesure où, comme cela a été montré, le mariage civil n'a pas de finalité reproductrice. En tant que sujets de droit capables, les gays et les lesbiennes devraient avoir la même capacité à exprimer solennellement une intention conjugale à l'égard d'une personne du même sexe, ainsi qu'à exercer les droits et se soumettre aux devoirs qui incombent à la qualité d'époux. Ce faisant, le respect de l'égalité de traitement des couples de même sexe quant à l'accès au mariage civil ne suppose aucune remise en question des fondements actuels de l'institution : en tant que tel, ce socle consensuel du mariage civil, ainsi que ses règles de protection, ont en effet parfaitement vocation à s'appliquer, indifféremment à l'orientation sexuelle ou au sexe des futurs conjoints[323]. Dans la mesure où les individus concernés sont capables et expriment librement leur volonté, il est

318. G. RAYMOND, *op. cit*, p. 159. Nous acceptons cette définition, sous la réserve néanmoins de la référence à la différence de sexe (pour la critique du caractère immuable de cette condition au mariage civil.

319. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », *op. cit*.

320. Comme le note G. RAYMOND (*op. cit.*, p. 159), « *que les motifs du mariage soient l'amour, la raison, le désir de liberté, la passion de l'argent, la résignation, le droit ne s'en préoccupe pas* ». Le juriste dresse ce constat bien que, par ailleurs, son souhait d'« *homme* » soit que « *la raison profonde du mariage* [...] *soit l'amour* [...], *cet amour vrai qui est communion, don mutuel et perpétuel de deux personnes, amour qui s'incarnera dans l'enfant, nouvelle personne humaine, symbole du "Nous"* ». En dépit de ce point de vue personnel, la force de ses conclusions juridiques demeure au premier plan.

321. C'est-à-dire celui exprimé sous la contrainte d'une violence – physique ou morale – ou entaché d'erreur – sur la personne ou les qualités essentielles de l'autre. Sur l'ensemble de ce thème, *cf.* G. RAYMOND, *op. cit.* J.-J. LEMOULAND, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse dactylographiée, Bordeaux, 1984.

322. D'autant que cette controverse a pour origine une idéologie visant à distiller dans un mariage civil avant tout consensuel, un peu de l'immuable du mariage canon : *cf.* dans ce sens J. CARBONNIER, *Droit civil*, « La famille », pp. 368-369 et 372-373 qui note que « *la thèse du mariage-institution avait été lancée par l'historien Charles LEFEBVRE* [en 1902], *puis a été développée par des auteurs de différents bords* [...], *mais plus spécialement par des auteurs catholiques* [...]. *On y a vu un moyen de fonder juridiquement l'indissolubilité du mariage civil* [...] ».

323. À telle enseigne qu'il a été jugé, à propos d'une incrimination d'aide au séjour irrégulier à la suite du mariage contracté entre un Français et une Marocaine (mariage blanc ou de complaisance), que le seul fait pour le prévenu de se marier avec une ressortissante marocaine plus âgée que lui, « *quand bien même il présenterait des tendances homosexuelles* » ou que la communauté de vie ne serait pas constatée de manière permanente par le voisinage, ne permet pas de caractériser un élément intentionnel. *A fortiori*, ce mariage ne pourrait être annulé en considérant l'orientation sexuelle homosexuelle, même vérifiée, de l'un des époux (CA Aix-en-Provence, 7e ch., 30 janvier 1995, *Juris-Data nº 042226*).

tout à fait possible d'envisager que les membres d'un couple de même sexe puissent également faire le choix de cette union. En outre, dans cette perspective volontariste, le refus du mariage des personnes de même sexe peut dès lors être considéré comme contraire à la liberté matrimoniale, composante de la liberté individuelle.

L'objet du mariage civil : l'encadrement juridique de la relation affective de deux individus

Le mariage civil se présente aujourd'hui en premier lieu tourné vers l'organisation de la vie en couple. Son incidence principale est en effet de créer entre ses membres, des liens juridiques personnels et matériels étroits. Les réformes successives au cours des cinquante dernières années, témoignent d'ailleurs d'un renforcement du rôle primaire de ce statut en tant que forme d'organisation des relations entre les membres d'un couple.

Fidélité, cohabitation, assistance : le mariage entraîne tout d'abord entre les époux un certain nombre de devoirs personnels réciproques. Au-delà de l'engagement moral individuel, ces devoirs prennent concrètement entre les conjoints la forme d'obligations juridiques : chacun s'engage à les respecter et, par suite, peut théoriquement en exiger de l'autre le respect – en pratique, leur inexécution ou l'exécution défectueuse motive généralement une demande de dissolution de l'union. Ce cadre de liens personnels se double de liens matériels : il s'agit alors d'organiser sur le plan patrimonial, d'une part, la gestion courante du foyer et l'autonomie respective des conjoints[324] et plus spécifiquement, d'autre part, leurs relations pécuniaires. Si, certes, ces droits et devoirs réciproques sont particuliers quant à leur contenu – ce qui justifierait que l'on parle d'institution du mariage – cependant, cet engagement ne repose pas moins également sur une dimension contractuelle classique : il s'agit de droits et d'obligations auxquels des individus capables doivent avoir librement consentis, et dont le respect est soumis au contrôle du juge.

Parallèlement, alors que la spécificité du thème de la filiation dans le mariage peut aujourd'hui être remise en question, les réformes successives du droit matrimonial au cours des précédentes décennies témoignent de ce que le statut du mariage moderne se préoccupe d'avantage de l'organisation de la relation entre deux individus – et plus exactement d'une réorganisation égalitaire et indifférenciée au profit de la femme. La suppression de l'incapacité de la femme mariée, mais surtout l'affirmation et la mise en œuvre dans les années 1970 du principe d'égalité entre les époux, poursuivie lors de la réforme du divorce puis des régimes matrimoniaux, décrivent un droit matrimonial principalement préoccupé par les rapports de couple. Dernière en date, la loi visant à renforcer les droits du conjoint survivant illustre parfaitement l'attachement particulier du législateur à la relation de couple, à l'encontre même de sa descendance éventuelle. Motivée par le souhait de donner au conjoint survivant des droits qui reflètent la place qu'il occupait réellement dans la vie du défunt, cette loi remet explicitement en cause des règles successorales élaborées au XIX^{e} siècle, qui donnaient le pas à la parenté sur le mariage et privilégiaient le maintien des biens dans la famille par le sang. Or le législateur a expressément choisi de renverser cette logique et de « *faire prévaloir la logique affective* » à celle du sang. Ainsi, si les frère et sœur, neveu et nièce de l'époux défunt sont désormais évincés de la succession, le conjoint survivant entre désormais en concours avec ses descendants, c'est-à-dire ses enfants. Compte tenu de ces réalités du statut du mariage civil, la considération du caractère hétérosexuel ou homosexuel

324. Articles 217 et s. C. civ.

du couple afin de refuser ou au contraire d'accorder le bénéfice de ce statut à certaines unions et pas à d'autres, apparaît dès lors comme incongrue. En effet, cette union se révèle avant tout comme une proposition contractuelle d'organisation et de régulation juridique de certains aspects de la relation affective de deux individus. Comme le note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « *le mariage n'est plus une structure patriarcale organisant une régulation contraignante des liens de couple. C'est avant tout la reconnaissance par la société des relations à la fois affectives et matérielles librement consenties par deux adultes* »[325]. Or, de ce point de vue, peu importe objectivement le sexe ou l'orientation sexuelle des partenaires qui souhaitent y adhérer : la similitude de sexe des conjoints n'a en soi aucune vocation à remettre en cause cette fonction d'encadrement du statut matrimonial. L'égalité d'accès des unions de même sexe au mariage civil est d'autant plus aisément envisageable, qu'elle s'inscrit par ailleurs parfaitement dans le prolongement de la primauté de la logique affective retenue par le législateur.

À la lumière de cette logique d'évolution du droit du mariage civil, la permanence du refus de permettre à deux individus de même sexe de contracter une telle union peut apparaître avant tout comme une question de principe, l'expression d'un point de vue moral. Car à l'inverse, la logique juridique du mariage moderne et son évolution démentent toute impossibilité d'évolution de son fait ; en outre, la confrontation à l'égalité de traitement des couples de même sexe révèle qu'elle ne suppose aucune remise en cause ni des fondements, ni de la logique actuelle du statut. La seule interrogation qui semble dès lors valoir concerne plutôt les origines de cette morale qui interdirait de penser l'égalité de traitement, et surtout la pertinence de son invocation en droit civil afin de justifier le traitement moins favorable des couples homosexuels.

Dans le prolongement de cette étude, la question de la reconnaissance en France d'un mariage valablement célébré à l'étranger entre deux individus de même sexe tend en substance à renforcer le point de vue selon lequel l'accès indifférencié de ces couples au statut du mariage civil est parfaitement envisageable[326].

La reconnaissance en France du mariage conclu à l'étranger entre des personnes de même sexe

Le 21 décembre 2000, les Pays-Bas ont adopté une loi ouvrant aux couples de même sexe le statut du mariage jusqu'alors réservé aux couples de sexe opposé[327]. Pour ce faire, un paragraphe premier a été ajouté à l'article 30 du C. civ. néerlandais, disposant désormais qu'« *un mariage peut être contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* »[328]. De même, depuis le 30 janvier 2003 la Belgique autorise le mariage entre personne de même sexe ainsi que l'Espagne (2 juillet 2005) et le Canada (20 juillet 2005).

325. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport *op. cit*.

326. Sur la reconnaissance des unions autres que le mariage, *cf.* G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2004.

327. Loi du 21 décembre 2000 amendant le Livre I du C. civ., relative à l'ouverture du mariage pour les personnes de même sexe, *Staatsblad* 2001, nº 9 (11 janvier 2001), entrée en vigueur le 1er avril 2001 (décret du 20 mars 2001, *Staatsblad* 2001, nº 145).

328. La seule différence entre le mariage conclu entre personnes de même sexe et de sexe différent concerne la présomption de paternité du mari visée par l'article 199 du C. civ. néerlandais qui ne joue pas dans le premier cas.

Dès lors donc, l'hypothèse selon laquelle un couple de même sexe, régulièrement marié dans un État permettant l'accès au statut du mariage indifféremment au sexe des futurs conjoints, demande en France à faire valoir les droits afférents à cet état civil doit être concrètement envisagée.

Une telle demande n'est pas susceptible d'être exclusivement le fait de couples homosexuels des pays qui autorisent le mariage entre personnes de même sexe. Outre deux ressortissants de ces États, par exemple un néerlandais ou un Belge et un étranger (notamment un français), deux ressortissants étrangers (par exemple deux Français) peuvent également se marier aux Pays-Bas, en Belgique, au Canada ou en Espagne.

Dès lors, différentes difficultés sont susceptibles de surgir, la première étant de savoir si, compte tenu de l'impossibilité actuelle en droit français pour des personnes de même sexe de se marier, ces mariages valablement conclus à l'étranger peuvent néanmoins prétendre produire leurs effets en France. Car il est à prévoir que demain, notre administration ou une personne privée quelconque se verra demander de reconnaître l'existence de ce lien marital. De même, le juge français peut être saisi d'une demande concernant ce mariage, à l'occasion du décès d'un des conjoints, d'un conflit ou de leur séparation. Cette situation nouvelle est susceptible de soulever de nombreuses interrogations : il s'agit ici de pointer les difficultés majeures et d'avancer quelques éléments de réponse. Or, il apparaît que la reconnaissance d'un mariage légalement conclu à l'étranger entre deux personnes de même sexe est à la portée de notre droit et que cette union est susceptible de produire des effets en France, cette situation contredisant par-là même un peu plus l'argument d'une impossibilité qu'il y aurait à envisager le mariage civil de deux individus de même sexe.

Classiquement, dès lors que l'on se trouve en présence d'une situation comportant un élément d'extranéité, le problème se pose du droit applicable : le droit étranger ou le droit français. Pour répondre à cette question, ce dernier dispose pour chaque thème d'une règle de conflit. Mais afin de déterminer la règle à mettre en œuvre, il est nécessaire au préalable de délimiter le domaine dont relève le problème posé : pour mettre en œuvre les règles de conflit concernant, par exemple, les effets du mariage, encore faut-il que la situation soit considérée comme relevant de la catégorie mariage. Si dans un premier temps, en l'état actuel de notre droit civil, le mariage d'un couple de même sexe aux Pays-Bas, en Belgique, en Espagne ou au Canada ne peut espérer entrer dans la catégorie française mariage, le droit international privé révèle cependant qu'en présence de contradictions apparemment insurmontables entre la conception française traditionnelle du mariage, et des unions célébrées à l'étranger qualifiées elles aussi de mariage, la jurisprudence a néanmoins accepté d'élargir la notion traditionnelle. Un même élargissement doit être envisagé à propos du mariage conclu entre deux personnes de même sexe.

L'exclusion a priori *de la qualification « mariage »*

C'est en premier lieu sur le plan de la qualification que la difficulté apparaît à propos de la reconnaissance en France du mariage entre personnes de même sexe contracté à l'étranger[329]. Selon le droit international privé français, traditionnellement, la « *qualification*

329. *Contre* : H. FULCHIRON, « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *Dalloz* 2001, *Point de vue* p. 1628, qui considère que la question se pose directement du point de vue de sa contrariété à notre ordre public.

primaire » s'opère en effet *de lege fori*[330] : le juge se réfère à la définition de cette union telle qu'elle ressort de notre C. civ. Or, en l'état actuel, celui-ci ne permettant une union maritale qu'entre deux personnes de sexe différent, il est à ce stade fort possible qu'en France, la qualification de mariage ne soit pas retenue à propos de l'union conclue entre deux personnes de même sexe. Par voie de conséquence, la mise en œuvre des règles de conflit du droit français applicables à la formation et surtout aux effets du mariage sera écartée : bien que dénommée mariage par le droit étranger, *a priori,* cette union ne sera pas qualifiée comme telle par le juge français.

Interrogé sur cette question par un député de la majorité, le ministre de la Justice a répondu qu'« *une union homosexuelle ne pourra pas produire des effets juridiques en France que si la loi ou les lois nationales de deux époux admettent ce mode d'union. Dans le cas de partenaires de nationalité différente, une application distributive des lois en présence sera effectuée. Quoi qu'il en soit, le mariage entre deux femmes ou deux hommes de nationalité française aux Pays-Bas ou en Belgique ne pourra pas être reconnu en France, puisque la loi nationale française le prohibe. Dans l'hypothèse d'un mariage homosexuel étranger qui serait conforme à la loi nationale des deux époux, ses effets personnels (comme l'adoption ou la filiation) seraient en principe soumis à la loi du pays du mariage, tandis que ses effets patrimoniaux seraient soumis aux règles régissant le régime matrimonial privé* »[331].

Cela étant, si une telle qualification se révèle en pratique difficilement envisageable, elle ne se heurte cependant à aucun obstacle d'ordre technique : à défaut d'une quelconque impossibilité objective, il s'agirait plus exactement d'un refus de principe au nom de l'ordre public.

Atténuation de l'ordre public et acceptation de la qualification

À propos de la catégorie mariage, l'illustration la plus évocatrice de la capacité de notre ordre juridique à dépasser un refus de principe nous est donnée par l'acceptation du juge français de reconnaître aux unions polygamiques la qualification de mariages, ce malgré l'exigence de monogamie du droit civil français[332]. Pour ce faire, dans un premier temps hostile à cette reconnaissance, l'ordre public a en effet été finalement atténué par le juge.

En droit international privé, cette atténuation de l'ordre public a pour objet d'ouvrir notre système juridique à des institutions étrangères lui étant contraires, en acceptant *a priori* qu'elles produisent des effets en France. Bien qu'une jurisprudence ait auparavant déjà manifesté sa volonté d'accueillir des situations créées dans un État étranger en application d'une loi

330. D. HOULLEAUX, J. FOYER, G. de La PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, nº 379, p. 215.

331. Question nº 41533 du député T. MARIANI (UMP) au ministre Pascal Clément, *JO* du 3 août 2004 p. 5967 ; réponse *JO* du 12 octobre 2004 p. 7976. *Cf.* également la réponse du garde des Sceaux au député Jean-Louis MASSON, question écrite nº 16294 *JO Sénat* du 3 mars 2005, publiée *JO Sénat* le 9 mars 2006, p. 722.

332. Sur l'ensemble de ce thème, *cf.* B. BOURDELOIS, *Le mariage polygamique en droit international privé français*, thèse, Paris II, 1991 ; du même auteur, version remaniée et complétée : *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly Éditions, 1993.

pourtant contraire à notre ordre public[333], énoncée et utilisée dès l'après guerre[334], cette possibilité d'atténuation a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt *Rivière*[335].

C'est sur ce fondement que la jurisprudence a permis qu'une union polygame produise néanmoins des effets en France[336]. Plus fondamentalement, le juge a ainsi accepté de considérer cette union comme un mariage.

Deux doctrines s'opposent s'agissant d'expliciter les motivations de cette atténuation de l'ordre public en l'espèce. Pour certains, la justification réside dans la question de savoir si le droit en cause doit être créé (acquisition d'un droit en France) ou s'il l'a déjà été par le droit étranger (la question est alors celle de l'effectivité en France d'un droit acquis à l'étranger). Dans cette hypothèse, la doctrine considère qu'étant « *plus profondément étrangère* » que les autres, ces situations étant censées « *n'intéresser que de loin le système juridique français* », les exigences de l'ordre public s'atténueraient logiquement à leur égard[337]. Pour sa part, B. BOURDELOIS rejette la pertinence de cette théorie. Selon cet auteur, l'atténuation de l'ordre public opère uniquement dès lors que l'ordre juridique français n'est pas « *directement concerné* ». Dans ces conditions, c'est « *par principe* » que notre ordre juridique « *accueille* » l'effectivité d'un droit régulièrement constitué à l'étranger, celui-ci n'étant susceptible d'être écarté qu'« *exceptionnellement* », dès lors que « *l'existence de cette situation heurte les principes fondamentaux de la société française* »[338]. C'est donc un « *effacement de principe* » de l'ordre public qui aurait été opéré[339].

Dans le prolongement de cette logique, il apparaît aujourd'hui légitime de s'interroger sur la possibilité que s'opère un mouvement identique au bénéfice cette fois du mariage régulièrement conclu entre des personnes de même sexe en vertu d'un droit malgré le refus de principe envisageable du juge français s'agissant de qualifier cette union de mariage.

333. Pour la reconnaissance en France d'un divorce par consentement mutuel régulièrement prononcé à l'étranger : Cass. civ. 28 février 1860, S. 1860, I, 210 ; pour la reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger dans des conditions contraires à la loi française : Paris, 2 août 1866, S. 1866, 2, 342. À propos notamment de cette jurisprudence contredite jusqu'à l'après Seconde Guerre mondiale, *cf.* P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 263-282, spéc. n° 2-3, pp. 263-264.

334. Cass. civ. 11 avril et 1er mai 1945, *Dalloz* 1945, *Jur.* p. 245, note P. L.-P. ; S. 1945, I, 121, note H. BATIFFOL (les magistrats retiennent l'effectivité en France d'un jugement étranger déclarant une paternité naturelle à la suite d'une action en recherche de paternité naturelle qui n'aurait cependant pas été admise en droit français).

335. Cass. civ. 1re, 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953, 412, note H. BATIFFOL : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu de droit international privé* » (en l'espèce, la Cour admettait qu'un divorce par consentement mutuel prononcé à l'étranger puisse produire ses effets en France, alors même qu'à cette époque, le droit français du divorce ne prévoyait pas ce cas d'ouverture).

336. Cass. civ. 1re, 28 janvier 1958, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP* 1958, 110 (accueil de la demande de pension alimentaire introduite en France par la seconde épouse) ; depuis, les droits du conjoint survivant ont été reconnus à la seconde épouse d'un étranger polygame (Cass. civ. 1re, 3 janvier 1980, *Bendeddouche*, *Rev. crit. DIP* 1980, 331, note H. Batiffol), ainsi que sa part dans la communauté (Toulouse, 22 mars 1982, *JCP* 1984, II, 20185) ou encore le partage du droit à pension entre les épouses (Cass. civ. 1re, 22 avril 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, 374, note P. COURBE). En revanche, en matière de droits sociaux, une seule femme est prise en compte, celle qui la première a fait la demande de droits (Cass. soc., 1er mars 1973, *Clunet* 1974, 834, note G. DE LA PRADELLE) ou celle qui se trouve en France, l'autre résidant à l'étranger (Cass. soc., 8 mars 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, 694, note J. DÉPREZ).

337. Dans ce sens : D. HOULLEAUX, J. FOYER, G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*

338. B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 373.

339. *Cf. Juris-Classeur Droit international*, fascicule 546-A, « Mariage. introduction générale. Conditions de fond », par J. MESTRE, n° 185.

La réflexion à propos de la mise en œuvre, sur le modèle notamment du mariage polygamique, de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public au bénéfice des mariages de même sexe, doit être conduite selon les conditions traditionnellement posées en préalable par la jurisprudence. Or si le principe de l'effectivité en France d'un mariage polygamique a été retenu, c'est compte tenu d'exigences cumulatives tenant, d'une part, au statut personnel des conjoints et, d'autre part, au lieu de la célébration du mariage. Appliquées au cas du mariage entre personnes de même sexe, ces conditions conduisent en l'état actuel du droit, à envisager la possibilité de sa reconnaissance en France à propos des seuls mariages célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe dont le statut personnel prévoit cette union. Par la suite, il est indispensable d'envisager la situation des couples régulièrement mariés à l'étranger dont le statut marital ne sera probablement pas reconnu en France (aucun juge n'a pas encore été saisi de la question).

- *Les exigences tenant au statut personnel des conjoints et au lieu de la célébration*

Selon une jurisprudence constante, la reconnaissance de l'effectivité en France d'un mariage polygamique est d'une part conditionnée à ce que le statut personnel des époux concernés admette la polygamie. C'est dans le prolongement de cette solution que doit être envisagée la reconnaissance de l'effectivité dans notre ordre juridique d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger. Dans cette logique, si un couple de Néerlandais, de Belges, de Canadiens ou d'Espagnols peut *a priori* prétendre invoquer la reconnaissance en France de la qualité d'époux (leur statut personnel organisant expressément le mariage entre personnes de même sexe), ce ne pourra être le cas pour un couple marié dont l'un des membres au moins est français (il se peut que les deux le soient), et plus généralement dont le statut personnel ne prévoit pas ce mariage.

La jurisprudence en matière de polygamie a élargi la catégorie mariage du droit français, au bénéfice des seules unions célébrées à l'étranger en vertu de ce droit étranger. Cela signifie qu'en principe, même si le statut personnel des intéressés le permet, aucun mariage de ce type célébré sur notre territoire ne peut être pris en compte.

Il convient cependant de distinguer l'impossibilité pour les organes français compétents de célébrer ces mariages, de la possibilité qu'en pratique, de tels mariages soient néanmoins valablement célébrés sur notre territoire. En effet, bien qu'un officier d'état civil français ne soit pas autorisé à célébrer une telle union, cela s'avère – dans une hypothèse certes restreinte – possible par le fait d'une autorité étrangère installée en France. Par dérogation au principe de droit international privé disposant que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi nationale des époux, une jurisprudence constante, soutenue par la doctrine majoritaire, énonce cependant que conformément au respect de l'ordre public, aucun mariage polygamique ne peut être valablement célébré en France, même si la loi commune ou celle de chaque prétendant autorise ce type d'union[340]. Mais bien que les autorités diplomatiques ou consulaires installées en France soient en principe tenues de respecter l'ordre public français[341], il apparaît cependant en pratique qu'elles pourraient valablement célébrer en France des unions polygamiques entre leurs ressortissants, dès lors qu'il ne s'agit pas de la célébration d'un mariage entre un homme et plusieurs femmes

340. La jurisprudence constante est abondante : *cf.* les références citées *Juris-Classeur Droit international*, fascicule 546-A, *op. cit.*, nº 147. *Cf.* également V. HEUZE, P. MAYER, *Droit international privé*, collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 7e éd., 2001.

341. *Cf.* P. MAYER, *Droit international privé*, collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 6e éd., nº 560, p. 360 : « *Les pouvoirs des agents diplomatiques étrangers sont définis (dans la limite de ce que tolère la France, État de leur installation) par l'État qu'ils représentent* ». *Cf.* également, V. HEUZE, P. MAYER, *Droit international privé*, *op. cit.*

simultanément[342]. Cela est rendu possible en raison de la distinction selon laquelle l'ordre public dont il est alors question est moins un ordre substantiel que visuel : bien que cette union soit substantiellement polygamique (légalement, l'individu sera marié à deux autres) et donc *a priori* contraire à notre ordre public, elle serait valide dès lors qu'en apparence, visuellement, elle est monogamique (en l'espèce, il s'agit à ce moment de l'union d'une personne avec une autre).

Concernant les mariages entre personnes de même sexe, par analogie avec cette jurisprudence à propos d'une forme de mariage inconnue du droit français, il serait légitime que la reconnaissance en France du mariage conclu entre des personnes de même sexe soit également réservée aux unions célébrées à l'étranger. Mais *de facto,* la possibilité qu'un tel mariage ait été célébré sur notre territoire doit quant à elle être totalement exclue.

Tout d'abord, tout comme à propos de la polygamie, un officier d'état civil français n'apparaît pas non plus en mesure de célébrer le mariage de personnes de même sexe en dépit de leur statut personnel. Par analogie avec le mariage polygamique, il convient cependant de préciser que dans cette hypothèse également, aucune considération d'ordre public n'est nécessaire afin de justifier la nullité de ces unions. En effet, comme l'a montré B. BOURDELOIS à propos de la polygamie, ni cette forme d'union «*dans son ensemble*», ni des considérations pénales, ni un trouble à l'ordre social ne permettent ni ne sont utiles à une telle justification : en réalité, il suffit de faire valoir l'incompétence de l'officier d'état civil qui, détenant ses compétences de la loi française, ne peut instrumenter qu'en conformité avec elle qui interdit la polygamie[343]. Il en va dès lors *a fortiori* de même concernant l'incompétence de l'officier d'état civil français à célébrer le mariage d'individus de même sexe, compte tenu de l'exigence de différence de sexe des futurs époux posé par l'article 75 du C. civ.

Mais, en outre, à la différence du mariage polygamique, il apparaît totalement impossible d'envisager la célébration en France par un agent consulaire ou diplomatique étranger, d'un mariage entre deux de ses ressortissants de même sexe. En effet, elle aussi considérée comme substantiellement contraire à notre ordre public[344], la célébration d'unions homosexuelles ne peut espérer être créditée d'aucune apparence de mariage hétérosexuel afin d'être validée[345].

En l'état actuel du droit, et au terme de cette mise en parallèle avec la polygamie en France, il s'avère donc que le juge aura exclusivement à connaître des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger, aucune union de cette sorte ne pouvant *de facto* être célébrée en France.

- *L'argument relatif à l'atténuation de l'ordre public à l'égard des mariages entre des individus de même sexe*

Selon toute apparence, concernant des mariages régulièrement célébrés à l'étranger entre des personnes de même sexe dont le statut personnel admet la possibilité de cette union, la mise en œuvre en France de l'ordre public atténué pourrait être envisagée : elle dépend

342. B. BOURDELOIS, *op. cit.*, nº 423, p. 343 ; l'auteur cite une décision qui ne relève pas l'irrégularité d'un second mariage polygamique célébré dans un consulat (TGI Paris, 8 avril 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, 73, note Y. LEQUETTE), ce qui selon elle, «*montre que le fait n'a pas choqué*». Dans le même sens, la Cour de Paris a fait découler l'état de bigamie, d'un mariage célébré en France au consulat du Maroc (Paris, 5 avril 1990, *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 424, note F. BOULANGER).

343. *Cf.* B. BOURDELOIS, *op. cit.*, nº 402 et s., pp. 343 et s., spéc. nº 413, p. 338.

344. *Cf.* le refus du ministère des Affaires étrangères en 1996, d'autoriser le consulat de Suède à procéder à des unions entre individus de même sexe (partenariats), *cf. Libération*, 18 avril 1996, p. 7.

345. *Cf.* M.-A. SIMONET, *Les couples homosexuels en droit international privé*, mémoire de DEA de droit international privé et de droit du commerce international, Paris I, 1996, inédit.

uniquement du juge saisi d'une demande en ce sens. Lui seul à le pouvoir de décider, soit de s'en tenir à un refus de retenir la qualification de mariage, soit, comme il l'a fait à propos de la polygamie, d'aller au-delà de cette impossibilité première. Comme toute autre reconnaissance, il s'agit là sans nul doute avant tout d'une décision teintée d'opportunité et de contingence[346]. La décision lui appartenant dans son entier, il est néanmoins possible d'apporter au juge des éléments susceptibles de le convaincre de se prononcer dans le sens de la prise en compte de ces unions en France au sein de la catégorie mariages. Plusieurs éléments plaident ainsi en faveur d'une jurisprudence en ce sens.

- *De la difficulté à déterminer l'ordre public en cause*

Tout d'abord, l'ordre public opposable aux unions de même sexe n'a rien de comparable à celui classiquement opposé aux mariages polygamiques. En effet, alors que la « *difficulté essentielle* » s'opposant à la reconnaissance de ces derniers résidait dans « *l'inégalité foncière entre l'homme et la femme en faisant de celle-ci l'inférieure – comme ne disposant pas des mêmes prérogatives – de celui-là* »[347], il n'en est pas de même du mariage entre individus de même sexe. Au regard des rapports entre les conjoints définis par le mariage néerlandais, belge, espagnol ou canadien, l'union d'individus de même sexe ne peut en revanche se voir reprocher la promotion d'une quelconque inégalité de traitement entre les membres du couple. À l'inverse du mariage polygamique, celui entre personnes de même sexe n'est à l'origine d'aucune espèce de « *dilemme* [...] *quasi-cornélien* »[348].

Mais surtout, alors que l'opposition de principe à la reconnaissance en France des mariages polygamiques relevait fondamentalement d'une dialectique de respect des droits fondamentaux (principe d'égalité, de non-discrimination en raison du sexe, voire de respect de la dignité), aucune atteinte à ces droits ne peut être dénoncée dans le mariage entre personnes de même sexe. Au contraire, c'est non seulement le principe d'égalité indifféremment à l'orientation sexuelle qui serait ainsi concrètement mis en œuvre puisque les couples mariés homo et hétérosexuels seraient également considérés, mais également celui du respect de la vie familiale[349].

En outre, à défaut de fondement tiré de la protection d'un droit fondamental, il serait aujourd'hui singulier d'opposer à la reconnaissance de ces mariages un ordre essentiellement moral : la détermination actuelle de l'ordre public français en matière internationale tend à

346. À propos de l'admission d'effets en France d'un mariage polygamique, B. BOURDELOIS rappelle ainsi l'existence d'un contexte historique qui a « *sans doute été décisif pour surmonter les difficultés idéologiques posées par la polygamie* » ; il s'agit notamment des reconnaissances passées de la polygamie dans les colonies, et de l'expérience de magistrats français ayant exercé là où la polygamie existe, notamment outre-mer (*op. cit.*, pp. 15-17).

347. B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 14. C'est cette même conception inégalitaire des rapports entre époux qui avait conduit la Cour de cassation, dans une série d'arrêts, à refuser de reconnaître en France un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari (*cf.* par exemple Cass. civ. 1re, 1er juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 103, note DEPREZ). Dans un arrêt du 3 juillet 2001, la Cour semble cependant être revenue sur sa jurisprudence en considérant que « *la conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari* », dès lors que certaines conditions procédurales ont été remplies et que des avantages financiers sont garantis à l'épouse (Cass. civ. 1re, 3 juillet 2001, *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 3378, note M.-L. NIBOYET).

348. *Cf.* à propos du mariage polygamique, B. BOURDELOIS, *op. cit.*, no 11, p. 15 : ce dilemme se jouait entre, d'un côté, un encouragement à la transplantation du patriarcat en France et de l'autre, l'« *irréalisme* » consistant à nier l'existence d'une situation juridique étrangère. *Cf.* également par rapport à la dénonciation du « *caractère discriminatoire* » du divorce par répudiation unilatérale (M.-L. NIBOYET, *op. cit.*).

349. Même si jusqu'à ce jour la Cour européenne des Droits de l'Homme n'a certes pas accepté de retenir l'existence d'une vie familiale concernant un couple de même sexe, rien n'interdit à la France d'aller au-delà de cette interprétation restrictive.

s'inspirer avant tout de ces valeurs proclamées par les grands textes internationaux[350]. L'invocation d'un ordre public à l'encontre de la reconnaissance du mariage conclu entre des personnes de même sexe apparaîtrait donc aujourd'hui en contradiction avec l'esprit même de ce mouvement : non seulement cela impliquerait la mise en œuvre d'un ordre moral, mais, à l'inverse, une inégalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples mariés hétérosexuels et homosexuels serait consacrée ; ce alors que les textes internationaux tels que la CEDH ou désormais la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, prohibent expressément de telles discriminations.

Enfin, même du point de vue de la morale présente, il apparaît discutable d'affirmer que l'union maritale de deux personnes de même sexe heurterait nécessairement l'ordre public au sens où l'entend classiquement le droit international privé, c'est-à-dire en substance « *les valeurs que le juge du for considère comme intangibles* »[351]. Si aujourd'hui le mariage entre frère et sœur, entre ascendant et descendant, celui des enfants en bas âge ou l'union forcée contrarient indéniablement ces « *valeurs* », en revanche, la question peut être sérieusement discutée concernant l'identité de sexe des conjoints[352]. Affirmer que le mariage entre personnes de même sexe « *heurte les principes fondamentaux de la société française* »[353] ou que la différence de sexe des conjoints serait « *réputée* » d'ordre public n'apparaît ni suffisant, ni surtout pertinent. La reconnaissance légale de l'accès indifférencié des couples hétéro ou homosexuels aux statuts du concubinage et du PaCS[354], et surtout le caractère discutable en droit de la présentation du mariage civil comme nécessairement hétérosexuel, interrogent en effet aujourd'hui l'idée selon laquelle la différence de sexe des conjoints constituerait un principe fondamental de la société française. En outre, conformément au principe d'actualité de l'ordre public exigeant que sa définition dépende dans une large mesure de l'opinion prévalant au moment où la question est étudiée (et non pas de la propre réaction du juge), aujourd'hui, l'hétérosexualité du couple n'apparaît pas comme d'ordre public[355].

- *De la nécessité d'atténuer l'ordre public*

Tout comme il s'est avéré nécessaire de reconnaître le principe de l'effectivité en France de mariages polygamiques régulièrement célébrés à l'étranger, une exigence identique peut être formulée à propos d'un mariage régulièrement célébré à l'étranger entre deux individus de même sexe. Alors que le refus de reconnaître la polygamie en France pouvait notamment s'analyser comme « *une position irréaliste qui veut nier l'effectivité d'une situation*

350. Sur les détails de ce constat, *cf.* P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997, 1 ; dressant un constat identique, mais dénonçant dans ce mouvement un « *bouleversement des fondements de l'ordre public* », *cf.* H. FULCHIRON, « La séparation du couple en droit international privé », *Les Petites Affiches*, 28 mars 2001, nº 62, nº spécial *Actualité du droit international privé de la famille*, pp. 4-14, spéc. pp. 7-8.

351. *Juris-Classeur Droit international*, fascicule 534-1, « Notion d'ordre public et exception d'ordre public en droit international privé français », par M.-N. JOBARD-BACHELIER et G. de La PRADELLE, nº 12.

352. Inspiré du mariage, le statut du PaCS est ainsi passé outre la condition de différence de sexe des membres du couple, mais pas l'âge (les partenaires doivent être majeurs : article 515-1 C. civ.), ni le lien de parenté étroit (il ne peut y avoir de PaCS entre ascendant et descendant en ligne directe, ainsi qu'entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus : article 515-2, 1re C. civ.), ni encore le consentement obtenu par violence (en tant que contrat, le PaCS est soumis au droit commun des obligations).

353. Selon B. BOURDELOIS, *op. cit.*, nº 460, p. 373.

354. Comme le note très justement H. FULCHIRON (*op. cit.*, p. 6), « *il est clair qu'en la matière* [à propos de la reconnaissance des effets du concubinage en droit international privé] *l'ordre public s'est effondré dès lors que la France, à son tour, organisé un statut juridique du couple hors mariage, couple homosexuel et couple hétérosexuel* ».

355. En mai 2004, à la question « *Pensez-vous que les couples homosexuels devraient avoir le droit de se marier* », 64 % des Français répondent « oui » – sondage IFOP/*ELLE*.

juridique étrangère »[356], celui des mariages entre personnes de même sexe souffrirait du même reproche. Dans cette dernière hypothèse également, le droit français n'a pas non plus ni le rôle, ni la capacité de s'ériger en « *redresseur de torts vis-à-vis du législateur étranger en lui dictant le modèle familial qu'il doit adopter* » : le voudrait-il qu'il échouerait nécessairement faute d'une emprise réelle sur lui[357]. À l'inverse, appelée, cautionnée par la doctrine et mise en œuvre au sujet de la polygamie, la prise en compte des « *réalités sociologiques* » dans la détermination de notre ordre public, trouve ici une nouvelle occasion de se manifester et de se renforcer : en confortant ce mouvement, la reconnaissance de principe des mariages entre individus de même sexe participe à la construction de cette « *théorie sociologique de l'ordre public* » excluant toute confrontation abstraite des droits en présence et appelant à considérer également l'état des mentalités.

En outre, vis-à-vis des couples de même sexe, la nécessité d'une telle reconnaissance s'ancre concrètement en dehors de toute question de différence de civilisation ou de culture entre la France et par exemple la Belgique ou l'Espagne. Au contraire, notre communauté économique, sociale et désormais également de valeurs au sein de l'Union européenne, plaide en faveur d'une atténuation de l'ordre public interne, au nom du respect des principes de non-discrimination et de libre circulation des personnes. Si celle-ci ne devait pas se réaliser spontanément, on peut envisager qu'elle soit commandée à l'ordre juridique notamment par les juridictions européennes.

Le droit communautaire dispose au bénéfice du travailleur ressortissant de l'Union installé dans un autre État membre, qu'il ne peut être « *traité différemment des travailleurs nationaux* » dans son emploi[358], et qu'il doit bénéficier « *des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs nationaux* »[359]. Or le refus de reconnaître le mariage du travailleur néerlandais régulièrement contracté avec un compatriote du même sexe, et par suite de conférer les différents droits et avantages normalement attachés à ce statut par le droit français du travail, mais également en matière fiscale et sociale, peut être retenu comme une atteinte à la liberté de circulation. De plus, ce refus de considérer l'existence dans cette hypothèse d'un mariage peut également être retenu comme constitutif d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle visée par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : parmi ces ressortissants communautaires, seuls ceux mariés à une personne du même sexe seraient ainsi privés de ces droits.

La perspective de subir la discrimination précédemment envisagée est en mesure de dissuader une personne mariée à une autre du même sexe aux Pays-Bas en Belgique ou en Espagne, de se rendre en France afin d'y exercer une activité professionnelle, alors qu'elle bénéficierait en demeurant dans son État d'origine de l'ensemble des droits attachés à son statut civil. Plus spécifiquement, le droit européen dispose au bénéfice des travailleurs actifs – mais également de ceux ayant cessé leur activité professionnelle, des étudiants, et plus généralement des ressortissants de l'Union ne relevant pas d'une de ces catégories – que l'État membre dans lequel s'installe un ressortissant de l'Union, doit en principe accorder un droit de séjour au « *conjoint* » non communautaire, en vertu de son « *droit de s'installer*

356. B. BOURDELOIS, *op. cit*, nº 11, p. 15.

357. *Cf.* B. BOURDELOIS à propos du mariage polygamique (*op. cit.*, p. 15) ; *cf.* plus spécialement J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *Recueil des cours. Académie de droit international*, 1988, IV, tome 211, spéc. pp. 217 et s.

358. Article 7-1 du règlement CEE 1612/68, *op. cit.* : cette exigence concerne « *toutes conditions d'emploi et de travail* ».

359. Article 7-2 du règlement CEE 1612-68, *op. cit.*

dans un autre État membre avec le titulaire du droit de séjour »[360]. Or l'effectivité de ce droit serait explicitement mise en cause dès lors que la France refuserait de reconnaître l'existence d'un lien marital entre des individus de même sexe, et donc la qualité de « *conjoint* » visée par ces textes. Prenons l'exemple d'un couple américano-néerlandais, marié aux Pays-Bas, et dont le conjoint néerlandais vient s'installer en France : son conjoint américain pourra se voir refuser le droit de le rejoindre en cette qualité. Mais un tel refus ne serait-il pas voué à une condamnation par les juridictions européennes ?

Concernant cette seconde hypothèse, différents points doivent être étudiés. Tout d'abord, il s'agit de déterminer si pour le juge européen, un couple de même sexe régulièrement marié dans un État de l'Union est susceptible de recouper la catégorie « *conjoint* » visée par les différentes directives. Dans l'affirmative, l'État qui refuserait au conjoint de même sexe de s'installer sur son territoire pourrait-il néanmoins valablement invoquer l'ordre public afin de justifier cette restriction de sa liberté de circulation ?

Sur le premier point, malgré l'absence de jurisprudence tranchant spécifiquement cette question, la jurisprudence traditionnelle de la CJCE à propos de la notion de conjoint visée par les directives, permet cependant de retenir cette qualification à l'égard d'époux de même sexe.

Pourtant, la jurisprudence récente de la CJCE ne permettrait pas, *a priori*, d'envisager la reconnaissance de l'existence d'un mariage entre deux individus de même sexe. Dans un arrêt D. *et Royaume de Suède c./Conseil de l'Union européenne* du 31 mai 2001, la Cour a en effet considéré qu'« *il est constant que le terme de "mariage", selon la définition communément admise par les États membres, vise une union entre deux personnes de sexe différent* »[361]. Mais la Cour de justice a retenu cette définition dans un contexte bien spécifique : celui de la reconnaissance au profit des couples de même sexe unis par un partenariat enregistré, des droits reconnus par les textes européens aux seuls « *fonctionnaires mariés* »[362]. Or ici l'interrogation est d'autre nature : dans notre hypothèse, il ne s'agit pas de pallier l'impossibilité d'accéder à cette qualité résultant de celle de se marier (en invoquant l'assimilation du concubinage ou du partenariat de même sexe à un mariage[363]), mais de faire valoir la qualité de « *conjoint* » explicitement acquise aux termes de la législation d'un État membre. La question est posée en référence aux lois des Pays-Bas, de la

360. *Cf.* article 10-1 a) du règlement CEE 1612/28 du 15 octobre 1958 du Conseil des Communautés européennes relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*JOCE* nº L 257, 19 octobre 1968) ; directive 68/360 du 15 octobre 1968 du Conseil des Communautés européennes relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (*JOCE* nº L 257, 19 octobre 1968) ; article 2 a) de la directive 90/364 du 28 juin 1990 du Conseil des Communautés européennes relative au droit de séjour (*JOCE* nº L 180, 13 juillet 1990) ; article 2 a) de la directive 90/365 du Conseil des Communautés européennes relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (*JOCE* nº L 180, 13 juillet 1990) ; article 1er de la directive 93/96/CEE du Conseil des Communautés européennes relative au droit de séjour des étudiants (*JOCE* nº L 317, 18 décembre 1993).

361. *D. et Royaume de Suède c./Conseil de l'Union européenne*, aff. jointes C-122/99 P et C-125/99 P, 31 mai 2001, *Rec.* I -4342, § 34 ; *Europe* 2001, nº 213, obs. D. SIMON ; C. NOURISSAT, A. DEVERS, « Le partenariat homosexuel devant la Cour de justice des Communautés européennes », *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 3380.

362. En l'espèce, un ressortissant suédois fonctionnaire de l'Union européenne, demandait que le partenariat par lequel il était engagé avec un compagnon de même sexe, soit assimilé à un mariage afin d'obtenir le bénéfice de l'allocation foyer consentie au « *fonctionnaire marié* » (article 1er, § 2, 2°, a) de l'annexe VII du statut des fonctionnaires des Communautés européennes).

363. Sur cette question spécifique, *cf.* H.U.J. d'OLIVEIRA, « Lesbian and Gays and the Freedom of Movement of Persons », in *Homosexuality : A European Community Issue*, *op. cit.*, pp. 289-316. B. GUIGUET, « Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe », *Cahiers de droit européen* 1999, nº 5-6, pp. 537-567.

Belgique et de l'Espagne qui disposent désormais du mariage des couples de même sexe, exactement au même titre que celui des couples de sexe différent. Les termes de la problématique sont donc nouveaux : il s'agit de la reconnaissance de la qualité de « *conjoints* », mais également de « *fonctionnaire marié* », à propos d'un couple de même sexe officiellement marié, officiellement considéré comme tel par la loi de son pays, strictement dans les mêmes conditions que pourrait l'être un couple de sexe différent.

Dans ces conditions, cette définition donnée dans le cadre d'une demande d'assimilation – laquelle impliquerait pour la Cour qu'elle contrarie la distinction justement opérée par tous les États membres entre ces statuts et celui du mariage – n'a pas vocation à préjuger d'un refus par la Cour de reconnaître cette fois la qualité de conjoints à un couple de même sexe légalement marié.

D'autant que la conception exclusivement formelle du mariage traditionnellement retenue par la CJCE afin de reconnaître la qualité de conjoint induit logiquement une telle reconnaissance. Pour la Cour en effet, cette qualité résulte uniquement des liens légaux du mariage, peu important que dans les faits les conjoints ne vivent pas ensemble de manière permanente[364]. Dans cette perspective, il est permis d'envisager qu'elle se contentera de constater l'existence d'un mariage légalement conclu, indifféremment à la similitude de sexe des époux.

Mais ne pourrait-on néanmoins pas craindre que la méthode d'interprétation traditionnellement retenue par les juridictions ne permette pas aujourd'hui à la Cour de reconnaître des conjoints en présence d'un couple marié de même sexe ? En effet, en l'absence de renvoi exprès au droit national, l'interprétation du droit communautaire est en principe autonome et celle-ci repose non sur la prise en compte de la situation dans un État, mais sur un examen de l'ensemble de la situation communautaire[365]. Au terme de ce raisonnement, compte tenu de l'état des législations des États de l'Union, le mariage pourrait donc ne pas être défini par la CJCE comme comprenant également l'union de deux personnes de même sexe.

Le recours à cette méthode d'interprétation est soumis à la condition exprès que la notion concernée soit prévue par un texte communautaire[366]. Or, dans les textes concernés, il est uniquement fait référence à la notion de conjoint, pas à celle de mariage. En principe, cela devrait impliquer que l'interprétation portât exclusivement sur le premier terme ; il ne serait pas conforme à la jurisprudence traditionnelle de prétendre dans un deuxième temps interpréter la notion mariage. Dès lors, si comme l'a jugé la Cour de justice, l'expression « *conjoint* » visée par les textes communautaires exige l'existence formelle de liens du mariage, les liens institués par le droit néerlandais concernant cette union de personnes de même sexe étant explicitement de cette nature, il apparaît qu'en vertu de cette jurisprudence, cette qualité pourrait être reconnue à l'égard de personnes de même sexe.

364. *Aissatou Diatta c./Land Berlin*, aff. 267/83, 13 février 1985, *Rec.* p. 574.

365. Principe rappelé par l'avocat général J. MISCHO dans ses conclusions dans l'affaire D. *et Royaume de Suède c./Conseil de l'Union européenne* (*op. cit.* note 669) présentées le 22 février 2001, *Rec.* I-4322, § 41 et s.

366. *Cf.* les conclusions de l'avocat général J. MISCHO *op. cit.*, § 41 : « *La seule condition du recours à cette méthode* [...] *tient à ce que la notion soit prévue par un règlement, le raisonnement de la Cour étant basé sur les caractéristiques propres d'un règlement* ».

Mais surtout, l'Union européenne désigne comme un droit fondamental celui « *de se marier et de fonder une famille* » et énonce que ces droits « *sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* »[367]. Or, selon les explications établies par le bureau de la Convention, « *cet article n'interdit, ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des unions entre personnes du même sexe. Ce droit est donc semblable à celui prévu par la CEDH,* mais sa portée peut être plus étendue lorsque la législation nationale le prévoit »[368]. Dans ces conditions, il paraît loisible aux juridictions européennes de retenir l'existence d'un mariage entre personnes de même sexe et ce malgré, d'une part, l'absence d'un consensus en ce sens dans les législations des États membres, dès lors que le justiciable est ressortissant d'un État permettant cette union maritale et, d'autre part, en dépit de la définition restreinte à l'hétérosexualité retenue par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Elles semblent disposer en ce domaine d'une importante marge de manœuvre afin d'assurer le respect et l'effectivité dans l'Union du droit de se marier conféré par un état membre.

Dans l'hypothèse où aucun obstacle ne serait relevé afin de retenir la qualité de conjoints à l'égard des couples mariés de même sexe, les États, dont la France, seraient en principe tenus de répondre favorablement à l'installation sur leur territoire du conjoint de même sexe d'un ressortissant de l'Union. Car bien que selon la directive 64/221, les États puissent s'opposer notamment « *pour des raisons d'ordre public* », à l'entrée sur le territoire, à la délivrance ou au renouvellement du titre de séjour (article 2), de tout ressortissant de l'Union, mais également de son « *conjoint* » et « *des membres de sa famille* » (article 1er-2)[369], la présente notion d'ordre public ne pourrait pas non plus être valablement invoquée à l'encontre d'un conjoint de même sexe. En effet, les mesures prises sur ce fondement ne peuvent être « *exclusivement* » inspirées que par « *le comportement personnel* » de celui qui en fait l'objet (article 3-1), ce qui ne peut raisonnablement concerner *in abstracto*, un individu en raison de sa qualité d'époux de même sexe ou de son orientation sexuelle.

- *Ordre public et admission des effets du mariage*

En dehors de l'admission de la validité du mariage, l'ordre public intervient également à l'occasion de chacun de ses effets. Invoqué au cas par cas, il s'agit d'apprécier l'opportunité de mettre en œuvre en l'espèce la loi compétente, compte tenu de l'ordre social[370], l'objectif étant d'« *éviter sur notre territoire des situations jugées choquantes* » ou « *par trop inadmissibles* »[371]. La jurisprudence à propos de la polygamie confirme cette traditionnelle appréciation *in concreto* d'une situation inadmissible ou choquante liée non pas à cette union en tant que telle, mais aux conséquences in situ résultant de la mise en œuvre du droit considéré ; ainsi, s'agissant de l'obligation de cohabitation des époux, celle-ci n'est

367. Article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *op. cit.*

368. Doc. charte 4473/1/00 REV 1 CONVENT 49 du 19 octobre 2000, explication de l'article 9 de la charte, http://www.europarl.eu.int/charter/convent49_fr.htm. Bien que n'ayant aucune valeur juridique, selon leurs auteurs, ces explications peuvent néanmoins être considérées afin d'« *éclairer les dispositions de la charte* ».

369. Directive 64/221 du 25 février 1964 du Conseil de la Communauté économique européenne pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiés par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE* nº L 86, 4 avril 1964.

370. Ce n'est donc plus l'admission du mariage qui est confrontée à l'ordre public, mais les effets qu'elle implique à la suite de la mise en œuvre de la loi compétente (*cf.* B. BOURDELOIS, *op. cit.*, nº 462, p. 374).

371. J. MESTRE, *op. cit.*, nº 182 et 185.

considérée comme contraire à l'ordre public que dans la mesure où elle ne s'exécute pas volontairement[372].

Cela étant, des considérations similaires pourraient-elles s'opposer à la mise en œuvre de la loi désignée par la règle de conflit à propos de conjoints de même sexe ? Comme à propos du mariage polygamique, la casuistique et la variabilité du concept d'ordre public ne permettent pas de déterminer quels sont les effets de ce mariage qui seront ainsi écartés. Dans la mesure où il s'agira pour le juge de se prononcer sur l'opportunité de permettre à un mariage entre personnes de même sexe de produire des effets, on remarquera seulement qu'il ne serait pas logique d'invoquer le seul risque pour l'ordre public pris du fait que le droit français du mariage ne permette pas une telle union. En effet, accepter de conférer des effets à ce mariage suppose qu'aient été préalablement écartées ces considérations d'ordre public afin de raisonner dans la catégorie mariage.

Dans cette configuration, la reconnaissance de principe en France, par le jeu de l'atténuation de l'ordre public, de mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger apparaît à la portée du juge français. Corollairement, cette perspective du droit international privé contrarie un peu plus l'idée selon laquelle une telle union entre deux hommes ou deux femmes serait impossible en raison d'une nature hétérosexuelle du mariage civil : le raisonnement juridique est en effet en mesure de démontrer que, à l'inverse, notre droit civil n'est pas lié par cette doctrine.

Les conséquences du refus de reconnaissance du mariage conclu entre personnes de même sexe

Il s'agit d'envisager ici concrètement la situation dans laquelle un français qui a épousé par exemple aux Pays-Bas un Néerlandais, ou un couple de Français(es) de même sexe marié dans cet État en vertu de la loi néerlandaise, demanderaient en France la pleine reconnaissance de leur union. C'est en effet légalement qu'un(e) français(e) peut se marier aux Pays-Bas avec un(e) néerlandais(e) de même sexe, ou que deux Français(es), dont l'un(e) au moins a élu domicile et réside habituellement aux Pays-Bas, peuvent s'y marier. Car à la différence du droit français, la règle de conflit de cet État en matière de mariage n'exige pas que la loi personnelle de/des époux permette également le mariage dont la célébration est demandée ; inspirée par la volonté de favoriser le mariage, la loi de cet État admet de célébrer le mariage des futurs époux qui répondent tous deux aux conditions posées par la seule loi néerlandaise, indifféremment à leur loi personnelle, dès lors qu'au moins l'un des futurs conjoint a la nationalité néerlandaise ou, s'ils sont tous deux étrangers, qu'au moins l'un d'entre eux a sa résidence habituelle aux Pays-Bas[373].

Le refus du droit français de qualifier cette union de mariage, associé à l'impossibilité – dans le prolongement de la solution traditionnelle – de bénéficier de l'atténuation de l'ordre public en raison d'un statut personnel ne permettant pas la conclusion d'un mariage entre deux

372. Ceci résulte de la mise en parallèle d'un jugement considérant en l'espèce les effets cette obligation contraire à l'ordre public (TGI Versailles, 31 mars 1965, *Gaz. Pal.* 1965, 2, 278) et d'un arrêt du Conseil d'État qui retient que la cohabitation volontaire des épouses avec le mari n'est pas contraire à l'ordre public (CE, Ass., 11 juillet 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, 658, note J.-M. BISCHOFF) ; comme le précise P. MAYER, « [...] *ce n'est pas l'effet du second mariage qui est en soi choquant, puisque l'obligation de cohabiter est aussi imposée par la loi française et qu'elle est même d'ordre public ; c'est la situation résultant de la validation de deux mariages qui est inadmissible* » (*Droit international privé*, *op. cit.*, n° 575, p. 370).

373. *'Wet Conflictenrecht Huwelijk'* (WCH), 7 septembre 1989, article 2. La notion de résidence habituelle *(verblijfplaats)* vise un endroit où la personne est présente physiquement, de façon régulière, pour un certain temps, et qui constitue le centre de ses activités sociales.

individus de même sexe, font craindre que soit adoptée, dans un premier temps, une position niant l'existence de ce lien marital dans notre ordre juridique[374]. Or, comme le reconnaît H. FULCHIRON – après avoir estimé « *douteuse* » (à propos du mariage conclu entre deux Néerlandais), voire « *impossible* » (dans les autres cas) la réception en France du mariage entre personnes de même sexe – « *il faut être conscient que rejeter* [ce mariage] [...] *risque dans bien des cas de conduire à des impasses ou des injustices* »[375].

En effet, ce couple n'étant pas considéré comme marié, dans une première hypothèse, ses droits et devoirs, ainsi que les relations entre ses membres, seront peut être appréhendés par le juge français dans le cadre du statut du concubinage, c'est-à-dire dans des conditions minimalistes. Au mieux, considérant l'existence d'un lien de droit, il pourrait décider de régler la question posée dans le cadre du statut du PaCS. Mais là encore, compte tenu des particularités du régime du PaCS et de son domaine bien plus restreint par rapport au statut du mariage, ce traitement ne correspondrait nullement à celui auquel ce couple pourrait prétendre en vertu du droit néerlandais ou français du mariage.

Dans la mesure où, concernant le mariage des couples de même sexe, la jurisprudence décide de mettre en œuvre la condition tenant au statut personnel des contractants, les mariages notamment entre un français et un ressortissant d'un État permettant ce mariage ou entre Français dont l'un au moins est domicilié aux Pays-Bas ou en Espagne, seront en substance à nouveau victimes de ce qu'en France, le mariage civil est aujourd'hui réservé aux couples hétérosexuels.

Dans cette situation, l'admission en France de l'égal accès des couples de même sexe au statut du mariage permettrait également, de manière plus générale, de se prémunir, sinon de résoudre, toutes les difficultés susceptibles d'être rencontrées en droit international privé, succinctement répertoriées ici.

374. Dans la mesure où la jurisprudence n'accepterait pas d'atténuer l'ordre public à l'égard des couples de même sexe régulièrement mariés à l'étranger, dont les statuts personnels prévoient ce type de mariage, les développements ci-après les concernent également.

375. H. FULCHIRON, « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *op. cit.*, p. 1631.

Partie III

LA VIE FAMILIALE ET LA FILIATION

Aux côtés de la vie en couple, la constitution d'une famille par la création d'un lien de filiation constitue l'autre domaine du droit dans lequel la question de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement apparaît devoir être posée. Le terme homoparentalité recouvre des réalités très diverses : il peut s'agir tantôt de la situation du parent homosexuel qui a un enfant issu d'une précédente vie en couple hétérosexuel, tantôt de la vie d'un enfant dans une famille recomposée avec une personne de même sexe, tantôt d'un projet d'adoption par un individu ou par un couple homosexuel, ou bien encore, par exemple, du souhait d'un couple de lesbiennes de bénéficier d'une insémination artificielle ou, pour un couple gay, de recourir à une mère de substitution, afin de créer une famille.

Du point de vue du droit, ces différentes situations peuvent être regroupées sous deux interrogations : d'une part celle de la création d'un lien de filiation à l'égard d'un individu ou d'un couple (filiation proprement dite) et, d'autre part, celle du respect des droits de l'individu (ou des individus) titulaire de la qualité juridique de parent (autorité parentale).

Ce faisant, il convient de préciser que nous n'accordons pas à cette distinction, la signification particulière que lui attache actuellement la doctrine majoritaire. En effet, si celle-ci ne voit désormais que peu d'obstacles au respect des droits du parent indifféremment à son homosexualité, elle s'oppose en revanche à l'établissement d'un lien de filiation, considérant que la reconnaissance des effets d'un lien de filiation existant, d'une part, et la création d'un tel lien, d'autre part, supposent des approches fondamentalement différentes. Dans nos développements au contraire, sans présupposer une telle distinction, nous nous contenterons de reprendre la distinction logique, chronologique, traditionnellement opérée par le C. civ., en étudiant successivement les conditions d'établissement d'un lien de filiation, puis l'exercice des droits attachés.

Conformément à cette approche classique, nous étudierons donc successivement, la nature et la pertinence des obstacles juridiques s'opposant, ou susceptibles de s'opposer, à l'établissement d'un lien de filiation compte tenu de l'homosexualité d'un individu ou du couple, puis le respect des droits du parent titulaire de l'autorité parentale (et de son éventuel élargissement au partenaire de même sexe).

L'établissement d'un lien de filiation

S'agissant d'établir un lien légal de filiation, l'homosexualité demeure dans notre droit un obstacle. Si cette situation découle pour partie des dispositions d'un droit civil ancien, elle résulte également de la jurisprudence et de la position des pouvoirs publics. Ainsi, en matière d'adoption par exemple, ce serait à bon droit que la circonstance de l'homosexualité motiverait une différence de traitement, le gouvernement ayant par ailleurs exprimé son intention de ne pas établir l'égalité de traitement. En outre, la doctrine des professeurs de droit de la famille adhère majoritairement à cette idée.

Dans un premier temps, une telle unanimité en faveur de la restriction des droits, pourrait laisser croire en sa légitimité objective. Mais de nombreux éléments contrarient cette première impression. Certains États, notamment en Europe, se sont engagés dans cette voie, ce qui aujourd'hui ne manque pas d'interpeller notre ordre juridique.

Ainsi, le Parlement européen a pour sa part explicitement condamné tout traitement moins favorable concernant la filiation, fondé sur l'orientation sexuelle. Dans une résolution adoptée le 8 février 1994, il a invité la Commission à présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes, afin notamment de mettre un terme à « *toute restriction* [à leur] *droit* [...] *d'être parent ou bien d'adopter ou d'élever des enfants* »[1]. Bien que cette recommandation n'ait pas abouti, le principe demeure : pour les parlementaires européens, toute atteinte portée au droit de tout individu, fût-il homosexuel, de devenir parent constitue une discrimination illégitime qui doit être combattue. En mars 2000, dans une résolution sur le rapport annuel à propos du respect des droits humains dans l'Union européenne, le Parlement a réitéré à l'égard des États membres son exigence qu'ils « *garanti* [ssent] *notamment à l'égard des couples de même sexe, l'égalité des droits par rapport aux couples et aux familles traditionnelles* »[2] ; constatant que « *des citoyens européens continuent de souffrir, en particulier dans leur vie personnelle* [...], *de discriminations ou de préjudices du fait de leur orientation sexuelle, les parlementaires demande* [nt] *en conséquence aux États membres ainsi qu'aux institutions européennes concernées, de porter rapidement remède à ces situations* »[3].

Par ailleurs, la décision rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme du 21 décembre 1999 dans l'affaire *Salguiero DA SILVA MOUTA c./Portugal*[4] a une incidence sur l'ensemble des discriminations motivées par l'homosexualité en matière de filiation[5]. En effet, s'opposant à toute justification permettant le refus d'attribution de l'autorité parentale fondée sur l'homosexualité du parent (en l'espèce de fixer chez lui la résidence habituelle de l'enfant), cette décision protège la relation filiale déjà établie entre un parent homosexuel et son enfant. Ainsi, la Cour européenne entend sanctionner les juges portugais qui avaient retenu qu'« *un environnement de cette nature* [le père, "*qui s'assume homosexuel*", vit avec un autre homme] *est le plus sain et adéquat au développement moral, social et mental d'un enfant* [...] *un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales* »[6].

Parmi nos partenaires de l'Union européenne, certains États ont d'ores et déjà modifié leur législation afin de réaliser l'égalité de traitement concernant l'adoption de l'enfant de l'autre par le partenaire de même sexe et l'adoption conjointe par un couple de même sexe, d'autres débattent de projets en ce sens. En outre, les États européens ne sont pas les seuls à s'être engagés dans la réalisation d'une égalité réelle de traitement sur ce thème. Depuis quelques années dans différents États des États-Unis, la jurisprudence reconnaît indifféremment aux couples de même sexe, le droit du partenaire d'adopter l'enfant dont l'autre est le parent biologique ou adoptif (second-parent adoption). Ce droit est même désormais garanti entre autres par les États du Vermont et du Connecticut. Par ailleurs, le droit des couples de même sexe d'adopter conjointement un enfant a également été reconnu par des nombreux tribunaux.

1. Résolution du Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté, 8 février 1994, *op. cit*.

2. Résolution du 16 mars 2000 sur le rapport annuel sur le respect des droits humains dans l'Union européenne *(1998 et 1999)*, nº A5-0050/2000, point nº 56.

3. Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel sur le respect des droits humains dans l'Union européenne (1998 et 1999), *op. cit.* point nº 58.

4. CEDH, *Salguiero DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, Req. nº 33290/96, http://www.echr.coe.int/hudoc ; *JCP* 2000, I, 203, nº 11, *Chron.* F. SUDRE ; *RTD Civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

5. *Contre* : P. MURAT, « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam.* avril 2000, nº 8, p. 4.

6. *Tribunal da Relação* de Lisbonne, 9 janvier 1996, reproduit dans la décision de la CEDH.

Face à cette situation, certains auteurs arguent que « *comparaison n'est pas raison* »[7]. Il reste que sur le plan juridique, ces différents événements incitent fortement notre droit à évoluer. D'une manière générale tout d'abord, notre législation ne peut demeurer imperméable aux évolutions consacrées dans d'autres États attachés aux mêmes valeurs de respect des droits de l'individu et de non-discrimination. De plus, notre droit contemporain de la famille est déjà très largement investi par le droit d'autres pays européens, sous l'impulsion desquels il évolue. Plutôt qu'un réflexe de repli, ce thème appelle donc aujourd'hui, au minimum, l'ouverture d'un débat quant à la pertinence des différences de traitement motivées par l'homosexualité dans l'accès aux modes de création et d'établissement d'un lien légal de filiation. Mais surtout, *de facto*, notre droit civil de la famille se trouve d'ores et déjà au cœur de ces thèmes. En effet, la consécration par d'autres États notamment de l'égalité d'accès à l'adoption conjointe, indifféremment à la différence ou à l'identité de sexe des adoptants, pose la question des effets en France d'une adoption conjointe prononcée dans l'un de ces États au bénéfice d'un couple de même sexe.

S'agissant donc de maintenir des traitements différents, la question doit être posée dans un cadre précis : celui des principes d'égalité et de non-discrimination. Or, au regard du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, en matière d'adoption ou d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée, de tels traitements sont en principe interdits. C'est en ce sens que le Parlement européen s'est prononcé en 1994. Ce n'est que dans un second temps qu'il conviendrait d'envisager si cette discrimination pourrait cependant être retenue comme légitime, c'est-à-dire admise, à condition qu'il existe une justification objective et raisonnable à la différence de traitement fondée sur ce critère prohibé. C'est sur ce modèle de raisonnement qu'il conviendra, après avoir répertorié les domaines du droit de la filiation dans lesquels apparaît un traitement moins favorable en raison de l'orientation sexuelle, de s'interroger sur le caractère justifié de ces différences de traitements.

Les traitements différents au regard de l'homosexualité

Il convient d'envisager successivement les différents mécanismes juridiques desquels peut résulter l'établissement d'un lien légal de filiation. Ainsi, aux côtés de l'adoption et de l'accès aux techniques de procréation assistée, la question des droits du partenaire de même sexe à l'égard de l'enfant de l'autre doit également être appréhendée.

7. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Faut-il réformer l'adoption ? », in *Perspectives de réformes en droit de la famille*, P. MURAT (sous la direction de), *Droit de la famille*, hors-série nº 12 bis, décembre 2000, nº 9, pp. 47-51, spéc. p. 48, à propos de l'adoption conjointe par un couple homosexuel.

CHAPITRE I

L'adoption

La filiation juridique consiste à rattacher, par le jeu de la volonté et l'intervention du juge, un individu à un ou deux autres, par un lien de droit. Le mécanisme de l'adoption s'inscrit dans le prolongement de cette logique : contrairement à ce qui est affirmé, ce n'est pas une filiation spécifique en ce qu'elle serait «*purement juridique*», par opposition à la filiation biologique. En effet, du point de vue du droit, tout lien de filiation repose sur une fiction au terme de laquelle un individu va être considéré comme parent, en principe indifféremment au fait qu'il ait ou non engendré l'enfant.

Depuis 1966, le droit civil distingue l'adoption plénière de l'adoption simple ; la première est caractérisée par la rupture qu'elle opère des liens de l'adopté d'avec sa famille d'origine : il est considéré comme ayant toujours été l'enfant légitime de la nouvelle. L'adoption simple, dont les conditions sont plus souples, créé quant à elle un nouveau lien de filiation, mais en conservant des liens entre l'adopté et sa famille d'origine. Toutes deux peuvent être en principe demandées soit par un seul individu, soit par un couple marié. Or au terme de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État, en dépit du silence de la loi, les célibataires homosexuels se voient refuser l'agrément préalable à une adoption plénière en raison de leur orientation sexuelle homosexuelle. Quant aux couples de même sexe, ils ne disposent pas légalement du droit de former une demande tendant à l'adoption conjointe, simple ou plénière, d'un enfant.

L'adoption par un seul individu

Aux termes du C. civ., un seul individu a la possibilité de demander une adoption simple ou plénière. C'est essentiellement à propos de cette dernière qu'aujourd'hui le contentieux et les débats se concentrent.

L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Ici, le traitement moins favorable du célibataire en raison de son homosexualité résulte du seul fait du juge. Au terme de l'article 343-1 du C. civ. introduit par la loi du 11 juillet 1966, une seule personne a la possibilité d'adopter plénièrement un enfant. L'unique condition légale concernant l'adoptant est qu'il soit âgé d'au moins 28 ans. Quant à la procédure d'adoption, elle se décompose en une phase administrative suivie d'une phase judiciaire au terme de laquelle l'adoption sera prononcée. La première étape consiste en l'agrément du candidat adoptant par le Conseil général, dont la décision est susceptible de recours devant les juridictions administratives.

En 1993, l'agrément aux fins d'adoption avait été refusé à un célibataire qui avait fait état au cours de l'enquête sociale de son orientation sexuelle homosexuelle, en raison de «*l'absence de référence maternelle constante*», ainsi que du «*choix de vie*» du demandeur. Après avoir été annulé en première instance[8], le refus d'agrément a finalement été validé par le Conseil d'État dans un arrêt de principe *Département de Paris c./M. FRETTÉ* du 9 octobre 1996[9]. Depuis, les juridictions administratives peuvent valider les refus d'agrément des services sociaux motivés par l'homosexualité du célibataire adoptant, homme ou femme[10]; les juges considèrent que «*eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines,* [le candidat à l'agrément] *ne présent*[e] *pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté*». Relayé par des juges du fond[11], les magistrats du Palais-Royal font donc de l'homosexualité – visée par les «*choix et conditions de vie*» – une circonstance justifiant de manière générale, *in abstracto,* le rejet de la demande d'agrément[12].

À première vue, cette jurisprudence s'inscrit dans le prolongement de celle déjà élaborée à propos du célibataire hétérosexuel. Selon cette dernière en effet, si le choix de ne pas mener une vie de couple – sous-entendu hétérosexuel – ne peut en soi toujours pas valablement motiver un refus d'agrément[13], en revanche, non seulement l'opposition de l'adoptante à la présence d'une «*image paternelle*»[14] peut légitimement fonder un refus, mais

8. TA Paris, 2e ch., 25 janvier 1995, *FRETTÉ c./Déprt de Paris*, *Dalloz* 1995, *Jur.* p. 647, note F. BOULANGER; *Les Petites Affiches*, nº 78, 30 juin 1995, p. 20, note Y. Plouvin, « Le célibataire de sexe masculin homosexuel et le désir d'enfant : le cas de l'agrément à l'adoption ».

9. CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 9 octobre 1996, *Département de Paris* (pourvoi c./TA Paris, 2e ch., 25 janvier 1995, *Fretté*, *op. cit.*), *Recueil Lebon* p. 391; *JCP* 1997, II, 22766, concl. C. Maugüe; *Dalloz* 1997, *Jur.* p. 117, note P. MALAURIE; *Le Quotidien Juridique*, nº 3, 9 janvier 1997, p. 5, note F. PELLISIER; *Les Petites Affiches*, nº 83, 11 juillet 1997, p. 32, note J. MASSIP; D. BORRILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996 », in *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, pp. 139-150.

10. CE 12 février 1997, 2 arrêts : *Mme PARODI* et *Mme BETTAN*, *DA* 1997, nº 230; *RFD adm.* 1997, 441.

11. Reprenant *in extenso* la motivation du Conseil d'État : CAA Nancy, formation plénière, 21 décembre 2000 (infirmation de TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *op. cit. infra*), *Dalloz* 2001, *IR* p. 283; *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 1575, note R. PIASTRA, « De l'adoption par une homosexuelle »; *RTD civ.* 2001, 346, obs. J. HAUSER : «*L'agrément aux fins d'adoption d'un pupille de l'État ne peut être accordé à une jeune femme homosexuelle dès lors que, eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, elle ne présente pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté*»; dans le même sens : CAA Douai, 1re ch., 26 octobre 2000, *MM. P. CARBONNIER et D. GALAT*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA,* vol. III, nº 97DA01790 : «*M – P. CARBONNIER et M. D. GALAT* [le recours contre le refus d'agrément opposé à P. CARBONNIER a été formé par les deux hommes]*, eu égard à leurs conditions de vie et malgré des qualités humaines certaines, ne présentaient pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté*»; le président du Conseil général du Nord avait rejeté la demande d'agrément aux fins d'adoption au motif que «*l'enfant adopté risquait d'être confronté à de grandes difficultés pour construire son identification sexuelle lors de sa structuration*»; CAA Lyon, formation plénière, 7 juillet 1999, *Melle LECHAILLER*, *AJDA* 1999, 1033, concl. A. BÉZARD.

12. En 1996, le Conseil d'État a considéré légitime le refus d'agrément pris en considération des «*choix de vie de l'intéressé*» et des «*conditions d'accueil qu'il* serait susceptible *d'apporter à un enfant*»; en 1997, il considère «*les choix de vie de l'intéressée* [qui] risqueraient *d'entraîner des difficultés psychologiques pour l'enfant adopté*»; en 1999 et en 2000, les cours administratives d'appel de Lyon, Douai et Nancy visent les «*conditions de vie*» de la célibataire lesbienne.

13. CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 24 avril 1992, *Déprt du Loiret c./Tissier*, *Rec.* 1992, 718; *RA* 1992, p. 328, note H. RUIZ-FABRI; *JCP* 1992, IV, 1847, note M.-C. ROUAULT; dans le même sens : CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 12 février 1997, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, vol. II, nº 170521.

14. CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 27 octobre 1995, *Déprt de Saône-et-Loire*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, vol. II, nº 161788, *a contrario* : le Conseil d'État confirme l'annulation du refus d'agrément notamment motivé par «*l'absence d'image paternelle*» dans le projet de l'adoptant; il retient en effet qu'il ressort au contraire des pièces du dossier, que la candidate «*n'est pas opposée à la présence d'un père au sein de la cellule familiale*».

également la simple « *absence* » de cette image dans le projet[15] ou bien encore le fait de ne pas la considérer comme « *indispensable* » pour l'enfant[16]. Mais au terme de cette lecture *contra legem* du C. civ. – la présence de deux personnes autour de l'adopté n'étant par définition justement pas requise –, l'homosexualité se trouve cependant à l'origine d'une objection particulière : cette circonstance est considérée par les magistrats comme impliquant *de facto* une « *absence d'image paternelle* » (ou d'image maternelle, selon le sexe de l'adoptant) afin de justifier par suite le refus d'agrément du célibataire[17]. C'est donc bien spécifiquement la circonstance de l'homosexualité du demandeur, et non sa seule qualité de célibataire, qui se trouve dans ce cas au fondement du refus. À la différence du célibataire hétérosexuel pour qui la carence de référent à l'autre sexe est appréciée *in concreto*, pour le célibataire homosexuel, elle est appréciée *in abstracto* : l'homosexualité impliquant en elle-même cette absence de référence. Au soutien de cette distinction, un magistrat avance ainsi que, dans le cas d'un parent célibataire hétérosexuel, le père ou la mère est simplement « *absent* », alors que dans le cas où il est homosexuel, *a fortiori* s'il vit en couple, l'autre parent de sexe différent serait « *nié* »[18].

Cette motivation institue une différence de traitement entre le célibataire hétérosexuel et le célibataire homosexuel au préjudice de ce dernier : par principe, il ne pourra en aucun cas espérer voir sa demande d'agrément accueillie. *A contrario,* l'hétérosexualité devient donc, de fait, une condition supplémentaire posée à l'adoption par un célibataire. À de très rares exceptions près[19], la doctrine salue cette jurisprudence[20] ; du moins elle n'y voit pas matière à critiques et l'entérine[21].

15. CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 18 février 1994, *Mme Francous*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, vol. II, nº 142912 ; *Recueil Lebon* 1994, 79 : « *Il ressort des pièces du dossier qu'en rejetant la demande d'agrément aux fins d'adoption par le double motif que le projet d'adoption de l'intéressée révélait une "absence d'image paternelle" et que l'enfant était moins désiré pour lui même que pour mettre fin à la solitude de l'intéressée* [...], *le président du Conseil général* [...] *qui ne s'est pas fondé sur la seule situation matrimoniale* [...] *n'a pas fait une inexacte application des dispositions légales réglementaires* [...] » ; *cf.* également : CAA Paris, 2e ch., 25 avril 1996, *département de Seine-Saint-Denis*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, vol. II, nº 95PA03481 : l'accueil d'un enfant adopté « *n'est pas compatible* » avec la « *conception de la vie* » de l'adoptante, « *en ce qu'elle voulait éviter de prendre le risque d'un échec d'une relation de couple et occultait ainsi pour l'enfant la fonction paternelle ou sa représentation* ».

16. CAA Paris, 3e ch., 26 janvier 1999, *département de Seine-et-Marne*, concl. M. Heers (deux arrêts), *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 174 : la Cour valide le refus d'agréer une célibataire motivée par le fait que « *si elle* [la demanderesse] *ne rejette pas l'idée de la présence paternelle, elle ne la considère pas comme indispensable dans l'éducation d'un enfant, ayant elle-même été élevée par sa mère seule* ».

17. Explicitement dans ce sens, *cf.* les conclusions de la commissaire du Gouvernement M. Heers ss. CAA Paris, 3e ch., 26 janvier 1999 (deux arrêts), *op. cit.* : le magistrat déduit en effet « [la] *position radicale* [du Conseil d'État] *sur l'homosexualité de personnes dont il reconnaît par ailleurs les qualités personnelles* [...] », de l'exigence actuelle « *qu'on* [n']*occulte pas* [à l'enfant] *l'image des deux sexes et les fonctions respectives du père et de la mère* ».

18. *Cf.* dans ce sens les conclusions du commissaire du Gouvernement Barde en préalable au jugement du TA de Besançon, 24 février 2000, *DA* mars 2000, nº 51, p. 14 : cette affirmation est présentée comme un argument, alors même qu'aucun élément tangible n'est soulevé pour l'étayer.

19. *Cf.* Y. Plouvin, note ss. TA Paris, 2e ch., 25 janvier 1995 *op. cit.* ; C. Mécary, « Homosexualité et adoption : critique de la jurisprudence », *op. cit.* ; D. Borrillo, T. Pitois, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996 », *op. cit.* ; E. Pisier, « Adoption : la justice du divan ? », *La Revue des deux mondes*, dossier « Pères et mères, les aventuriers de la famille », mai 2001, pp. 88-92.

20. Dans ce sens par exemple : P. Courbe, *Droit de la famille*, nº 972, note 4, p. 379, *op. cit.*, qui considère que la décision du TA de Paris de 1995 a été « *heureusement annulée* » par le Conseil d'État ; également R. Piastra, commentaire *op. cit.*

21. *Cf.* notamment H. Rihal, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'État concernant les agréments en matière d'adoption », *Rev. dr. sanit. et soc.* 1997, 503 ; I. De Benalcazar, « Une nouvelle filiation : l'homoparentalité ? », *Gaz. Pal.* 10-12 décembre 2000, p. 18.

En outre, certains magistrats justifient que les gays et les lesbiennes n'accèdent pas à l'adoption par le fait que, depuis la réforme du droit de l'adoption par la loi de 1966, l'adoption par un individu seul répondrait à des motivations précises auxquelles ne correspondrait pas aujourd'hui celle du célibataire homosexuel. Cette réforme aurait en effet eu alors pour seul objet de permettre à des enfants naturels ou adultérins reconnus par un seul parent, de voir établie une filiation légitime[22], notamment à l'égard de l'autre parent[23].

La légitimité de la différence de traitement en raison de l'homosexualité concernant l'adoption par un célibataire ne semble pas cependant aller d'elle-même pour tous les magistrats et toutes les juridictions françaises : à plusieurs reprises, des tribunaux administratifs ont annulé des refus d'agrément fondés sur l'homosexualité du candidat célibataire, parfois même contre l'avis du commissaire du gouvernement[24]. Il est également arrivé que le commissaire du gouvernement se prononce contre le refus d'agrément[25]. Dans ces affaires, les juges du fond retiennent que « *cet aspect de la personnalité* [du demandeur] *ne* [peut] *justifier un refus d'agrément, que s'il s'accompagn*[e] *d'un comportement préjudiciable à l'éducation de l'enfant* », constatant qu'en l'espèce, « *aucune pièce versée au dossier ne permet d'établir ni même n'autorise à alléguer que* [son] *mode de vie* [...] *traduisait un manque de rigueur morale, une instabilité affective, la possibilité de le voir détourner l'adoption de ses fins, ou tout autre comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté* [...] »[26]. Mais par un arrêt du 26 février 2002, la Cour européenne des Droits de l'Homme a en partie confirmé la décision rendue par le Conseil d'État en 1996 dans l'affaire *Fretté*[27] ; selon les magistrats de Strasbourg, si le refus d'agrément fondé sur l'homosexualité du demandeur constitue à n'en pas douter une différence de traitement en raison de l'orientation sexuelle, celle-ci n'est cependant pas discriminatoire[28].

La Cour a considéré, d'une part, qu'il était « *indéniable* » que les décisions de rejet de la demande d'agrément « *poursuivaient un but légitime* » consistant en l'espèce à « *protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption* » ; mais, surtout, d'autre part, elle a jugé que la différence de traitement était justifiée de manière « *objective et raisonnable* ».

22. Dans ce sens : avocat général C. MAUGÜE, concl. ss. CE 1re et 4e ss-sect. réunies, 9 octobre 1996, *Département de Paris c./FRETTÉ*, *op. cit.*

23. Avocat général M. HEERS, concl. ss. CAA Paris, 3e ch., 26 janvier 1999 (deux arrêts), *op. cit.*

24. Dans ce sens, *cf.* TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *Juris-Data no 106713* ; *DA* mars 2000, no 51, p. 14 ; *Rev. dr. sanit. soc.* 2000, 434, no 3, obs. F. MONÉGER ; P. MURAT, « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *op. cit.*

25. *Cf.* les conclusions du commissaire du Gouvernement A. BÉZARD dans l'arrêt *Melle LECHAILLER* (CAA Lyon, 7 juillet 1999, *op. cit.*) ; il n'a pas été suivi dans ses conclusions.

26. TA Paris, 2e ch., 25 janvier 1995, *FRETTÉ c./Département de Paris* (cassé par CE 9 octobre 1996, 1re et 4e ss-sect. réunies, 9 octobre 1996, *op. cit.*), *op. cit.* Dans le même sens : TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *op. cit.* : « *Les motifs* [...] *opposés à la requérante* ["*une absence d'image ou de référent paternels susceptibles de favoriser le développement harmonieux d'un enfant adopté* "et" *la place qu'occuperait son amie dans la vie de l'enfant*"] *ne sont pas eux-mêmes de nature à justifier légalement un refus d'agrément* ».

27. CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 9 octobre 1996, *op. cit.* Peu de temps après, le 5 juin 2002, le Conseil d'État a réaffirmé sa jurisprudence en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt des juges du fond qui avait considéré comme légitime le refus d'agrément motivé par l'homosexualité de la requérante (pourvoi contre CAA Nancy, formation plénière, 21 décembre 2000, *Melle B.*, *op. cit.*).

28. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c./France*, requête no 36515/97, http://www.echr.coe.int ; *cf.* la critique de l'arrêt par D. BORRILLO et T. PITOIS, « Homoparentalité, droit et politique », *Le Monde*, 2 mars 2002, p. 15 ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE, « La réponse de la CEDH à la question de l'adoption par un parent homosexuel », *JCP* 2002, II, 10 074.

Au soutien de cette appréciation, tout d'abord les juges se sont placés sur un terrain particulier, celui de la « *marge d'appréciation* » qui devait être laissée aux États afin de déterminer « *si et dans quelle mesure* » des différences de situations justifient des différences de traitements ; or les juges ont considéré qu'en ce qui concerne l'adoption par un célibataire homosexuel, en l'absence d'un dénominateur commun des États sur cette question, il était « *normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude* »[29].

En outre, définissant l'adoption comme le fait de « *donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille* », la Cour de Strasbourg considère que « *l'État doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptant soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables* » ; or elle retient que concernant l'homoparentalité, « *la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour* ». Enfin, elle a considéré que « *s'ajoutent* (sic) *à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales* », « *sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes* ».

Cela étant, il convient de noter que l'arrêt de la Cour européenne a été adopté à une majorité relative, quatre voix contre trois : les juges britannique, autrichien et belge ont au contraire estimé dans une opinion dissidente très tranchée, que la décision du conseil d'État était discriminatoire[30]. Selon eux tout d'abord, le but légitime de la différence de traitement n'était en l'espèce « *en aucune façon, concrètement, établi* » : si la protection des droits et des libertés de l'enfant constitue à n'en pas douter un tel but, le respect de ces droits au regard notamment de l'homosexualité de l'adoptant doit être apprécié *in concreto*, et non de manière « *abstraite et générale* » à partir de l'opinion qu'« *être élevé par des parents homosexuels serait, en tout état de cause et dans toutes les situations, dommageable pour l'enfant* ». Or, en l'espèce, ils relèvent que le Conseil d'État s'est contenté d'une telle appréciation, sans préciser en quoi l'homosexualité du demandeur s'accompagnait en l'espèce d'un « *comportement préjudiciable à l'éducation de l'enfant* ». En outre, concernant l'appréciation de l'existence d'une justification objective et raisonnable de la différence de traitement, les juges dissidents, tout en admettant qu'une marge d'appréciation puisse être laissée aux États dans « *le domaine sensible de l'adoption par des personnes homosexuelles* », sont cependant très critiques à l'égard d'une « *totale marge d'appréciation des États* » ainsi consacrée par l'arrêt, au regard de l'absence de dénominateur commun ou de principes uniformes : elle leur paraît en effet « *hors de propos, contraire à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de l'article 14* [de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme] et surtout, *de nature à provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux* »[31].

29. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c./France*, *op. cit.*, § 41 : la Cour justifie cette importante latitude d'appréciation laissée aux États par le fait qu'« *étant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux* ».

30. *Cf.* l'opinion partiellement dissidente commune à *Sir* N. Nicolas Bratza, M. Fuhrmann et M^me^ Tulkens, juges, publiée en annexe à l'arrêt CEDH, 26 février 2002, *Fretté c./France*, *op. cit.*

31. Opinion partiellement dissidente commune à *Sir* N. Nicolas Bratza, M. Fuhrmann et M^me^ Tulkens, *op. cit.*

Par ailleurs, l'argument de la Cour pris des divisions de la communauté scientifique concernant l'homoparentalité, mais surtout du « *nombre restreint d'études scientifiques* » réalisées sur cette question est particulièrement critiquable : en réalité, comme nous le verrons, depuis le début des années 1980, c'est près d'une cinquantaine d'études qui ont été publiées, essentiellement au États-Unis et en Grande-Bretagne, lesquelles ne relèvent aucune différence significative concernant la santé des enfants élevés par un parent (ou un couple) homosexuel ou hétérosexuel[32].

Enfin, la justification de la différence de traitement tirée de « *l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes* » n'apparaît pas non plus recevable ; dans notre système en effet, l'agrément ne garantit pas à son titulaire la possibilité d'adopter effectivement un enfant : il s'agit uniquement d'un certificat délivré par l'administration attestant de la capacité dans l'absolu du candidat à l'adoption d'élever un enfant ; à telle enseigne que la recevabilité d'une demande d'agrément n'est en rien conditionnée par le nombre d'enfants adoptables[33].

L'ADOPTION SIMPLE

L'adoption simple est susceptible de viser deux situations. La première, celle conforme aux objectifs de cette institution, vise l'établissement d'un lien de filiation. La seconde renvoie à la pratique qui a vu des demandes d'adoption simple formées entre les membres de couples de fait, hétéro comme homosexuels, afin de faire bénéficier l'adopté de droits successoraux.

Le recours à l'adoption simple afin d'établir un lien de filiation

Tout comme pour l'adoption plénière, il n'existe dans la loi aucune restriction à l'adoption simple par « *toute personne de plus de 28 ans* »[34]. Soumise à des conditions moins rigoureuses, la procédure se limite à une phase judiciaire de prononcé de l'adoption. Classiquement, l'adoption simple est considérée comme une solution soit d'attente (avant une adoption plénière retardée), de secours (face au risque d'échec d'une adoption plénière) ou de rebond (après « *une plénière qui a mal tourné* »). Elle est en outre limitée dans ses effets[35]. L'adoption simple permet cependant d'établir un lien légal de filiation entre deux individus, là où une adoption plénière serait impossible du fait de l'âge de l'adopté. Alors que l'adoption plénière n'est permise qu'à l'égard des mineurs de moins de 15 ans (article 345 C. civ.), dans l'adoption simple, l'adopté peut être un mineur de plus de 15 ans, mais également un

32. Pour les références et la synthèse de ces études, *cf.* le rapport de l'*American Academy of Pediatrics* : E. C. PERRIN and the Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health (American Academy of Pediatrics), « Technical Report : Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents », *Pediatrics*, Vol. 109, nº 2, February 2002, pp. 341-344, http://www.aap.org/policy/020008t.html ; *cf.* également la thèse de médecine de S. NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental. Étude sur un échantillon de cinquante-huit enfants élevés par des parents homosexuels*, thèse pour le diplôme d'État de docteur en médecine, université Bordeaux 2-Victor-Segalen, UFR des sciences médicales, nº 3053, 2000.

33. Pour une critique détaillée de l'arrêt de la CEDH voir : D. BORRILLO et T. PITOIS-ÉTIENNE, « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », *Revue de droit de McGill*, vol. 49, nº 4, octobre 2004, pp. 1035-1056.

34. Article 343-1 C. civ. ; l'article 361 du même Code renvoie aux dispositions relatives à l'adoption plénière, également applicables à l'adoption simple.

35. Bien que l'adoptant soit « *seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale* » (article 365 C. civ.), l'adopté « *reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits* », notamment successoraux (article 364 C. civ.) ; mais surtout, pour des « *motifs graves* », elle est révocable (article 370 C. civ.).

majeur[36]. Dans le premier cas, l'adoptant acquiert tous les droits de l'autorité parentale ; dans tous les cas, l'adopté voit le nom de l'adoptant s'ajouter au sien, et il peut même s'y substituer si le tribunal en décide ainsi (article 363 C. civ.). Ce lien a également une incidence sur le plan successoral puisque dans la succession de l'adoptant, l'adopté acquiert les mêmes droits qu'un enfant légitime (article 368 C. civ.)[37]. Mais en toute hypothèse, la jurisprudence considère qu'une adoption simple ne peut avoir « *un but essentiellement successoral* » : la satisfaction d'un tel objectif est « *étranger à l'esprit de la loi* »[38].

À la différence de l'adoption plénière, on ne trouve pas de décision qui, en matière d'adoption simple d'un mineur, institue de discrimination directe en raison de l'orientation homosexuelle. C'est qu'en pratique, les cas dans lesquels un célibataire pourrait être amené à présenter une telle requête apparaissent limités. D'une part, ce mode d'établissement d'un lien de filiation ne peut concerner qu'un enfant dont l'adoptant connaît déjà l'identité : il ne s'agit pas dans ce cas de figure de s'enquérir auprès des services sociaux d'un enfant à adopter, mais de présenter directement au juge une requête en adoption d'un enfant précisément identifié. D'autre part, quand bien même l'adoptant célibataire serait dans les faits le partenaire du parent de l'enfant (les membres d'un couple de concubins ou pacsés sont toujours considérés par l'état civil comme des célibataires ; seul le mariage met un terme à cet état), une demande d'adoption simple de cet enfant ne présente pas d'intérêt s'il s'agit de pallier ainsi l'absence d'autorité parentale conjointe puisque, par définition, le parent légal sera dessaisi de cette autorité. Quoi qu'il en soit, il n'y aurait pas de justification légitime à refuser le prononcé de l'adoption en raison de l'homosexualité de l'adoptant. En cela, l'accueil par le TGI de Paris le 27 juin 2001, de la demande d'adoption simple des enfants formée par la partenaire (pacsée) de la mère, constitue une exacte application du droit de l'adoption au regard du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle[39]. Contrairement à cette décision, des jugements successifs ont refusé les demandes d'adoption simple considérant que l'on ne peut pas faire renoncer le parent biologique à l'autorité parentale. Dans une décision du 24 avril 2003, le TGI de Pontoise a ainsi rejeté la requête en adoption simple déposée par une femme sur l'enfant de sa compagne lequel avait été conçu par insémination artificielle avec donneur au sein d'un projet commun d'homoparentalité. Le tribunal note que « *si l'adoption était prononcée elle aurait pour effet de lui (la mère) faire perdre irrévocablement tous les droits d'autorité parentale qui seraient transférés à l'adoptant* ».

Cette situation a évolué depuis une interprétation large de la loi du 4 mars 2002 qui permet tout de suite après le prononcé d'une adoption simple, une délégation de l'autorité parentale avec un exercice en commun[40]. Toutefois, les demandes d'adoption simple de l'enfant de la partenaire lesbienne se sont multipliées[41].

36. Si l'adopté a plus de 13 ans, il doit personnellement consentir à l'adoption (article 360, alinéa 3C. civ.).

37. S'il a également des droits dans la succession des parents de l'adoptant, cependant, il n'est pas un héritier réservataire.

38. Cass. civ. 1re, 16 octobre 2001, *Dalloz* 2001, *IR* p. 3327 : rejet du pourvoi formé contre la décision des juges du fond qui avaient débouté la grand-mère de 91 ans de sa requête aux fins d'adoption simple de six de ses petits-enfants.

39. TGI Paris, 27 juin 2001, *Juris-Data n° 156758* ; *Dr. fam.*, décembre 2001, commentaire n° 116, P. MURAT ; *cf.* également nos développements *infra* à propos de cet arrêt, concernant la situation du « beau parent ».

40. *Cf.* en ce sens le jugement du TGI de Paris 2 juillet 2004, *Actualité Juridique de la Famille*, n° 10/2004 p. 361.

41. Voir p. ex. CA Bourges civ. 13 avril 2006, CA d'Amiens, 14 février 2007, n° 06-03761.

Face aux décisions contradictoires des différentes cours d'appel, la ch. civ. de la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 février 2007, a statué contre l'adoption simple de l'enfant de la partenaire de la mère biologique. Cette adoption est considérée par la haute juridiction comme «*contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant*»[42]. En effet, comme le souligne la Cour, «*cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits*». Cette décision met de manifeste la précarité du lien entre l'enfant et la compagne de la mère biologique et place celui-ci dans une situation d'inégalité vis-à-vis des enfants élevés par des couples hétérosexuels lesquels bénéficient, sous certaines conditions, de la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint.

Détournement de l'adoption simple et homosexualité

Concernant le recours à l'adoption simple et l'orientation sexuelle, il convient également de considérer la spécificité du traitement jurisprudentiel initié par la crainte que, sous couvert de ce mécanisme, se dissimule une adoption entre concubins. Par ce biais, des concubins hétérosexuels comme homosexuels ont tenté de conférer certains effets successoraux à leur couple[43]. Jusqu'à récemment, le traitement d'un possible détournement semblait alors indifférencié selon qu'adopté majeur et adoptant étaient de même sexe ou de sexe différent. Face à la possibilité que la demande d'adoption d'un majeur par un autre dissimule en réalité une relation non filiale mais conjugale, le juge du fond faisait en effet preuve de la même circonspection, exigeant des faits certains propres à établir sérieusement le détournement[44]. Et, de fait, compte tenu de l'existence ou non d'éléments tangibles quant au détournement, le prononcé de l'adoption était refusé[45] ou au contraire accepté[46].

Mais aujourd'hui, il apparaît qu'une suspicion originale plane sur les demandes d'adoption simple formées par un adulte à l'égard d'un autre de même sexe (en l'espèce entre hommes). *De facto*, de telles demandes font l'objet d'un traitement juridique plus sévère qu'entre adopté et adoptant de sexe différent, les premières étant tout particulièrement suspectées de dissimuler une relation non pas filiale, mais conjugale, au préjudice du prononcé de l'adoption.

Ainsi, la Cour de cassation, bien que refusant *a priori* de présumer des relations conjugales entre un adoptant et un adopté majeurs de même sexe, entérine cependant l'idée que

42. Arrêt nº 221 du 20 février 2007, Cour de cassation -1re ch. civ.

43. *Cf.* P. RAYNAUD, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *Dalloz* 1983, *Chron.* p. 39 et les décisions reproduites en annexe.

44. Ainsi, à l'égard d'un adopté et d'un adoptant de sexe différent, la Cour d'appel de Paris retient que «*s'il importe de ne pas détourner l'adoption de son but qui est de consacrer l'existence de liens affectifs de nature filiale, on ne peut la refuser pour un adopté majeur pour des motifs purement hypothétiques, tel que le soi-disant caractère ambigu de ses relations avec l'adoptante, résultant uniquement de leurs âges respectifs mais nullement établis par l'enquête de voisinage*» (CA Paris, 16 mai 1991, *Juris-Data nº 021520*) ; dans le même sens, s'agissant cette fois d'un adopté majeur et d'un adoptant de même sexe : «*Il y a lieu de prononcer l'adoption simple alors* [...] *que le soupçon d'homosexualité planant sur les relations de l'adoptant et de l'adopté repose sur les seules déclarations de l'ancienne concubine de l'adopté, sans qu'aucun élément du dossier ne vienne le conforter* [...]» (CA Paris, 22 octobre 1991, *Juris-Data nº 023871*).

45. Riom, 1re ch. civ., 9 juillet 1981, *JCP* 1982, II, 19799, note G. ALMAIRAC : «*Il résulte clairement d'une enquête de police et des déclarations des parties* [l'adoptant et l'adoptée] *qu'elles vivent en concubinage* [...]».

46. CA Paris, 1re ch. suppl., 2 juillet 1982 (reproduit en annexe de l'article de P. RAYNAUD, *op. cit.*), à propos de l'adoption d'un homme de 24 ans par un autre de 52 ans, la Cour s'en tient à retenir que l'adopté «*a donné son consentement à l'adoption ; que la différence d'âge entre l'adoptant et celui qu'il se propose d'adopter est supérieure à 15 ans* [...]» pour juger que «*les conditions requises pour l'adoption son remplies et que* [...] *il apparaît que l'adoption est conforme à l'intérêt de* [l'adopté]».

des doutes puissent exister quant à la bonne foi des protagonistes. En effet, dans une décision du 8 juin 1999, elle rejetait le pourvoi formé contre un arrêt confirmant le prononcé de l'adoption simple d'un homme de 27 ans par un autre de 52 ans. La Cour de cassation a retenu que « *la Cour d'appel, qui s'est estimée suffisamment éclairée par les éléments de preuve produits, a jugé qu'il n'est pas établi que l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer, et a relevé qu'elle avait été demandée par Daniel D., célibataire sans enfant, afin d'apporter à un autre homme de condition très modeste l'aide matérielle et sociale qu'aurait pu lui apporter un père* »[47].

La solution de la Cour de cassation a tout d'abord le mérite de condamner explicitement les juges qui présumeraient, à propos de la requête en adoption d'un homme adulte par un autre, l'existence d'une relation conjugale. Sa jurisprudence est d'une importance majeure pour la situation de l'adoptant : elle présume sa bonne foi et ne fait peser sur lui aucune charge de la preuve quant à l'intégrité de sa requête ; il incombe à celui qui s'oppose à l'adoption[48] d'établir qu'elle est sollicitée afin de permettre la création, favoriser ou consacrer des relations homosexuelles. Gageons qu'en dehors de toute tierce opposition, le tribunal saisi de la requête en adoption devra considérer de la même manière la bonne foi de l'adoptant. Par ailleurs, on remarquera que l'existence dans le passé de « *relations homosexuelles* » entre l'adopté et l'adoptant, n'a eu aucune incidence sur le prononcé de l'adoption. À tel point que l'on peut se demander si, au terme de la jurisprudence de la Cour qui qualifie de dol rendant recevable une tierce opposition le fait pour l'adoptant de « *s'abstenir sciemment d'informer le tribunal statuant sur la requête en adoption de circonstances qui peuvent influer de façon déterminante sur sa décision* »[49], de telles relations doivent nécessairement être révélées au juge. En effet, en l'espèce, l'existence d'une telle relation passée entre l'adopté et l'adoptant n'a eu aucune incidence sur la décision ; en d'autres termes, cette circonstance n'a pas été retenue comme susceptible d'« *influer de façon déterminante sur* [la] *décision* ».

Cette jurisprudence n'est cependant pas satisfaisante dans la mesure où, bien qu'atténuant les effets d'une suspicion de conjugalité à l'égard d'un adoptant et d'un adopté adultes de même sexe, dans le même temps, elle l'entérine. La Cour de cassation, en définissant ainsi les conditions de recevabilité d'une tierce opposition, formalise spécifiquement la possibilité d'un détournement des finalités de l'adoption simple par un couple homosexuel[50]. De cette manière, la Cour désigne explicitement l'éventualité qu'une adoption demandée par un homme à l'égard d'un autre puisse être en réalité la demande d'un couple. Bien que la preuve doive en être rapportée en l'espèce, il existerait cependant dans ce cas de figure une possibilité, un risque, une crainte particulière et légitime de détournement. Or dans la mesure où, en l'état actuel de la jurisprudence, cette crainte n'est formalisée qu'à l'égard de relations homosexuelles, il y a là une différence de traitement par rapport à des adoptants de sexe différent qui ne seraient pas soumis à un contrôle aussi étroit.

47. Cass. civ. 1re, 8 juin 1999, *Juridique Lamy Cassation*, vol. III, arrêt nº 1105 ; *Dr. fam.* novembre 1999, commentaire nº 124, p. 18, P. MURAT ; *RTD civ.* 1999, 610, obs. J. HAUSER.

48. Prévue par l'article 353-2 C. civ. qui dispose que « *la tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants* ».

49. Cass, civ. 1re, 7 mars 1989, *Dalloz* 1989, *Jur.* p. 477, note J. HAUSER.

50. En l'absence d'une décision rendue parallèlement à propos de *relations* hétérosexuelles, et à défaut d'employer une expression indifférenciée comme relations de couples ou relations affectives et/ou sexuelle, la solution de la Cour de cassation ne peut en effet aujourd'hui qu'être limitée qu'au cas d'une adoption simple entre deux individus de même sexe.

Qui plus est, on observe une résistance à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Versailles le 4 novembre 1999, un homme de 71 ans avait déposé une requête en adoption simple d'un autre homme de 30 ans rencontré quelques années auparavant, avec qui s'est nouée «*une relation d'affection intense*» et qu'il considère «*comme le fils qu'il n'a pas eu*»; il affirmait par ailleurs que ce dernier l'avait toujours aidé et soutenu[51]. La fille de l'adoptant s'était opposée au prononcé de l'adoption. La requête de l'adoptant a été rejetée en première instance et en appel[52]. Devant la Cour d'appel, le demandeur à l'adoption affirma à nouveau que, outre leurs goûts partagés, il apportait à l'adopté «*la présence paternelle dont il a été privé*», ainsi que le soutien psychologique quotidien dont il a besoin, produisant des attestations établissant que leurs relations sont, «*non pas de nature conjugale, mais uniquement filiales*». Mais sur le fondement d'une définition particulière de l'adoption simple, la Cour a confirmé le refus de prononcer d'adoption. Elle considère en effet que, «*la loi consacrant l'adoption a pour but de créer un lien de filiation dans lequel les rôles respectifs sont très nettement distingués, le père adoptif, comme tout père, assumant un rôle éducatif initiatique et de conseil envers l'adopté qu'il a pour objectif de conduire vers une vie adulte et autonome;* [...] *à l'inverse, comme tout enfant, l'adopté doit reconnaissance et éventuellement assistance à son parent*». En dépit des affirmations de l'adoptant, elle a seulement retenu que le fait pour les deux protagonistes de vivre ensemble depuis leur rencontre, d'avoir acquis ensemble dans le passé un bien immobilier[53] et de s'apporter «*mutuellement aide et soutien dans les moments difficiles de l'existence*», ne correspondait pas au «*schéma législatif et sociologique*» de l'adoption simple[54].

Ce raisonnement semble marqué par une présomption consistant à soupçonner un détournement des fins de l'adoption simple au bénéfice d'un couple, alors même que l'adoptant n'a d'autre moyen que d'affirmer la réalité de ce sentiment filial. Une telle approche est en contradiction avec celle définie par la Cour de cassation[55], d'autant qu'elle ne fait même pas peser sur l'auteur de l'opposition à l'adoption, la charge de la preuve d'une fraude. Cette décision illustre une limite à l'adoption simple qui intervient entre des adultes : objectivement l'exigence d'un lien filial ne peut plus être rattachée à un échange éducatif; dans cette situation, ce lien se traduit avant tout par une relation affective particulière, ressentie ou vécue comme filiale par les personnes concernées, et dès lors particulièrement difficile à matérialiser. Qui plus est, les juges ont retenu une définition restrictive, et en tout cas juridiquement discutable, de l'adoption simple : dans la mesure où cette forme d'adoption

51. CA Versailles, 1re ch. A, 4 novembre 1999, *Dalloz* 2000, *IR* p. 9; *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 716, note T. GARÉ, «Détournement d'adoption : si la sagesse venait des juges du fond?»; *RTD civ.* 2000, 309, nº 24, obs. J. HAUSER; *Les Petites Affiches* 25 mai 2001, nº 104, p. 19, note J. MASSIP; *RTD civ.* 2001, 347, nº 23, obs. J. HAUSER.

52. En première instance, le TGI de Versailles avait retenu que les deux hommes avaient acquis leur résidence commune en indivision, que leur relation «*a toutes les apparences d'une vie de couple*» et que «*dans un tel contexte, la volonté de Monsieur G... d'adopter Monsieur C... pose question, l'adoption correspondant à un lien purement filial*».

53. La Cour d'appel note cependant que ce bien est «*aujourd'hui revendu*».

54. «*Cette situation tout à fait respectable ne saurait cependant recevoir une reconnaissance légale à travers un mécanisme juridique, celui de l'adoption, fût-elle simple, auquel elle ne répond nullement* [...]». Les juges considèrent également que «*pareille reconnaissance ne pouvant au surplus, et en l'espèce, que compromettre la vie familiale de Monsieur G...*», CA Versailles, 1re ch. A, 4 novembre 1999, *op. cit*. Bien que l'appréciation par les juges du fond si «*l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale*» (article 353, alinéa 2 C. civ.) soit souveraine (Cass. civ. 1re, 2 mai 1990, *Bull. civ.* I, nº 93), on peut néanmoins s'interroger sur le point de savoir en quoi précisément cette adoption ne pouvait en soi «*que compromettre*» la vie familiale de l'adoptant.

55. Cass. civ. 1re, 8 juin 1999, *op. cit*.

a justement pour spécificité de pouvoir intervenir également au bénéfice d'un adulte (article 360, alinéa 3 C. civ.), il n'est pas pertinent d'exiger un quelconque «*rôle initiatique*» de l'adoptant ni son «*objectif de conduire* [l'adopté, ici un majeur] *vers une vie adulte et autonome*»[56].

Au-delà de la critique de cette décision, il n'en reste pas moins que l'adoption simple d'un majeur du même sexe (au moins en ce qui concerne deux hommes) est soumise à un traitement particulier, témoignant d'une crainte particulière d'un détournement de l'adoption par les couples de même sexe.

L'adoption conjointe par un couple de même sexe

Si, en l'état actuel du droit français, il est impossible pour un couple de même sexe d'adopter conjointement, les législations d'autres États permettent cependant une telle adoption. La question se pose donc de la reconnaissance en France de ses effets.

UNE IMPOSSIBILITÉ LÉGALE

L'impossibilité actuelle pour un couple de même sexe d'adopter ensemble un enfant, résulte de ce que le C. civ. ne permet l'adoption conjointe qu'aux seuls couples mariés (article 343 C. civ.). Les gays et les lesbiennes, à la différence des couples hétérosexuels, n'ont pas aujourd'hui la possibilité d'accéder au statut du mariage afin de former une telle demande. Lors de la réforme de l'adoption en 1996, si l'adoption conjointe n'a pas été ouverte aux concubins, c'est selon la doctrine que «*le Parlement a entendu, au-delà des couples classiques de concubins "hétérosexuels", interdire l'adoption aux homosexuels*», alors qu'à la même époque la perspective de la reconnaissance des couples de même sexe se précisait[57].En 2006, la mission d'information parlementaire sur la famille et les droits des enfants s'est également prononcée contre l'élargissement du droit d'adoption pour les couples de même sexe[58].

Depuis 1996, à la suite de la jurisprudence du Conseil d'État, les principaux arguments invoqués au soutien du traitement différent des individus en raison de leur homosexualité, et plus largement des couples de même sexe, ont été critiqués[59]. Mais aujourd'hui, la justification de la permanence de la différence de traitement emprunte un chemin plus radical : elle conduit à exclure la possibilité de la tenue d'un débat juridique sur le sujet. En effet,

56. Dans ce sens également, J. HAUSER, obs. *op. cit*.

57. F. BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi nº 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *Dalloz* 1996, *Chron.* p. 307, spéc. p. 309. *Cf.* également J. POUSSON-PETIT, « Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : l'adoption facilitée », in *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée,* actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'université de Lille II, Paris, LGDJ, 1997, pp. 117-147, spéc. p. 133 ; l'auteur évoque «*la crainte* [des parlementaires à l'époque] *de voir des homosexuels entreprendre la démarche de l'adoption*» ; elle considère sans plus de précisions que l'«*on peut comprendre ces réticences*».

58. Rapport nº 2832, *L'enfant d'abord*, février 2006 : http://www.assemblee-nationale.fr

59. Il s'agit notamment de l'absence d'un droit à l'enfant, ou d'un droit à l'adoption, de l'absence d'un consensus favorable dans l'opinion publique ou bien encore la pénurie d'enfants adoptables ; pour le répertoire et la critique de ces arguments traditionnels, *cf.* D. BORRILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996 », *op. cit.* et « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », *Revue de droit de McGill*, vol. 49, *op. cit.*, pp. 1035-1056.

certains invoquent une impossibilité fondamentale pour notre société, et *a fortiori* pour le droit, d'établir un lien légal de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe : la différence de traitement répondrait à une exigence de préservation d'un ordre culturel, anthropologiquement supérieur. Élaborée par P. LEGENDRE, cette présentation a été reprise par I. THÉRY à propos de la question des gays et des lesbiennes dans le domaine de la filiation[60]. Selon cet auteur, la société, et *a fortiori le* droit, ne feraient que se soumettre ainsi à l'exigence de préservation d'un ordre culturel qui les dépasserait : le droit de la filiation serait soumis à une contrainte tenant à l'exigence de préserver la mixité (masculin/féminin) ; la norme juridique ne pourrait que consacrer « *un ordre généalogique qui inscrit chaque être humain dans sa double lignée paternelle et maternelle* », à l'exclusion de toute « *filiation unisexuée* » c'est-à-dire établie à l'égard de deux individus du même sexe[61].

Si cette thèse doit être considérée ici, c'est tout d'abord parce qu'elle a été reprise non seulement par le gouvernement socialiste en 1999 dans son approche conceptuelle de la famille mais aussi par la mission parlementaire de 2006. Mais surtout, c'est parce qu'elle est relayée par des juristes, non seulement afin de tenter de justifier l'existence et la permanence dans le droit de la filiation d'un traitement différencié en raison de l'homosexualité, mais également afin de motiver l'élaboration dans ce domaine d'un statut spécifique inégalitaire.

En effet, si selon C. NEIRINCK il serait aujourd'hui « *impossible* » pour le législateur de répondre aux « *aspirations* » notamment des couples de même sexe en matière d'adoption, « *cette impossibilité n'est pas de nature "gestionnaire"* [...] *– il y a de moins en moins d'enfants adoptables –, mais s'enracine dans la fonction symbolique du droit qui permet à l'individu de se construire* »[62]. Tout en admettant l'existence d'une différence de traitement, l'auteur reconnaît qu'elle est instituée et maintenue par un système juridique qui ne peut pas faire autrement, l'enjeu étant décisif pour l'individu lui-même. Considérant néanmoins « *la revendication légitime d'un statut pour ceux qui élèvent ou ont un projet parental* », C. NEIRINCK propose d'instituer une distinction jusqu'alors inconnue du droit, entre la parenté et la « *parentalité* » ; d'après l'auteur, il serait nécessaire de « *dissocier* » cette *revendication*, « *de sa satisfaction sur le terrain de la filiation* » : « *La filiation doit demeurer ce qu'elle est mais à son côté doit émerger une institution nouvelle* », dénommée « *parentalité* »[63]. Au terme de ce raisonnement, l'accès à l'ensemble du droit de la filiation devrait donc demeurer exclusivement hétérosexuel, les couples de même sexe étant seulement admis à accéder à un statut

60. I. THÉRY, « Le contrat d'union social en question », *Notes de la fondation Saint-Simon*, octobre 1997.

61. I. THÉRY, *op. cit.*, pp. 26-27.

62. L'auteur développe son propos (« L'évolution de l'adoption », *op. cit.*, pp. 360-361) : « *Quand le droit désigne un père et une mère à l'enfant, il désigne ceux qui sont ses géniteurs supposés. Grâce au jeu des fictions, le droit ne colle pas à la vérité biologique, mais la transcende. Néanmoins, il n'y a de père et de mère que d'origine, dès lors que le droit les a consacrés comme tels. Par ce mécanisme sont garantis à l'enfant une place au sein d'une famille, le respect des générations et une identification possible à travers la différence des sexes* ».

63. Selon l'auteur, « *aujourd'hui les outils juridiques manquent. Espérons que les juristes de demain auront la capacité d'imaginer, à côté de la parenté, un statut original de la parentalité* », C. NEIRINCK, « L'évolution de l'adoption », *op. cit*, p. 361. Cette notion de parentalité semble aujourd'hui se diffuser parmi la doctrine avec le réemploi dans le domaine du droit du terme sociologique homoparentalité (*cf.* I. DE BENALCAZAR, « Une nouvelle filiation : l'"homoparentalité" ? » *op. cit.*), censé désigner les différentes situations dans lesquelles un enfant est élevé par un individu ou un couple ayant la particularité d'être de même sexe. Cela étant, ce terme n'a juridiquement aucune résonance.

spécifique, plus généralement mis en place afin de répondre à des situations que l'auteur souhaite voir maintenues en dehors du droit de la filiation[64].

LA RECONNAISSANCE EN FRANCE DU DROIT D'ADOPTER ACCORDÉ À L'ÉTRANGER À UN COUPLE DE MÊME SEXE

Actuellement, plusieurs États autorisent l'adoption de l'enfant de l'un par le partenaire de même sexe et/ou l'adoption conjointe par un couple de même sexe, alors que d'autres envisagent à court terme une modification de leur législation en ce sens.

Le principe : la reconnaissance de plein droit de l'adoption prononcée à l'étranger

En l'état actuel du droit international privé, depuis la signature et la ratification par la France de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (ci-après « la Convention »)[65], s'agissant du fondement juridique de la reconnaissance et de son régime, il convient de distinguer les adoptions prononcées dans un État y adhérant, des autres. Actuellement, parmi les États dans lesquels l'adoption par des personnes de même sexe est possible, le Danemark, l'Espagne, les Pays-Bas, la Belgique, le Canada et le Royaume-Uni ont ratifié la Convention.

En ce qui concerne l'adoption prononcée dans un État signataire de la Convention en conformité avec elle, son article 23-1 dispose qu'elle est « *reconnue de plein droit* » dans les autres États contractants. L'article 26 précise que cette reconnaissance induit notamment celle du lien entre l'enfant et ses parents adoptifs, de leur responsabilité parentale, ainsi que du caractère plénier de l'adoption et de ses effets, si tel est l'objet de l'adoption prononcée dans l'État d'origine. Cette solution ne diffère pas de celle déjà retenue en France par une jurisprudence constante – et qui s'applique désormais à l'adoption prononcée dans un État non contractant. En effet, traditionnellement, comme toute décision rendue en matière d'état des personnes, l'adoption prononcée à l'étranger produit normalement des effets en France sans *exequatur* : à moins que la décision étrangère n'entraîne coercition sur les personnes ou exécution sur les biens, l'adoption est reconnue sur notre territoire sans contrôle préalable. La solution est consacrée par la Cour de cassation[66]. Ainsi qualifiée dans l'État qui la prononce, l'adoption conjointe par un couple homosexuel comme celle de l'enfant du partenaire de même sexe devraient donc être soumises au même régime.

64. Il s'agit en effet de traiter ainsi, tant la situation du « *compagnon homosexuel* », que celle du beau-parent, compte tenu du fait, selon l'auteur que « *ce n'est pas parce qu'ils jouent le rôle de père, parce qu'ils compensent auprès de l'enfant les défaillances de ce dernier* [qu'ils] *doivent être mis en place de père. L'enfant sait que celui-là n'est pas, indépendamment de l'affection réelle qu'il lui porte, son père* » (C. NEIRINCK, *op. cit*, p. 361).

65. Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, conclue le 29 mai 1993 à La Haye et entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998 (décret nº 98-815 du 11 septembre 1998 portant publication de la Convention internationale sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption faite à La Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995, *JO* 11 septembre 1998, p. 13997).

66. Cass. soc., 19 avril 1989, *Rev. crit. DIP* 1990, 92, note E. POISSON-DROCOURT : « [...] *l'adoption d'un enfant de nationalité étrangère par un jugement émanant des autorités judiciaires du pays d'origine est reconnue de plein droit en France sans* exequatur *préalable* » ; dans le même sens : Cass. civ. 1re, 14 février 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, 129, note E. POISSON-DROCOURT.

En pratique cependant, soit parce qu'il est question d'une exécution forcée sur les personnes ou les biens, soit afin de conférer à l'adoption une force exécutoire incontestable[67], une action en *exequatur* ou en reconnaissance est souvent intentée devant le juge français. Cette nécessité peut se révéler tout aussi manifeste à propos de l'adoption conjointe par un couple de même sexe ou de celle de l'enfant de l'autre, prononcée à l'étranger : que le couple adoptif étranger venu s'installer en France, s'y sépare et il pourra être demandé au juge français de régler les questions relatives à l'autorité parentale et au droit de visite ; de même à la suite du décès d'un membre de ce même couple, si la vocation successorale de l'enfant adopté est contestée ; enfin, une autorité française refusant de reconnaître l'autorité parentale d'un ou des deux parents, l'*exequatur* du jugement étranger d'adoption pourra être demandée au juge français. Outre ces mêmes difficultés, comme tout couple français ayant adopté plénièrement à l'étranger, il se peut également qu'un couple de même sexe français demande la transcription de la décision étrangère sur les registres du service central de l'état civil afin de bénéficier des droits attachés[68].

Dans ce cas, le juge français pourra alors décider d'opérer un contrôle de la décision étrangère d'adoption. Si son étendue varie selon que la décision a été rendue ou non par un État contractant de la Convention, il se peut cependant qu'un motif d'ordre public soit invoqué afin de s'opposer à la reconnaissance en France de ces adoptions.

Appréciation du refus de reconnaissance tiré d'une contrariété à l'ordre public

Concernant le contrôle exercé par le juge français dans l'hypothèse où l'*exequatur* de l'adoption prononcée à l'étranger est demandée, il convient au préalable de distinguer aussi selon que la décision émane ou non d'un État adhérant à la Convention du 29 mai 1993, la portée du contrôle pouvant s'en trouver singulièrement limitée.

En dehors de la Convention, c'est le contrôle traditionnel qui sera mis en œuvre. Celui-ci peut porter sur la compétence de l'autorité étrangère, celle de la loi étrangère, sur la procédure ou l'absence de fraude, ainsi que sur sa conformité à notre ordre public. Concernant l'adoption par un couple de même sexe, seul ce dernier contrôle retiendra ici notre attention car les États susceptibles d'autoriser sont pour la plupart signataires de la Convention.

Dans l'hypothèse cette fois où l'adoption a eu lieu dans un État adhérant à la Convention, le contrôle est bien plus restreint : non seulement le refus de reconnaître une adoption ne pourra être motivé qu'en invoquant l'ordre public, mais de plus, cette circonstance n'est susceptible d'intervenir que très restrictivement[69] – du moins de manière plus étroite que dans le cadre du contrôle traditionnel. Tout d'abord, l'article 24 de la Convention dispose que « *la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant* que si *l'adoption est manifestement contraire à son ordre public* [...] » : cette formulation ne devrait-elle

67. L'*exequatur* permet, d'une part, aux adoptants d'opposer ce titre notamment aux services administratifs réticents et, d'autre part, au juge de préciser que les effets de l'adoption étrangère sont ceux qu'aurait produits une adoption prononcée en France (*cf. Juris-Classeur Droit international*, fascicule 548-4, par P. BOUREL, nº 22) ; explicitement dans le même sens, *cf.* la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale (nº NOR : JUSI99880193C, *JO* 2 avril 1999, p. 4930 ; *JCP* 1999, III, 20071), 2.1, alinéa 2.

68. Cette transcription vaut en effet acte de naissance pour l'enfant et lui confère la nationalité française comme nationalité d'origine, *cf.* la circulaire du 16 février 1999, 2.2.1.1, alinéa 3, *op. cit*.

69. Dans ce sens, *cf.* N. MEYER-FABRE, « La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994, 259, spéc. nº 46, p. 288. *Cf.* également B. STURLÈSE, « La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP* 1993, I, 3710, spéc. nº 28 : « [...] *ici, la reconnaissance de la décision ne peut être mise en échec que par un seul motif, strictement défini* ».

pas exclure par suite tout contrôle de l'aptitude des parents à adopter[70] ? Par ailleurs, l'ordre public en cause doit être restrictivement entendu. Selon l'article 24 de la Convention en effet, « *la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* » : non seulement la contrariété à l'ordre public devra être manifeste, mais celui-ci devra être concrètement apprécié, en considération de l'intérêt de l'enfant.

La problématique concerne donc la possibilité d'un refus de reconnaître l'effectivité de la situation régulièrement créée à l'étranger, du fait de sa contrariété à l'ordre public international français. De même qu'à propos de la reconnaissance du mariage conclu entre des personnes de même sexe, d'une manière générale, l'appréciation de l'existence d'un ordre public s'opposant à la reconnaissance des effets d'une adoption par deux personnes de même sexe ne va pas de soi. Si, à première vue, notamment l'état actuel de la législation et de la jurisprudence en matière d'adoption permet de fonder l'existence en France d'un ordre public susceptible de s'opposer à une telle reconnaissance, un examen plus approfondi des fondements et des conséquences d'un tel refus la remet en cause.

Tout d'abord, l'existence même d'un ordre public est incertaine. En effet, si par transposition des solutions retenues par la jurisprudence française, cet ordre public international signifie l'intérêt d'un enfant d'être élevé par des parents de sexes différents, la pertinence de cette dernière affirmation n'est cependant pas vérifiée en droit, ni dans les faits. Or l'exigence par la Convention du caractère manifeste de l'atteinte ainsi portée à l'ordre public (article 24) doit conduire le juge français à un examen approfondi quant à la véracité de cette considération, et non pas à se cantonner à un point de vue théorique ou moral.

L'ordre public pourrait-il être « enraciné » dans les dispositions de notre droit civil qui réservent la possibilité d'adopter conjointement, ainsi que le droit d'adopter l'enfant de l'autre, aux seuls couples mariés, alors que, mis à part les couples de même sexe néerlandais, belges, espagnols ou canadiens mariés, de telles adoptions sont le fait de couples de concubins ou liés par un partenariat ? Cela est possible, le juge a le pouvoir d'en décider ainsi. Seulement, cette considération va se heurter au second temps de l'appréciation : en regard de l'ordre public invoqué, la Convention exige avant tout que l'intérêt de l'enfant soit préservé.

Par ailleurs, plus encore qu'en ce qui concerne le mariage, le refus de reconnaître l'effectivité du lien de filiation ainsi institué à l'étranger apparaît irréaliste du point de vue de ses prétentions, ainsi que de ses conséquences.

Dans le cadre de l'Union européenne d'une part, il est permis de se demander si le fait de refuser aux parents de même sexe d'un enfant adoptif, ou à cet enfant, le bénéfice des droits normalement reconnus aux « *descendants* » d'un ressortissant de l'Union installé dans un autre État membre, serait conforme aux principes de libre circulation et de non-discrimination : *quid* de la légitimité du refus opposé par la France au ressortissant (ou à un

70. Selon P. BOUREL (*op. cit*, n° 216), dans le cadre de la convention de La Haye de 1993, « *le contrôle s'exerce sur la qualification et l'aptitude à adopter des futurs parents* » ainsi que « *sur les capacités éducatives, sociales et psychologiques dont les futurs parents doivent être dotés pour accueillir l'enfant* » : le texte de l'article 24 de la convention est au contraire explicitement restrictif. Or une telle appréciation ne serait-elle en contradiction avec la convention qui vise justement à s'assurer que l'État contractant qui a prononcé l'adoption, l'a fait « *dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux* » (Préambule) ? La certification par l'État qui a prononcé l'adoption que celle-ci est conforme aux exigences de la convention (article 23) est justement là pour donner au juge français toutes les garanties sur ce plan. Or comme l'auteur remarque lui-même, la contradiction que sous-entendrait la possibilité d'un tel contrôle : « *Si l'adoption a été prononcée par une autorité du pays d'origine de l'enfant* [c'est-à-dire ici par un État contractant], *il semble que l'on glisse ainsi vers une certaine forme de révision de la décision étrangère* ».

couple) néerlandais, danois ou espagnol que son enfant adoptif le rejoigne en qualité de « *descendant* » ? Il existe des risques importants que le refus soit considéré comme portant une atteinte substantielle au principe de libre circulation des personnes.

D'autre part, s'agissant de ses motivations, ce refus soulève une nouvelle fois la question de la pertinence de l'attitude consistant à s'opposer à l'effectivité d'une situation légalement constituée à l'étranger selon un modèle familial différent du modèle français, mais conformément à son ordre juridique, et qui plus est dans le respect des droits fondamentaux des individus.

Par ailleurs, une telle opposition suppose également la remise en question de l'appréciation, par les autorités étrangères, de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or la « *divergence* » ainsi constituée entre les États[71] serait d'autant plus difficilement compréhensible dès lors qu'ils adhèrent à la Convention du 29 mai 1993 : son objet, au travers de l'engagement à mettre en œuvre des critères et des contrôles précis, est justement de garantir aux autorités des autres États, que l'adoption prononcée dans un État signataire l'a été « *dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international* » (article 1er – a).

Enfin, sur le plan de ses effets, un tel refus aboutirait paradoxalement à nier l'existence des liens de l'enfant avec l'un de ses parents légaux (refus de considérer l'adoption de l'enfant de l'autre par le partenaire de même sexe) voire les deux (refus de reconnaître l'adoption par un couple de même sexe). Or la Convention insiste justement sur la nécessité de mettre en balance, de tempérer l'ordre public invoqué, en considérant avant tout l'intérêt de l'enfant en l'espèce[72] : face à une situation déjà constituée en fait comme en droit, il apparaît difficilement justifiable de s'opposer à sa reconnaissance en France au nom d'un ordre public (qui plus est s'il se réclame de la protection de l'intérêt de l'enfant) alors qu'en décidant ainsi, on risque au contraire de lui causer objectivement un préjudice.

Malgré les divergences actuelles, de nombreux éléments plaident donc en faveur de la reconnaissance en France de la pleine effectivité notamment d'une adoption conjointe par un couple de même sexe, régulièrement prononcée à l'étranger.

71. Pour H. MUIR-WATT, « *il est à espérer que pareille clause de sauvegarde* [l'invocation de l'ordre public visée à l'article 24 de la convention] *n'est que de style. Sa mise en œuvre effective impliquerait en effet une grave divergence entre les différentes autorités quant à l'intérêt de l'enfant* [...] ». La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1993-1994, p. 49.

72. *Cf.* l'article 24 de la convention *op. cit.*, qui dispose que « *la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* » ; B. STURLÈSE (*op. cit.*) relève à juste titre qu'« *il faudra donc conjuguer la défense de valeurs collectives avec l'appréciation d'un élément subjectif individuel* ».

CHAPITRE II

L'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation

Du fait de l'identité de leur sexe, les couples homosexuels sont particulièrement concernés par l'ensemble des « *pratiques biologiques et cliniques [...] permettant la procréation en dehors du processus naturel* »[73]. Par leur biais, un couple de lesbiennes pourrait prétendre à un don de sperme et à l'insémination de l'une d'entre elles ou des deux ; quant à un couple gay, il pourrait bénéficier d'un don d'ovocyte qui serait inséminé *in vitro* par le sperme de l'un d'eux, puis réimplanté chez une mère de substitution et, et/ou envisager l'insémination *in utero* de celle-ci par le sperme de l'un d'eux.

Par la loi du 29 juillet 1994 (réformée par la loi du 6 août 2004), le législateur français a organisé l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA). Au terme de l'article L. 2141-2 du CSP, seuls « *l'homme et la femme formant le couple* » peuvent prétendre en bénéficier ; ils doivent être « *vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ». Par ailleurs, il ne peut être répondu au souhait de bénéficier de l'une des techniques que dans le cas où cette assistance « *a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ». Ce dispositif est complété par l'article 511-12 du C. pén. : « *Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article* L. *1244-3 du CSP est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

Cet état du droit réservant l'accès aux techniques de PMA aux seuls couples hétérosexuels stériles conduit à exclure de plusieurs manières les couples de même sexe. Depuis 1999, bien que la notion de concubinage soit indifférente au sexe de partenaires, la permanence de la restriction par le CSP de l'accès aux PMA aux couples composés d'un homme et d'une femme atteint spécifiquement les couples de concubins de même sexe.

Cela étant, la seule disparition de l'exigence de différence de sexe du couple ne suffirait pas à assurer une égalité de traitement. En effet, la vocation actuelle des PMA est de pallier une infertilité pathologique. Or l'infertilité d'un couple de même sexe n'est pas pathologique, elle résulte de l'incapacité à procréer du fait de l'identité de sexe des partenaires.

De même, il n'existe pas un couple stérile, il n'y a que des individus incapables de se reproduire.

Dans une première perspective, la réalisation de l'égalité de traitement indifféremment à l'orientation sexuelle impliquerait donc la disparition, pour tous les couples ou seulement pour les couples de même sexe, de la condition tenant à l'infertilité du couple afin d'accéder aux PMA. Une deuxième voie pourrait être envisagée : la notion de « couple stérile », en tant que fiction juridique (dans la réalité il n'y a que des individus stériles), pourrait s'élargir aux couples de même sexe. Par ailleurs, afin de pallier l'impossibilité de procréer,

73. Article L. 2141-1 CSP.

la possibilité de conclure avec une autre femme une convention ayant pour objet la gestation pourrait être aussi réexaminée.

Notre droit réservant actuellement l'accès aux techniques de procréation assistée aux couples (hétérosexuels), un individu seul ne peut prétendre bénéficier d'une insémination, d'un don de sperme et/ou d'ovocyte ou d'embryon. Il n'existe pas ici de différence de traitement selon l'orientation sexuelle des individus. Cela étant, il est intéressant de noter qu'avant les lois bioéthique de 1994, la convention par laquelle un homme avait donné son sperme à une femme n'avait pas été jugée illicite. Dans un arrêt du 9 mars 1994, la Cour de cassation avait ainsi notamment rejeté le moyen tendant à réformer l'attribution de l'autorité parentale à l'homme qui, par convention, avait fait don de son sperme à la mère ; pour ce faire, cette dernière avait invoqué l'illicéité du contrat et sa contrariété à l'intérêt de l'enfant[74]. Or la haute juridiction avait écarté cet argument en faisant prévaloir la reconnaissance non contestée de l'enfant par le donateur[75], ce qu'a approuvé une partie de la doctrine[76]. Aujourd'hui, bien qu'une telle convention soit objectivement illicite au terme notamment de l'article 511-12 du C. pén.[77], il est néanmoins probable que dans une situation identique, c'est-à-dire dès lors que le père biologique a reconnu l'enfant, la solution serait identique : il conserverait son autorité parentale et un droit de visite et/ou d'hébergement lui serait attribué. En effet, comme cela avait été pressenti en 1994, non seulement le dispositif mis en place depuis n'a qu'un caractère préventif, dissuasif, qui peut donc être transgressé, mais dans ce cas, l'efficacité de la reconnaissance semble devoir supplanter la nullité de la convention.

Le droit issu des lois de bioéthique de 1994 dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». En outre, le législateur a pénalisé la pratique des intermédiaires[78]. De ce point de vue, il n'existe pas à proprement parler en la matière de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle : tous les individus et tous les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle, sont soumis à ce régime. Cela étant, pour les mêmes motifs que ceux précédemment énoncés, la possibilité

74. *Cf.* Cass. civ. 1re, 9 mars 1994, *Dalloz* 1995, *Jur.* p. 197, note E. MONTEIRO ; *Dalloz* 1995, *Somm.* p. 131 ; *Les Petites Affiches*, 28 septembre 1994, nº 116, note J. MASSIP ; *Les Petites Affiches*, 28 décembre 1994, nº 155, p. 24, note X. DAVERAT. Dans cette affaire, un homme avait convenu de donner son sperme à une femme afin qu'elle procède à son insémination artificielle et qu'ils aient ainsi « *un enfant en commun* » (tous deux vivaient en couple homosexuel). Un mois avant la naissance, ils avaient tous les deux reconnu l'enfant. Mais par la suite, la mère ayant quitté la région où les parents étaient domiciliés, le père a demandé que l'autorité parentale, en principe alors exercée de droit seulement par la mère, soit désormais exercée conjointement. Les juges d'appel ayant fait droit à sa demande, la mère s'était pourvue en cassation.

75. Cass. civ. 1re, 9 mars 1994, *op. cit.* : « *Mais attendu que la reconnaissance souscrite par M. X... n'ayant pas été contestée, la Cour d'appel était, dès lors, tenue de statuer sur la demande du père, conformément aux dispositions de l'article 374 C. civ.;* [...] *le moyen n'est pas fondé* ».

76. Ainsi, selon J. MASSIP, *op. cit*, l'analogie proposée par la demanderesse entre la convention de don de sperme et le cas des mères porteuses « *est parfaitement fallacieuse* » : « *En matière de maternité de substitution, la convention des parties est radicalement nulle car elle tend à disposer des facultés reproductrices de la mère porteuse et porte sur l'enfant à naître, en faisant échec au jeu normal des règles sur la filiation et sur l'autorité parentale. Ici rien de tel.* [...] *En outre, on ne saurait parler* [...] *de détournement des règles de l'insémination artificielle, car, contrairement à l'adoption, l'insémination artificielle n'est pas une institution* ».

77. *Op. cit*. Quoique littéralement, ce texte n'envisage que le don fait à un « *couple receveur* », et non à un individu.

78. L'article 227-12 du C. pén. incrimine « *le fait* [ou sa tentative] *de s'entremettre entre une personne et un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* » ; les peines sont doublées lorsque ces faits « *ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif* ».

pour un individu seul, homme ou femme, de recourir légalement à la maternité de substitution ne pourrait-elle pas être rediscutée ?

Concernant ces conventions, il convient tout d'abord de noter que la disposition par le législateur de leur nullité n'a pas résulté d'une condamnation unanime de la part des juristes : avant même l'intervention de la Cour de cassation, une partie de la doctrine et des juges du fond s'y était au contraire explicitement déclarée favorable[79], alors que d'autres étaient particulièrement réservés quant à une interdiction solennelle[80]. Ce faisant, ces juristes ont adopté et argumenté des positions explicitement plus ouvertes que celle notamment du Comité consultatif national d'éthique[81]. Même après l'arrêt de principe de la Cour de cassation en 1991[82], F. TERRÉ par exemple, bien que n'en approuvant pas «*nécessairement toutes les manifestations*», soutenait néanmoins «*dans son principe*» la maternité pour autrui au terme d'une discussion argumentée et proposait des dispositifs juridiques propres à favoriser sa pratique[83].

Qui plus est, dans la mesure où, au terme d'une jurisprudence constante, la Cour de cassation considérait comme nulles les conventions de mères porteuses, l'énoncé de cette règle

79. *Cf.* CA Paris, 15 juin 1990, Dalloz 1990, Jur. p. 540, note F. BOULANGER : «*La maternité substituée ne heurte pas non plus l'ordre public en tant que convention portant sur des choses qui ne sont pas dans le commerce, dès lors que, librement consentie et appliquée avec la prudence et les garanties qui s'imposent, il n'est pas démontré que, plus que d'autres modes de procréation artificielle ou de filiation de substitution, elle serait de nature à créer un danger social pour la femme et l'enfant ou entraverait le libre exercice de leurs droits par les autres membres de la société*». Selon F. BOULANGER, «[...] *le procédé de "maternité de substitution" soulève de graves problèmes* [...] *mais il ne mérite pas les anathèmes dont on l'a accablé.* [...] *La reconnaissance internationale d'un pareil procédé doit être approuvée et permet de mesurer la relativité des notions* [à propos de la notion d'indisponibilité de l'état des personnes]». Dans le même sens : Paris, 1re ch. civ., 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, 21653 : «[...] *la maternité de substitution, en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelles de ceux qui y souscrivent, hors de toutes préoccupations lucratives, doit être considérée comme licite et conforme à l'ordre public* [...]» (objet d'une note critique de B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU).

80. Dans ce sens, *cf.* J. RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1987, 489, nº 54 et s. : selon cet auteur, «*quitte à faire les plus expresses réserves sur la façon dont de jeunes femmes se proposent comme mères porteuses, sans avoir mesuré tous les risques, physiques et moraux, qu'elles encourent, il est difficile aujourd'hui de condamner en bloc le système*»; tout en estimant que «*cette pratique ne doit faire l'objet ni d'une législation, ni d'une réglementation*» du fait que cela aurait pour effet de «*consacrer l'institution* [des *"mères porteuses"*]*, reconnaître son existence*», son refus est également motivé par l'idée que «*l'admission ou le refus du principe de la maternité de substitution est un problème essentiellement moral*» et que «*la loi n'est pas faite pour s'immiscer dans la morale individuelle des citoyens, même pas, en l'occurrence,* [citant C. LABRUSSE-RIOU] *pour "énoncer quelques interdits", pour "cantonner... le champ des libertés qu'offre la technique"*»; faisant référence aux travaux de J. CARBONNIER, J. RUBELLIN-DEVICHI considère à l'inverse que «*notre droit moderne de la famille* [...] *est une éclatante démonstration*» de «*la séparation du droit de la morale*», le pouvoir d'interdire ayant été transféré du droit à d'autres systèmes de normes, mœurs, éthique, religion.

81. Comité consultatif national d'éthique, avis nº 3 du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*,* http://www.ccne-ethique.org : «*Le recours à cette pratique* [des "*mères de substitution"*] *est, en l'état du droit, illicite.* [...] *Telle est la loi, il ne faut pas la changer. Le Comité souhaite, au contraire, persuader toutes les personnes qui ont manifesté leur intérêt pour cette méthode de ne pas y recourir*».

82. Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21752, note F. TERRÉ : visant les articles 6 et 1128 du C. civ., la Cour de cassation énonce que «[...] *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes*»; dans le même sens : Cass. civ. 1re, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, nº 226, p. 165; Paris, 1er février 2001, *inédit*, *RTD civ.* 2001, 347, nº 24, obs. J. HAUSER (le tribunal refuse de prononcer l'adoption plénière par l'épouse de l'enfant de son conjoint en invoquant le recours à une convention de maternité de mère porteuse; pour ce faire, le jugement vise non l'article 16-7 du C. civ., mais les articles 6 et 1128 du même Code).

83. *Cf.* la note de l'auteur ss. Cass. 31 mai 1991, *op. cit.*; l'auteur y réitère *in extenso* un point de vue exprimé dès 1987 *in* F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, pp. 179-195).

dans le C. civ. n'a pas pu être motivée par un souci d'efficacité juridique[84], mais plutôt par la volonté de formaliser une condamnation morale.

Quoi qu'il en soit, compte tenu notamment des conditions dans lesquelles cette prohibition a été instituée, n'est-il pas possible d'entamer aujourd'hui une démarche inverse visant à permettre ce type de convention ? D'autant que des solutions alternatives à une interdiction totale ont depuis fait la preuve de la capacité du droit à allier et à garantir le respect de la volonté individuelle et le respect de l'intégrité et de la dignité des individus. En effet, si en 1994 la France s'est inscrite dans un mouvement d'interdiction commun à d'autres États européens[85], un dispositif législatif fondé sur une autre « *idée de la morale appliquée à la famille* » peut néanmoins être envisagé[86] ; dans cette perspective, le pragmatisme du modèle britannique peut constituer une source d'inspiration intéressante. Par une loi adoptée en 1985 et complétée en 1990, la Grande-Bretagne, tout en interdisant le recrutement et la candidature publique de *mère porteuse* ainsi que la rémunération d'intermédiaires, autorise la conclusion de conventions à titre onéreux ayant pour objet la procréation et/ou la gestation pour autrui[87]. Parallèlement, le législateur a entouré ces pratiques de garanties légales : d'une part, ce contrat de maternité de substitution n'est susceptible d'aucune exécution forcée ; d'autre part, la loi prévoit que la filiation peut être légalement établie à l'égard de celui des commanditaires qui a fourni ses gamètes, à l'exclusion de toute procédure d'adoption par la mère non biologique[88]. En cas de tentative de reconnaissance spontanée à l'état civil, cette filiation sera sujette à contestation comme constituant une adoption détournée, tant par le procureur général[89]que par la mère biologique[90].

Les relations avec l'enfant du partenaire de même sexe

Tout comme à propos d'un couple hétérosexuel, il se peut que dans un couple de même sexe, l'un des membres soit le parent légal d'un enfant résidant avec eux (que la résidence de cet enfant issu d'un précédant couple hétérosexuel ait été fixée chez ce parent ou que pour des raisons diverses (filiation établie à l'égard de lui seul par exemple), il soit légalement

84. Dans un registre mesuré compte tenu des sévères « *préoccupations* » exprimées par d'autres spécialistes (notamment les médecins et les psychanalystes, *cf*. D. MEHL, *Naître ? La controverse bioéthique*, collection « Société », Paris, Bayard Éditions, 1999, spéc. pp. 72-73), J. CARBONNIER recommandait ainsi en 1985 une simple « *abstention* » législative. L'auteur considérait en effet un « *trop peu d'expériences* » en la matière et l'absence d'un consensus, et estimait suffisant de s'en remettre au droit commun pour annuler ces contrats (ce qui a été le cas dès 1989) : par suite, la mère porteuse, « *en définitive, fera ce qu'elle voudra* » (rapport de synthèse. Première journée des travaux, *in* actes du colloque *Génétique, procréation et droit* « , (sous la direction de H. NUYSSEN), Arles, Actes Sud, 1985, p. 86). J. RUBELLIN-DEVICHI avait en substance adopté une position identique (*cf.* » Congélation d'embryon. Fécondation *in vitro*. Mère de substitution. Point de vue d'un juriste « , *in* actes du colloque *Génétique, procréation et droit*, *op. cit.*, pp. 307-328 ; » La gestation pour le compte d'autrui « , *Dalloz* 1985, *Chron.* p. 147).

85. *Cf.* L. BAQUÉ, *L'aide médicale à la procréation. Étude comparée des principales législations européennes*, thèse pour le doctorat en droit privé, université des sciences sociales de Toulouse, 1999, pp. 265 et s.

86. *Cf.* dans ce sens le rejet par la commission britannique Warnock chargée en 1984 de formuler un avis (favorable) concernant notamment la pratique de la maternité de substitution, à l'égard des arguments fondamentalement moraux (rapporté par L. BAQUÉ, *op. cit.*, p. 275).

87. *Surrogacy Arrangements Act* (1985) et *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFE Act, 1990) ; *cf.* L. BAQUÉ, *op. cit.*, pp. 274 et s.

88. Considérée comme un détournement : Cass. civ. plén. 31 mai 1991, Cass. civ. plén. 9 décembre 2003, n° 1644 F-P.

89. CA Rennes, 4 juillet 2002, n° 01-02471.

90. CA Rennes, 6 janvier 2005, n° 01-06089.

le seul titulaire de l'autorité parentale). Du point de vue du droit, le partenaire du parent n'est titulaire à l'égard de l'enfant, d'aucun droit ou devoir découlant de l'autorité parentale. Or, d'une part, la vie quotidienne peut nécessiter que ce partenaire dispose néanmoins de certaines prérogatives permettant qu'il intervienne en faveur de l'enfant ; d'autre part, dans l'hypothèse d'une séparation du couple ou de la disparition du parent légal, ce partenaire ne peut prétendre en tant que tel à l'attribution d'un droit de visite, et encore moins d'hébergement. En l'état actuel du droit positif et de la jurisprudence, la structure hétérosexuelle de la filiation, mais surtout les discriminations en matière d'adoption simple ou plénière de l'enfant du partenaire, confinent le beau-parent d'un couple de même sexe dans une situation encore moins favorable que le partenaire hétérosexuel s'agissant d'établir ou de maintenir des liens personnels avec l'enfant de l'autre.

LES DROITS DU « BEAU-PARENT » DE MÊME SEXE DURANT LA VIE COMMUNE

En l'état du droit, les relations du partenaire avec l'enfant dont l'autre est le parent légal ne sont pas considérées : juridiquement, le beau-parent n'existe pas. Même s'il partage le quotidien de l'enfant de son partenaire, même s'il subvient à ses besoins ainsi qu'à son éducation, même s'il noue avec lui une relation affective, il n'a cependant, en tant que tel, aucun droit ni devoir d'autorité parentale à son égard. Si, en l'état, le droit civil permet d'imaginer des substituts à l'absence de statut propre du beau-parent, ces transpositions ne sont pas toujours réalisables et en tout cas adaptées à ses relations avec le bel-enfant[91]. Établissement d'une filiation par le biais d'une reconnaissance ou de la possession d'état, adoption simple ou plénière de l'enfant du conjoint et enfin, délégation totale ou partielle de l'autorité parentale, ces différentes possibilités soulèvent chacune des difficultés constituant autant d'obstacles juridiques ou pratiques à leur réalisation effective. Et malgré l'appel en faveur d'un statut juridique propre et adapté du beau-parent, le gouvernement et le législateur ne semblent pas enclins à œuvrer dans ce sens, préférant aménager notamment le dispositif de la délégation.

Si les critiques de l'absence de statut propre du beau-parent valent indistinctement selon qu'il s'agit d'un couple de sexe différent ou de même sexe, en l'état actuel du droit, la situation est cependant encore moins favorable pour ce dernier, alors que les besoins des couples sont strictement identiques. Or le beau-parent de même sexe n'est même pas en mesure de surmonter les obstacles classiques concernant la création de liens de droit entre beau-parent et bel-enfant : si le beau-parent hétérosexuel se trouve dans *« une situation inextricable »*, n'ayant *« d'autre choix que de devenir parent ou de rester tiers »*[92], le beau parent homosexuel ne peut théoriquement espérer devenir parent.

La reconnaissance de l'enfant de l'autre

L'enjeu étant d'établir un lien juridique entre l'enfant du partenaire et le beau-parent, une première solution consisterait à établir un lien de filiation fictif au moyen d'une reconnaissance ou du constat d'une possession d'état. Or, en l'état actuel du droit, le caractère bisexué d'une double filiation juridique rend totalement inenvisageable et sans aucun intérêt l'usage d'un tel biais par un couple de même sexe : il s'agirait en effet pour le partenaire de contrarier la paternité (couple d'hommes) ou la maternité (couple de femmes) de son partenaire.

91. Sur l'ensemble de cette question, *cf.* l'étude de S. TROISVALETS, « L'autorité parentale dans les familles recomposées », *Les Petites Affiches*, 11 mai 2000, nº 94, pp. 12-22.

92. S. TROISVALETS, *op. cit*, p. 17.

L'adoption de l'enfant de l'autre par le partenaire de même sexe

La seconde voie envisageable pour le beau-parent, celle la « *mieux garantie de réussite* », est l'adoption. Pour les couples mariés, le C. civ. permet que l'enfant de l'un soit adopté par l'autre – plénièrement ou simplement. Si l'adoption simple n'est pas soumise à conditions, en revanche, l'adoption ne peut être plénière que si l'enfant n'a de filiation légalement établi qu'à l'égard de ce conjoint, ou lorsque l'autre parent s'est vu totalement retirer son autorité parentale, ou enfin lorsque cet autre parent est décédé et qu'il n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant (article 345-1 C. civ.).

Une telle possibilité d'adoption n'étant ouverte qu'aux couples mariés, les couples de même sexe subissent ici les conséquences de leur impossibilité d'accès au mariage : afin de conférer des droits au beau-parent de même sexe, ils sont victimes d'un traitement moins favorable du fait de cette impossibilité d'adopter l'enfant du conjoint. Pour ces couples, seul serait actuellement envisageable que le parent consente à l'adoption simple de son enfant par son partenaire[93]. Or, à supposer qu'il soit seul où que l'autre consente également à l'adoption, le (les) parent(s) n'y a (ont) aucun intérêt particulier : l'adoption simple par une personne seule a en effet notamment pour conséquence de déposséder de l'autorité parentale au profit de l'adoptant, c'est-à-dire en l'espèce son partenaire[94]. Il s'agira dès lors d'un transfert intégral de l'autorité parentale, inadapté à la situation du beau-parent. Ainsi, le TGI de Pontoise a rejeté la requête en adoption simple d'une femme qui souhaitait adopter les enfants de sa compagne issus d'une assistance médicale à la procréation à l'étranger au motif que « *si l'adoption était prononcée elle aurait pour effet de lui (la mère) faire perdre irrévocablement tous les droits d'autorité parentale qui seraient transférés à l'adoptant* »[95].

Du point de vue de la situation du beau-parent dans un couple de même sexe, ce contexte constitue un traitement moins favorable en raison de l'orientation sexuelle homosexuelle. En effet, dans la mesure où, en l'état du droit, l'adoption simple constitue pour un couple dont l'un est parent d'un enfant, le palliatif le plus envisageable concernant l'absence de statut du beau-parent, les couples de même sexe sont spécifiquement désavantagés puisque, soit ils ne peuvent pas prétendre utiliser ce substitut, soit celui-ci ne présente aucun intérêt dans cette situation.

La délégation d'autorité parentale

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale propose une alternative à l'absence de statut du beau-parent en proposant le mécanisme de la délégation d'autorité parentale. Les nouvelles dispositions du Code civil prévoient que « *lorsque les circonstances l'exigent* », un parent, ou les deux, pourront déléguer leur autorité parentale sur l'enfant, au profit notamment d'un tiers (article 377 C. civ.). Mais le ou les parent(s) titulaire(s) de l'autorité parentale ne peuvent valablement consentir une renonciation ou une cession de l'autorité parentale sans l'accord du juge (article 376 C. civ.). Toute convention privée à ce sujet est donc

93. Article 348-1 C. civ. : « *Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard de l'un ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption* » ; à propos de l'adoption simple par une seule personne, *cf.* pp. 203 et s. *Idem* si la filiation de l'enfant est établie à l'égard « *de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* » (article 348 C. civ.). Le TGI de Paris, dans une décision du 27 juin 2001, a prononcé l'adoption simple de trois enfants d'une femme par sa compagne.

94. Article 365 C. civ. : « *L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale* [...] ».

95. TGI, Pontoise, 24 avril 2003, inédit, cité *in* « Homosexualité, mariage et filiation. Pour en finir avec les discriminations », *Notes de la Fondation Copernic*, Paris, Éditions Syllepse, 2005, p. 44.

impossible. Si l'autorité parentale pourra être provisoirement déléguée, partiellement ou totalement, ce ne pourra être qu'au terme d'une décision du juge, soit sur requête conjointe du (des) délégant(s) et du délégataire, soit à l'initiative du délégataire « *en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* » (article 377, alinéa 2 C. civ.). Cette délégation aura concrètement pour effet de démunir le parent délégant de tout ou partie de son autorité parentale : il ne pourra plus exercer à l'égard de son enfant les droits qu'il a délégués.

Au terme de la loi, l'orientation sexuelle du couple ou du beau-parent est indifférente. Le délégataire peut être en effet « *un tiers* », « *un membre de la famille* » ou bien « *un proche digne de confiance* » (article 377 C. civ.). Le juge ne pourrait refuser une telle délégation dans le cas où le délégataire serait le partenaire de même sexe de l'autre parent. D'un point de vue formel, le délégataire partenaire de même sexe a également vocation à être considéré dans la même catégorie que le partenaire de sexe différent, à savoir probablement en tant que « *membre de la famille* » ou « *proche digne de confiance* ». C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation dans une décision du 24 février 2006, pour qui : « *L'article 377, alinéa 1, du Code civil 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* »[96].

LES DROITS DU « BEAU PARENT » DE MÊME SEXE LORS DE LA DISSOLUTION DU COUPLE

À la suite de la dissolution du couple, l'absence de liens juridiques entre l'enfant et le partenaire beau-parent ne met pas *a priori* ce dernier dans une position favorable s'il souhaite par la suite conserver des relations personnelles avec l'enfant. Un premier traitement moins favorable résulte du fait que le beau-parent dans un couple homosexuel dispose de beaucoup moins de possibilités d'établir un lien juridique avec l'enfant de son partenaire avant la dissolution du couple, et dans la mesure où c'est justement l'existence d'un tel lien qui permet de prétendre à certains droits lors de la séparation, dans des circonstances de fait identiques, il se retrouvera dès lors dans une situation plus défavorable que le beau-parent d'un couple hétérosexuel. En effet, c'est la qualité de titulaire de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant de l'autre qui permet d'invoquer les dispositions du C. civ. en cas de séparation du couple[97] ou de décès de l'un d'eux.

En l'absence d'un tel lien, en cas de décès du parent, s'il existe un autre parent légal, c'est à lui que l'autorité parentale sera dévolue « *en entier* » (article 373-1 C. civ.) ; dans ce cas, comme dans celui d'une séparation, le beau-parent pourra cependant invoquer en sa qualité de tiers une situation exceptionnelle, afin que le juge lui accorde un droit de correspondance ou de visite sur le fondement de l'article 371-4, alinéa 2 du C. civ. Le beau-parent d'un couple de même sexe est également en mesure de prétendre bénéficier de ce dispositif permettant de pallier l'absence de statut du beau-parent : le C. civ. n'opère aucune distinction selon l'orientation sexuelle du tiers en question. Le JAF du tribunal de Bressuire, dans un jugement rendu le 6 janvier 2000, a d'ailleurs fait une exacte application de ce principe en accordant à l'ex-concubine de la mère, un droit de correspondance et de visite à l'égard

96. Cass. civ. 1re ch., arrêt no 652 du 24 février 2006.

97. *Cf.* l'ensemble des droits attachés au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, dans la famille naturelle comme légitime.

des enfants dont elle est la marraine civile[98] et qu'elle a «*élevés avec elle*»[99]. Cette jurisprudence répond en tout point à celle déjà en vigueur à propos de l'attribution d'un droit de visite au beau-parent à la suite de la dissolution d'un concubinage hétérosexuel[100]. De même, la Cour d'appel d'Angers dans une décision du 11 juin 2004 a autorisé deux femmes à exercer l'autorité parentale conjointe en considérant que la compagne de la mère «*qui élève les enfants avec elle depuis leur naissance a la qualité de tiers digne de confiance*» et à la même Cour d'appel de rappeler que l'objectif de la réforme de la loi était «*d'accorder un statut juridique aux tiers qui, vivant avec l'un des parents et participant de l'entourage quotidien de l'enfant, tiennent auprès de lui un rôle affectif, éducatif et protecteur, indépendamment de tout lien filial*»[101]. Comme nous l'avons signalé, la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel d'Angers.

En outre, dans l'hypothèse où, le parent-partenaire étant décédé, l'autorité parentale était dévolue à l'autre parent légal ou à un tiers (article 373-1 C. civ.), le partenaire survivant disposerait en théorie de la possibilité de contester cette dévolution de l'autorité parentale et de demander que l'enfant lui soit confié. L'alinéa 2 de l'article 373-3 du C. civ. dispose que, saisi par «*la famille*» ou le ministère public, le JAF peut décider de confier l'enfant à «*un tiers*», avec ou sans ouverture d'une tutelle[102]. Tout comme l'est le conjoint ou le concubin de sexe différent, le partenaire survivant de même sexe devrait être admis à agir en qualité de membre de «*la famille*» du défunt, afin que l'enfant lui soit confié.

La création d'un lien de filiation homoparentale

L'établissement d'une égalité de traitement n'est pas actuellement envisagé : parmi les récents projets de réformes du droit de la famille, aucun ne propose de mettre un terme à ces différences de traitement touchant spécifiquement des individus et des couples en raison de leur orientation sexuelle. Au contraire, concernant par exemple le droit de l'adoption, la mission parlementaire a exprimé sa volonté de maintenir le traitement moins favorable des couples de même sexe[103]. Quant à la doctrine majoritaire, elle propose pêle-mêle,

98. Créé au cours de la Révolution puis tombé en désuétude, le baptême civil (ou républicain) est destiné à «*faire entrer l'enfant dans la communauté républicaine et à le faire adhérer de manière symbolique aux valeurs républicaines*» (http//www.service-public.fr); il n'est actuellement prévu par aucun texte, ce qui signifie que non seulement les maires ne sont pas tenus de le célébrer, mais surtout que les certificats ou documents délivrés à cette occasion n'ont aucune valeur juridique. Face à cette situation, «*l'engagement que prennent les parrains et marraines de suppléer les parents en cas de défaillance ou de disparition* [n'ayant] *qu'une valeur morale*», il est conseillé aux parents de les désigner tuteur par voie testamentaire (http//www.service-public.fr).

99. TGI Bressuire, JAF, 6 janvier 2000, *Dalloz* 2000, *IR* p. 88; le JAF retient qu'«*elle* [la concubine de la mère des enfants] *s'est largement impliquée dans la vie quotidienne et l'éducation des enfants qui l'appellent "tata" et la volonté des parties était bien de lui conférer le statut de "seconde mère"*».

100. Grenoble, 15 décembre 1997, *Dr. fam.* 1998, nº 38, note P. MURAT : droit de visite reconnu au concubin d'une adoptante sur le fondement de l'article 371-4, alinéa 2 C. civ.

101. Dans le même sens voir CA Lyon, 24 janvier 2006, nº 05-03059.

102. L'article 373-4 du C. civ. dispose que lorsque l'enfant est confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère, mais la personne à laquelle il a été confié peut accomplir «*tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation*». Quant à l'opportunité de l'ouverture par la suite d'une tutelle, la décision appartient au JAF (article 373-4, alinéa 2 C. civ.); sur l'ensemble de la question, *cf.* H. FULCHIRON, «L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès de l'un des parents», *JCP* 1990, I, 3452.

103. *L'enfant d'abord*, *op. cit.*, février 2006.

de supprimer la possibilité d'adoption par une personne célibataire[104], de distinguer, afin de permettre à « *une personne homosexuelle* » d'adopter, selon qu'il s'agit pour elle de « *combler le désir de donner une descendance à son couple homosexuel* » ou bien de « *prendre en charge un enfant délaissé* » (dans ce seul cas l'agrément pourrait être délivré)[105], ou bien encore d'étendre aux seuls concubins hétérosexuels notamment la possibilité d'adopter conjointement[106]. Afin d'être compris, le refus de principe opposé à l'égalité de traitement en raison de l'homosexualité doit tout d'abord être envisagé dans une approche plus globale de la question : il apparaît en effet que ce positionnement s'inscrit dans le prolongement d'une thèse tendant plus généralement à substituer une conception naturaliste du droit de la filiation, à la traditionnelle conception désincarnée jusqu'alors en vigueur. Car non seulement les postulats et les raisonnements fondamentaux du droit commun de la filiation contredisent les arguments invoqués au soutien de la différence de traitement, mais ils permettent en outre d'asseoir la légitimité de la demande d'égalité de traitement des individus et des couples, indifféremment à leur orientation sexuelle.

UNE REDÉFINITION NATURALISTE DU DROIT DE LA FILIATION

La réaction du juge en matière d'adoption, ainsi que la formalisation actuelle d'un discours destiné à justifier à la fois la pertinence et la permanence dans le domaine de la filiation, de traitements moins favorables en raison de l'homosexualité, ne peuvent être analysées et comprises hors du contexte du bouleversement plus vaste qui s'opère actuellement. Depuis le milieu des années 1990, une thèse progresse dans le champ du droit civil de la filiation, que l'on peut qualifier de naturaliste. Selon elle, la filiation devrait être calquée sur les conditions techniques de la procréation, à savoir la rencontre d'un ovule et de spermatozoïdes. En d'autres termes, la capacité naturelle de procréer déterminerait celle, juridique, d'être parent, « *comme si* [les compétences parentales] *étaient sécrétées par les corps* »[107].

La progression de ce nouveau modèle parental conduit aujourd'hui à ce que, s'agissant de déterminer qui peut être parent, deux modèles contradictoires tendent à coexister en droit civil[108]. D'un côté, on trouve le modèle classique issu en substance du C. civ. de 1804 ainsi que des réformes du droit de la famille opérées au cours des années 1960-1970, indifférent tant à la présence d'un ou de deux parents, qu'à leur sexe ; de l'autre, émerge un modèle naturaliste que l'on peut qualifier de couple parental hétérosexuel, défini par la différence de sexe de ses membres, mariés, concubins ou désunis, et qui tend à se substituer au premier. Or les quelques récentes consécrations légales et jurisprudentielles de ce second modèle constituent une transformation majeure de la logique du droit civil de la filiation qui a prévalu jusqu'ici. Il s'agit là d'une remise en cause majeure de la distanciation jusqu'alors justement recherchée entre, d'un côté, le droit – et notamment celui de la filiation – et, de l'autre, le biologique et le sexué, et plus généralement l'insoumission du premier à de quelconques invariants naturels, anthropologiques ou psychanalytiques. Ce mouvement va objectivement

104. Dans ce sens : C. NEIRINCK, « Filiation adoptive. Généralités », *Juris-Classeur Civil*, article 343 à 370-2 : fascicule 10, à jour au 25 mai 2000 ; F. TERRÉ (sous la direction de), *Rapport sur le droit de la famille*, groupe de travail composé de D. FENOUILLET, H. LÉCUYER et L. REISS, février 2001, http://www.asmp.fr/sommair6/gpw/droitfamille/accueil.html

105. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Faut-il réformer l'adoption ? », op. cit ; l'auteur « pense aux homosexuels de San Francisco, qui ont pu adopter des enfants abandonnés, séropositifs ou handicapés [...] ».

106. F. TERRÉ (sous la direction de), *op. cit.*

107. M. IACUB, « Homoparentalité et ordre procréatif », in *Au-delà du PaCS*, *op. cit*.

108. Pour un constat identique, *cf.* L. BRUNET, « Filiation artificielle et norme sexuelle », *La Mazarine*, mars 1999, pp. 22-29.

à l'opposé de ce qui a été construit depuis une trentaine d'années, c'est-à-dire un droit caractérisé par la diversité des modes d'établissement de la parenté, au-delà d'un unique modèle naturel, ainsi que par une indifférenciation des rôles parentaux.

L'« *impossibilité* », ou la contrariété à l'intérêt d'un enfant qui empêcheraient de penser l'égalité de traitement ou simplement de la réaliser, indifféremment à l'homosexualité du couple ou de l'individu, s'inscrivent dans le prolongement de l'émergence de ce modèle parental : à la fois ils l'initient, sous couvert d'un nouveau thème, et ils contribuent à le renforcer en permettant la diffusion de ce discours. En cela, en plus du fait que le droit civil traditionnel permet de penser une filiation établie indifféremment à l'orientation sexuelle de l'individu ou du couple, le refus de l'égalité de traitement fondé sur le caractère intrinsèquement et immuablement hétérosexuel de la filiation juridique doit également s'analyser du point de vue du droit comme participant d'une démarche non pas objective, mais idéologique. Quel que soit le jugement de valeur qui puisse par ailleurs être porté sur l'opportunité d'une naturalisation du droit civil de la filiation, il apparaît que si transformation des fondements juridiques de la filiation il y a, elle résulte de ce mouvement, et non de l'accès indifférencié des couples de même sexe à la filiation.

Le couple hétérosexuel comme modèle parental

Au cours des vingt dernières années, à contre-pied de la situation précédente, différents événements légaux et jurisprudentiels, plus ou moins concomitants, marquent l'apparition, puis la consécration en droit, d'un second modèle à la fois de filiation et d'éducation d'un enfant ; celui-ci est construit autour du couple, marié ou de concubins, nécessairement composé d'un homme et d'une femme. Il s'agit là d'un ajout majeur dans notre droit de la filiation.

Tout d'abord, les prises de positions libérales, ou du moins attentistes, de plusieurs juristes au cours des années 1980 quant aux conditions d'accès et d'exercice des nouvelles techniques de procréation assistée, témoignent rétrospectivement de ce que, compte tenu des caractéristiques traditionnelles du droit civil de la filiation, l'imposition d'un modèle parental hétérosexuel n'allait pas alors d'elle-même. Il apparaît au contraire que les termes finalement restrictifs des lois bioéthiques de 1994 sur ce thème, en s'imposant à de nombreux juristes, ont alors signifié l'institution en droit d'un nouveau fondement possible de la filiation.

Dès 1978, alors que les récents progrès des techniques médicales de conservation et d'insémination suscitaient déjà de nombreuses interrogations ainsi qu'un premier contentieux[109], une proposition de loi sénatoriale désireuse de conférer un cadre légal à ces pratiques avait admis notamment le principe de l'insémination artificielle de la femme « *non mariée* », c'est-à-dire seule, et ce contre l'avis du corps médical[110]. Mais surtout, comme le montre D. MEHL[111], lorsque le débat s'élabore au milieu des années 1980 au sujet du bénéfice des techniques de procréation assistée, au-delà de l'opportunité de légiférer, mis à

109. Relativement à la filiation paternelle de l'enfant conçu par insémination artificielle avec donneur : il s'agit du célèbre arrêt du TGI de Nice du 30 juin 1976 (*Dalloz* 1977, note D. HUET-WEILLER).

110. Article 9 de la proposition de loi n° 47 de MM. CALLAIVET et MÉZARD tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation, *JO Sénat* 26 octobre 1978, p. 2928 ; mais au regret des auteurs de la proposition, à la demande du gouvernement, cette possibilité n'a pas été pas maintenue par la Commission des affaires sociales (discussion et adoption le 5 juin 1980 du texte proposé par la commission des affaires sociales, *JO Sénat débats*, 6 juin 1980, p. 2397 et s.) ; sur cette proposition, *cf.* J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions sur une proposition de loi » tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation « , in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, pp. 371 et s., spéc. pp. 390 et s.

111. D. MEHL, *Naître ? La controverse bioéthique*, *op. cit*.

part « *les traditionalistes* » qui s'opposent à l'accès aux PMA par une seule personne et prônent de les réserver aux couples stériles[112], les positions adoptées par de nombreux juristes étaient sinon ouvertement libérales, du moins majoritairement pragmatiques, invitant à la réflexion avant toute restriction de principe. En s'autorisant alors *a minima* cette liberté de pensée, ces juristes ne s'estimaient contraints par aucune considération d'ordre anthropologique ou psychanalytique. Cette spécificité de l'attitude de la doctrine juridique est d'autant plus intéressante que dans le même temps, le CCNE avait adopté un avis recommandant expressément que le recours à la FIVETE[113] ne puisse « *concerner exclusivement* [que] *des couples, souffrant d'une stérilité ou d'une hypofertilité avérées, et animés d'un projet parental commun, inscrit dans le cadre d'une relation stable et effective de l'homme et de la femme* »[114].

En sa qualité de garde des Sceaux, R. BADINTER prônait alors au contraire une très grande liberté en la matière, justifiant au regard du droit notamment la liberté pour une femme seule de recourir à ces techniques et dénonçant, à défaut, une discrimination en raison de la situation matrimoniale, ainsi qu'une atteinte à la vie privée. Le ministre s'était également prononcé contre le principe de l'interdiction du recours aux mères porteuses[115]. Son raisonnement était fondé sur le respect des Droits de l'Homme, et notamment celui, « *essentiel* », de « *donner la vie, de remplir plus complètement sa destinée humaine, et d'assurer sa descendance* » : c'était là selon lui, un droit que « *l'être humain doit se voir reconnaître et garantir par la loi pour pouvoir espérer atteindre l'épanouissement de sa personne qui est la fin de toute organisation sociale dans une démocratie* »[116] ; R. BADINTER poursuivait : « *Le droit de donner la vie ne peut être refusé à une femme qui veut avoir un enfant, on ne saurait donc lui interdire les moyens. Sauf à entrer dans un type de société différent* ». Tout comme ce raisonnement, sa conclusion renvoie à la situation des couples de même sexe : selon lui, « [...] *toute discrimination à cet égard, quel qu'en soit le fondement théologique, philosophique ou politique, ne peut être que source d'injustice humaine* »[117].

Pour sa part, dans un ouvrage consacré à l'ensemble des nouvelles interrogations bioéthiques, F. TERRÉ ne prônait à cette époque aucune interdiction de principe et invitait au contraire à une réflexion ouverte[118]. L'auteur considérait qu'une interdiction d'accès aux PMA des « *demandeurs d'enfant* » qui ne sont pas « *inspirés par une raison thérapeutique* » serait « *peu satisfaisant*[e] » : selon lui en effet, « *semblable intrusion dans la vie privée serait contraire à cette liberté dans la procréation que le développement de la procréation, fût-ce pour convenances personnelles, a contribué à établir* »[119]. À propos des demandeurs célibataires, là encore, F. TERRÉ n'adoptait aucun rejet de principe. Au contraire, considérant « *le nombre croissant* » de familles monoparentales tant légitimes que naturelles, l'adoption

112. D. MEHL, *op. cit.*, pp. 236-238, se référant aux positions de J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, développées et argumentées dans leur ouvrage, *Produire de l'homme. De quel droit ?* Paris, PUF, 1987.

113. Fécondation *in vitro* et transfert d'embryon.

114. » Aucune autre indication médicale de la FIVETE ne peut aujourd'hui être proposée « , avis nº 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques, http://www.ccne-ethique.org

115. Il exprime son point de vue à l'occasion d'un discours prononcé en mars 1985 lors d'une réunion du Conseil de l'Europe, reproduit sous le titre « Les droits de l'homme face aux progrès de la médecine, de la biologie et de la biochimie », *Le débat*, nº 36, septembre 1985, pp. 4-14 ; il confirme et précise ses positions quelques mois plus tard dans un article, « Lecture faite... », *Le débat*, nº 36, septembre 1985, pp. 37-39.

116. R. BADINTER, « Lecture faite... », *op. cit.*, p. 39.

117. R. BADINTER, « Lecture faite... », *op. cit.*, p. 39.

118. F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, *op. cit.*

119. F. TERRÉ, *op. cit.*, pp. 156-157.

plénière par un célibataire, il s'interrogeait : « *La formation d'une famille monoparentale par voie de procréation assistée est-elle donc condamnable ? Et doit-elle être combattue par le droit ? Ou seulement contrecarrée ? Ou simplement permise ?* » ; enfin, quant à l'argument du *besoin* pour un enfant d'avoir un père et une mère, l'auteur est critique : « *Force est pourtant de constater l'existence d'opinions discordantes ou de mises en garde – minoritaires, il est vrai – contre les formules trop radicales. La psychologie n'est pas une science exacte, la psychosociologie encore moins. Celle de l'enfant n'est pas assez développée pour que l'on puisse asseoir sur les résultats actuels de ses investigations des conclusions vraiment décisives à propos de l'adoption plénière, surtout quant elle émane d'un célibataire. À plus forte raison en est-il ainsi de la procréation assistée* »[120].

Globalement sur la question de l'accès aux PMA, c'est donc sinon un libéralisme, du moins un attentisme certain qui prévaut à cette époque parmi les juristes[121] : dans leur ensemble, ils ne sont pas partisans par principe d'une réglementation spécifique et surtout restrictive, de l'accès à ces techniques aux seuls couples hétérosexuels stériles ; *a minima*, la réflexion est ouverte.

Quant à l'argument de la nécessité d'établir une filiation biparentale maternelle et paternelle, lorsqu'il était invoqué, ce n'était alors que comme « *un droit de l'enfant* »[122], lui-même critiqué, et il demeurait l'apanage notamment des juristes catholiques. En 1988, A. SÉRIAUX dénonçait ainsi le développement, selon lui « *ni moralement ni juridiquement acceptable* », des techniques de « *procréation artificielle* », et notamment de l'insémination avec donneur[123]. Il invoquait alors « *le droit de tout enfant à naître dans des conditions normales – celles que tissent la nature –* », ainsi que « *le risque de mettre au monde un enfant irrémédiablement privé d'une partie de ses origines familiales* »[124] : « *A-t-on le droit*, s'interrogeait alors l'auteur, *au nom de la souffrance que cause l'infécondité, d'imposer à un enfant de venir au monde dépourvu de tout lien biologique avec son véritable géniteur, privé pour partie de tout repère généalogique ? Le maillon qui relie chaque homme à ses ancêtres est une partie essentielle et intime de son être* »[125].

À propos de cet argument, un tournant qui déterminera les orientations législatives à venir va être pris avec la publication du « rapport BRAIBANT » commandé au Conseil d'État en

120. F. TERRÉ, *op. cit.*, pp. 174-175. Sur cette question, l'auteur se révèle plus libéral par exemple que J. RUBELLIN-DEVICHI qui, en 1982, estimait que « *l'insémination de la femme seule ne doit pas être considérée comme un bien* » du point de vue notamment de l'intérêt de l'enfant que l'on « *prive d'un parent ; il naît à demi-orphelin* », et faisait « *les plus expresses réserves sur la licéité du procédé* » (*op. cit).*

121. D'ailleurs relayé dans les propositions d'un premier rapport officiel rendu en 1986 : M.-O. ALNOT, C. LABRUSSE-RIOU, J. MANDELBAUM-BLEIPTREU, Y. PEROL, J.-P. ROSENCZVEIG, *Les procréations artificielles. Rapport au premier ministre*, collection « Rapports officiels », Paris, La Documentation française, 1986, *cf.* D. Mehl, *op. cit.*, pp. 248-250.

122. C. LABRUSSE-RIOU, « Don et utilisation de sperme et d'ovocyte. Le point de vue d'un juriste », pp. 255-276, spéc. p. 266. Plus généralement, D. Mehl (*op. cit.*, p. 334) note que jusqu'à la fin 1986, « *le climat des premiers débats est plutôt serein* » ; ce n'est qu'à partir d'un appel de J. Testard en septembre 1986 que le thème des dérives devient récurrent, et notamment la « *dérive des demandes* ».

123. A. SÉRIAUX, « La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités », *Dalloz* 1988, *Chron.* p. 201, nº 1.

124. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, nº 1.

125. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, nº 16, p. 204 ; *cf.* également *La vie prénatale. Biologie, morale et droit*, actes du VIe colloque national des juristes catholiques, Paris, 15 au 15 novembre 1985, Paris, éditions Téqui, 1986 et notamment la contribution de J.-F. VOUIN (« La procréation artificielle et la remise en cause du droit de la filiation et de la famille », pp. 137 et s.), qui invoque notamment « *le droit pour un enfant d'avoir un père et une mère* » défini par l'« *ordre public familial* » au nom de « *la cohérence de toute la société civile* ».

1986 et rendu au gouvernement en 1988[126]. En effet, pour la première fois dans un document officiel susceptible d'orienter directement des choix juridiques, la décision de réserver l'accès aux techniques de procréation assistée aux seuls couples (hétérosexuels) y est présentée comme l'« *affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté* ». La justification de cette restriction au couple hétérosexuel est alors explicitement supra-juridique : selon les auteurs en effet, « *tout enfant a, normalement, une mère et un père. Sans aller jusqu'à énoncer qu'en tout enfant existe un droit fondamental à la "biparenté", il est au moins nécessaire de reconnaître, en tout enfant, une vocation naturelle et légitime, le bienfait d'avoir un père et une mère et d'être élevé par deux parents.* [...] *une institution nouvelle a besoin de s'adosser à un modèle. Il est bon de proposer à la procréation médicalement assistée le modèle d'une famille plénière* »[127]. Les trois rapports suivants convergeront sur la nécessité de réserver l'accès aux PMA aux couples hétérosexuels stériles ; quant à la première loi de 1992 abandonnée en cours d'adoption, puis aux lois bioéthique de juillet 1994, elles conserveront cette disposition qui institua légalement un modèle parental hétérosexuel dans notre ordre juridique.

En outre, c'est également à cette époque que la prééminence d'un modèle parental hétérosexuel s'est imposée au sein de la jurisprudence du Conseil d'État à propos de l'adoption par un célibataire. C'est en effet à partir de 1994 que, bien que n'exigeant pas la présence effective d'un père ou d'une mère au foyer d'accueil, le Conseil d'État a adhéré à la préoccupation des services sociaux chargés de l'instruction de la demande, « *qu'on* [n']*occulte pas* [à l'enfant] *l'image des deux sexes et les fonctions respectives du père et de la mère* »[128]. Jusqu'alors, les juridictions administratives avaient au contraire cherché à contenir ce qui était dénoncé comme l'une des dérives inquisitoriales et moralistes de la procédure d'agrément du candidat à l'adoption[129]. Contre ces pratiques, le Conseil d'État exigeait ainsi explicitement une appréciation *in concreto* de la situation, sanctionnant tout jugement motivé *in abstracto* par une qualité de l'adoptant[130]. Conformément à la prohibition de tout refus d'agrément « *motivé par la seule constatation de l'âge ou de la situation matrimoniale*

126. *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, rapport du groupe de travail dirigé par G. BRAIBANT, Conseil d'État, collection « Section du rapport et des études », Paris, La Documentation française, 1988 ; parmi les universitaires membres de ce groupe, se trouvent G. CORNU, C. LABRUSSE et J. ROBERT.

127. Rapport *op. cit*, p. 57. C'est dans ce document qu'est énoncée la formule reprise par la suite au cours de débats parlementaires, « *deux parents et pas un de plus; deux parents et pas un de moins* ».

128. M. HEERS, concl. ss. CAA Paris, 3e ch., 26 janvier 1999 (deux arrêts), *op. cit*, p. 146.

129. En ce sens, *cf.* J.-Y. PLOUVIN, note sous TA Paris 25 janvier 1995, *op. cit.* ; traditionnellement, la procédure d'agrément est sévèrement critiquée (tant dans son objectif, que dans son déroulement, ou quant aux capacités même des assistantes sociales) : *cf.* B. TRILLAT, *L'adoption : essai sur les institutions*, Presses universitaires de Lyon, 1995, pp. 297 et s. (thèse inachevée, complétée par J. RUBELLIN-DEVICHI (sous la direction de).

130. *Cf.* en ce sens les conclusions éclairantes du commissaire du Gouvernement HUBERT, sous CE, 4 novembre 1991, AJDA 1992, 65 : « *Il importe qu'un refus ne soit pas justifié par un "profil" particulier, qu'il s'agisse de psychologie ou de mode de vie : tout citoyen a le droit, en principe et sauf empiétement sur la liberté d'autrui, de choisir son mode d'existence ou d'assumer ses complexes ou ses contradictions sans craindre d'être sanctionné par l'autorité administrative* ». *Cf.* en pratique, le caractère pragmatique des différents motifs de refus répertoriés par P. VERDIER, « L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État à la lumière de la pratique et de la jurisprudence », *Rev. dr. sanit. et soc.* 1992, 354, no 8. De la même façon, il considère que l'appartenance à une confession ne peut à elle seule justifier un refus d'agrément : l'administration doit considérer l'existence de dangers tangibles, objectifs, pour l'enfant ; ainsi, est légitime le refus opposé à un couple faisant connaître leur adhésion aux témoins de Jéhovah et au refus de la transfusion sanguine, dès lors que les candidats n'offrent pas de garanties suffisantes quant au fait que ce principe ne sera pas mis en œuvre à l'égard de l'enfant (CE 1re et 4e ss-sect., 24 avril 1992, *département du Doubs c./M. et Mme FRISETTI*, *JCP* 1992, IV, 1848, note M.-C. ROUAULT.

du demandeur ou de la présence d'enfant à son foyer »[131], la haute juridiction annulait le refus d'agrément lorsqu'il avait été motivé par le célibat de la candidate[132]. Dans un arrêt du 24 avril 1992, le Conseil d'État avait retenu une solution identique à propos d'un célibataire masculin, annulant le refus d'agrément motivé par sa conception de la cellule familiale – il « *refus* [ait] *le principe même d'une vie de couple et se dis* [ait] *indifférent à l'aspect charnel de son épanouissement* » – et alors que des « *tendances homosexuelles refoulées* » avaient été pointées par l'enquête sociale[133].

C'est en 1994 que les magistrats du Palais-Royal opèrent leur changement de doctrine. Désormais, si le choix de ne pas mener une vie de couple – sous-entendu hétérosexuel – ne peut en soi toujours pas valablement motiver un refus d'agrément, en revanche, non seulement l'opposition de l'adoptante à la présence d'une image paternelle peut légitimement fonder un refus, mais également la simple absence de cette image dans le projet ou bien encore le fait de ne pas la considérer comme « *indispensable* » pour l'enfant.

Nonobstant la difficulté à appréhender la subtilité de cette distinction[134], en raisonnant ainsi, le juge entérine une exigence explicitement à l'encontre de l'esprit de l'article 343-1 du C. civ. Plus encore, il exige malgré la spécificité de l'institution – l'enfant sera légalement rattaché à un unique parent et *a priori* élevé par lui seul – des gages d'hétérosexualité de ce type de filiation. Cela tient au fait que le juge cherche à faire correspondre à tout prix le droit à l'idée selon laquelle, pour le bon équilibre et l'épanouissement d'un enfant, celui-ci doit être élevé par deux individus de sexes différents.

Sans être en mesure de démontrer l'existence d'un lien objectif de causalité, l'accueil par le Conseil d'État des considérations concernant la nécessité d'une image de l'autre sexe dans le projet d'adoption par un individu seul, coïncide cependant dans le temps avec la teneur des débats à partir de 1992, et l'entrée en vigueur de la réglementation de l'accès aux PMA. Or celle-ci est justement marquée par une volonté, malgré l'incapacité à procréer des candidats, d'imiter la procréation et la filiation biologique, que ce soit en réservant l'accès aux couples – hétérosexuels – et surtout de faire ressembler le plus possible ces faux parents biologiques à de vrais parents biologiques afin de donner l'équivalent d'une garantie de compétence parentale. La recherche d'une image de l'autre sexe par la jurisprudence administrative s'inscrit dans une perspective identique.

Depuis, la percée de la thèse promouvant l'exigence d'un dualisme parental hétérosexuel seul conforme à l'intérêt de l'enfant se trouve confirmée de différentes manières.

Tout d'abord, concernant l'agrément à l'adoption, la prohibition réglementaire du refus d'agrément « *motivé par la seule constatation de l'âge ou de la situation matrimoniale du demandeur ou de la présence d'enfants à son foyer* »[135] a disparu. En effet, le décret du 1er septembre 1998 se substituant aux dispositions du décret du 23 septembre 1985 a

131. Article 9, alinéa 2 du décret nº 85-938 du 23 août 1985 relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État, *JO* 5 septembre 1985, p. 10273.

132. CE, 4 novembre 1991, *président du Conseil général des Yvelines c./Mlle L.*, *op. cit.*

133. CE 1re et 4e ss-sect., 24 avril 1992, *département du Loiret c./Tissier*, *op. cit.* ; *cf.* dans la même affaire, la décision du TA d'Orléans, 22 janvier 1991, *Tissier*, *JCP* 1991, IV, p. 392 : en l'espèce, les psychologues avaient noté chez le candidat à l'adoption des « *tendances homosexuelles refoulées* », mais le refus de délivrer l'agrément n'avait cependant pas été explicitement motivé par ce constat.

134. Dans ce raisonnement, où se trouve en effet la différence entre l'absence d'image paternelle dans le projet d'adoption – qui légitime le refus d'agrément – et la volonté de ne pas former un couple – qui n'autorise pas le refus ?

135. Article 9, alinéa 2 du décret nº 85-938 du 23 août 1985, *op. cit.*

abrogé cette disposition protectrice[136]. C'est un signe important. Bien qu'au terme de sa jurisprudence, le Conseil d'État se soit déjà affranchi de la prohibition du décret de 1985, en considérant fondé le refus d'agrément motivé par l'absence de référent à l'autre sexe, la disparition de cette prohibition réglementaire conforte cependant cette jurisprudence de manière solennelle.

En outre, on observe de la part de la doctrine un glissement sémantique intéressant à propos de l'article 343-1, alinéa 1 du C. civ. En effet, la possibilité pour « *toute personne* » de demander l'adoption est aujourd'hui présentée comme la possibilité d'établir un lien de filiation à l'égard d'« *une seule personne* », et non pas d'« *une personne seule* »[137]. Cette distinction est fondamentale car, par suite, elle permet de justifier l'exigence actuelle opposée au célibataire, de la présence d'une image de l'autre sexe. Cependant, cette interprétation est contraire à l'esprit de la loi : jusqu'alors, il s'est tout autant agi de permettre, sans distinction, l'adoption par une seule personne que par une personne seule ; *a contrario*, l'adoption par un célibataire au sens juridique du terme – qui n'est pas marié – aurait dû être réservée à l'individu vivant cependant en concubinage : c'est le seul moyen de s'assurer *a minima* de la présence d'un second référent en dépit d'un seul lien légal de filiation.

Enfin, c'est désormais dans le discours du gouvernement que la progression de cette thèse peut être mesurée : après s'être trouvée au cœur des rapports commandés en préparation de la réforme du droit de la famille[138], cette perspective naturaliste faisant du couple parental hétérosexuel uni non seulement un idéal mais une contrainte culturelle, caractérise en substance la philosophie des réformes récentes et de nombre de projets[139].

La radicalisation du mouvement face aux parents de même sexe

Ce n'est donc que depuis le milieu des années 1990 que l'exigence qu'une filiation légale ne puisse être établie qu'à l'égard de deux individus de sexe différent – au mieux ses géniteurs – est apparue au législateur et au juge, comme un paradigme, un fait – naturel ou culturel – auquel le droit ne saurait échapper. Jusqu'alors pourtant, une telle présentation ne semblait être portée que par certains auteurs catholiques. Aujourd'hui, cette même exigence de respect de repères généalogiques – visant autrefois les origines biologiques, et aujourd'hui l'établissement d'une filiation à l'égard de deux individus de sexe différent – est beaucoup plus largement invoquée au soutien d'une conception bisexuée de la filiation – c'est-à-dire l'exigence d'un couple parental de sexes différents. Quant à l'ordre invoqué, il n'est plus seulement naturel ou public, mais symbolique.

Dans ce contexte général de mutation des fondements du droit de la filiation, les prises de positions à propos de l'homosexualité et de la filiation doivent être bien comprises :

136. Au terme de l'article 13 du décret n° 98-771 du 1er septembre 1998 relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État ou un enfant étranger (*JO* 4 septembre 1998, p. 13519), le décret de 1985 est abrogé et le nouveau décret ne reprend pas les dispositions de l'ancien article 9.

137. Dans ce sens par exemple : F. DREIFFUS-NETER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *Dalloz* 1998, *Chron.* p. 100.

138. Il s'agit des rapports de I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rendu en octobre 1998 et de F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rendu en septembre 1999.

139. *Cf.* en ce sens l'intervention de l'ancien ministre déléguée à la Famille, à l'enfance et aux personnes handicapées, S. ROYAL, le 4 avril 2001 à propos des projets de réforme du droit de la famille, *op. cit* ; la ministre propose notamment de « *réinstituer plus solidement le lien familial autour de la sécurisation de la double filiation et de l'égale responsabilité des deux parents de sorte que chaque enfant y trouve le cadre structurant qui lui permette de grandir* [...] ».

l'homoparentalité n'apparaît que comme un thème particulier à propos duquel la prééminence, voire l'unicité en droit d'un modèle parental hétérosexuel tend à être entérinée. La question de l'égalité de traitement dans l'accès à l'établissement d'une filiation indifféremment à l'homosexualité, ne vient que réactiver, radicaliser, en réaction, le mouvement de mutation du modèle parental civiliste précédemment engagé. Tout comme à l'encontre des familles monoparentales à partir des années 1950, le rejet d'une filiation établie à l'égard d'un individu homosexuel ou d'un couple de même sexe, apparaît comme un nouveau thème permettant d'asseoir le couple parental hétérosexuel en tant que mode d'organisation familial naturel. Ainsi, afin de justifier le traitement différencié des couples homosexuels en matière d'accès à la filiation, le modèle parental hétérosexuel est opposé en tant qu'invariant du meilleur intérêt de l'enfant et, plus généralement, de l'équilibre de notre société : ce serait un fait auquel notre droit civil ne pourrait que se soumettre.

Tout comme à l'encontre de la famille monoparentale, l'argumentation centrale repose sur l'affirmation d'une idée communément admise, une donnée objective, selon laquelle, d'une part, l'intérêt d'un enfant serait d'être élevé par un homme et une femme, un père et une mère, de préférence unis : ce serait là pour lui *« un besoin »*. D'autre part, dans l'établissement de liens de filiation, le droit ne saurait qu'imiter la nature et l'acte sexuel procréateur et de ce fait exclure les couples de même sexe[140]. C'est explicitement ce qu'invoque l'État afin de motiver son refus de mettre un terme au traitement moins favorable des couples de même sexe en matière d'adoption, en énonçant qu'« [un enfant] *a besoin, pour la construction de son identité psychique, sociale ou relationnelle, d'avoir face à lui au cours de son enfance et de son adolescence, un père et une mère* ».

Or, d'un point de vue empirique, il apparaît que la « *nécessité* », pour l'intérêt d'un enfant, d'être élevé par deux parents ne constitue pas une telle donnée objective. Au contraire, depuis maintenant plusieurs décennies, des études successives remettent en cause la véracité de cette affirmation, ainsi que la pertinence du critère de l'orientation sexuelle afin d'apprécier l'intérêt de l'enfant[141]. À ce jour, de nombreuses études concernant le développement des enfants élevés ou conçus dans un milieu homoparental ont été menées[142], dont il en ressort en substance que le fait d'être élevé par un parent homosexuel ne porte pas spécifiquement atteinte à l'intérêt de l'enfant, que ce soit concernant d'éventuels troubles psychologiques et psychiatriques, des troubles du comportement, une perte de l'estime de soi, l'intelligence, ou des difficultés dans les relations sociales[143], cette situation se confirmant

140. Relevé par M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *op. cit*, pp. 122-123.

141. Ainsi, dès 1976, l'*American Psychological Association* adoptait une résolution considérant que le sexe, l'identité sexuelle ou l'orientation sexuelle du parent naturel, du candidat à l'adoption ou du beau-parent ne devait pas être l'élément l'unique ou essentiel afin de décider de l'autorité parentale ou du placement (« *the sex, gender identity, or sexual orientation of natural or prospective adoptive or foster parent should not be the sole or primary variable considered in custody or placement cases* » : J.-J. COUGER, « Proceeding of the American Psychological Association, Inc., for the year 1976 : minutes of the Annual Meeting of the Counsel of Representatives », 32 *Am. Psychologist* 408, 432 (1977).

142. *Cf.* les références bibliographiques rapportées in : S. GOLOMBOK, *Parenting : what really counts ? Op. cit.* ; *cf.* également in E.C. PERRIN and the Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, « Technical Report : Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents », *op. cit. infra* ; en France, l'étude de référence est celle de S. NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental. Étude sur un échantillon de 58 enfants élevés par des parents homosexuels*, *op. cit.*, spéc. pp. 116-132 et les nombreuses références bibliographiques.

143. Selon S. NADAUD, *op. cit.*, pp. 127-130, « [...] *aucune étude ne trouve de troubles plus importants chez les enfants de mères lesbiennes que chez les enfants de mères hétérosexuelles* ».

à l'âge adulte[144]. Pour sa part, l'*American Academy of Pediatrics* considère que l'ensemble des études menées sur ce thème depuis le début des années 1980 démontre valablement qu'il n'existe pas de d'incidences concernant la santé des enfants ou la capacité a être parent, qui puisse être fondée sur l'homosexualité du ou des parent(s)[145]; aussi, l'association recommande-t-elle aux pédiatres de se familiariser avec ces études scientifiques, et soutien « *le droit de toute enfant et de toute famille à la sécurité financière, psychologique et légale résultant du fait d'avoir deux parents légalement reconnus* »[146]. L'étude menée en France par S. NADAUD tend d'ailleurs à corroborer les conclusions des études anglo-saxonnes[147], l'auteur observant en effet que « *toutes les études réalisées à ce jour* [...] *ne montrent pas de différence significative, dans quelque domaine que ce soit, entre les enfants issus d'un milieu homoparental et les enfants issus d'un milieu plus "classique"* »[148].

La tentation pourrait être grande d'invoquer ces études afin de trancher la question juridique de l'homoparentalité. Mais notre propos n'est pas celui-ci. Au surplus, ces travaux doivent être considérés dans leur exacte dimension : d'un maniement souvent difficile, ils n'ont en toute hypothèse aucune prétention à établir une vérité scientifique à laquelle il conviendrait de se rallier. En revanche, ils apportent un éclairage important sur les réalités de l'homoparentalité et ils concourent à mettre à jour la nécessité d'un débat public sur ce thème, au-delà de toute attitude dogmatique qui considérerait comme un fait la compétence du couple hétérosexuel ou qui retiendrait l'homosexualité comme a priori une fin de non-recevoir.

Une étude descriptive et prospective du droit civil de la famille appelle également à l'ouverture d'un débat, tout en précisant l'état d'esprit du droit commun de la filiation. Il apparaît en effet que, si mutation du droit civil il devait y avoir, celle-ci ne résulterait pas de l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un seul individu homosexuel ou de deux individus de même sexe : si les schémas classiques du droit sont actuellement bouleversés, c'est plutôt du fait de la présentation du couple hétérosexuel comme un paradigme notamment de la filiation juridique. Car dans la logique traditionnelle du droit civil de la filiation, au-delà des apparences, la question d'un lien de filiation établi à l'égard de personnes de même sexe ne pose pas en soi de difficultés particulières au droit.

144. Résultats notamment de l'étude menée par F. TASKER et S. GOLOMBOK (« Adults raised as children in lesbian families », *American Journal of Orthopsychiatry* 65 : 2, 203-15), rapportés par S. NADAUD, *op. cit.*, pp. 130-132.

145. E.C. PERRIN and the Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health (American Academy of Pediatrics), « Technical Report : Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents », *op. cit.* : « *The small and nonrepresentative samples studied and the relatively young age of most of the children suggest some reserve. However, the weight of evidence gathered during several decades using diverse samples and methodologies is persuasive in demonstrating that there is no systematic difference between gay and nongay parents in emotional health, parenting skills, and attitudes toward parenting. No data have pointed to any risk to children as a result of growing up in a family with 1 or more gay parents. Some among the vast variety of family forms, histories, and relationships may prove more conducive to healthy psychosexual and emotional development than others* » (« La petite taille, le caractère non-representatif des échantillons et l'âge relativement jeune des enfants suggèrent certaines réserves. Quoiqu'il en soit, le poids des évidences rassemblées durant plusieurs dizaines d'années au moyen de divers échantillons et méthodes démontre valablement qu'il n'y a pas de différence sytématique entre les parents homosexuels et les autres concernant la santé émotionnelle, les capacités éducatives et l'état d'esprit concernant l'éducation. Aucune étude n'a relevé de danger pour les enfants du fait pour eux de grandir dans une famille composée d'au moins un parent homosexuel. La grande diversité de familles, d'histoires et de relations semblent plus à même de contribuer au développement psychologique et émotionnel » (traduit par nous).

146. *American Academy of Pediatrics*, « AAP says Children of Same-Sex Couples Deserve Two Legally Recognized Parents », communiqué de presse du 4 février 2002, http://www.aap.org/advocacy/releases/febsamesex.htm

147. S. NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental. Etude sur un échantillon de 58 enfants élevés par des parents homosexuels*, *op. cit*.

148. S. NADAUD, *op. cit*, p. 132.

UNE RECONNAISSANCE CONFORME AUX CARACTÈRES DU DROIT COMMUN DE LA FILIATION

Qu'il s'agisse de considérer une impossibilité pour le droit d'établir, conformément au droit commun, un lien de filiation à l'égard de deux individus de même sexe, ou de ne retenir que le couple parental hétérosexuel comme paradigme de l'intérêt de l'enfant, une telle position s'éloigne de la logique juridique qui a prévalu jusqu'ici. En effet, dans notre droit civil de la filiation tel qu'il résulte notamment des réformes réalisées à partir de la fin des années 1960, on ne trouve aucune contrainte ou préférence particulière visant à ce qu'un enfant ait une filiation légale établie à l'égard de deux personnes de sexe différent. Quant au concept de modèle parental hétérosexuel, s'il constitue une réalité de notre droit, il n'est que très récent, réservé au domaine de la procréation assistée et suppose un bouleversement des logiques traditionnelles du droit de la filiation. Dans ces conditions, le respect de l'égalité de traitement des individus et des couples en matière de filiation, indifféremment à l'orientation sexuelle, ne suppose aucune remise en cause des conceptions et des fondements même du droit civil. Au contraire, dans le prolongement d'une capacité traditionnelle d'indifférence aux réalités biologiques de la conception, à la présence d'un parent plutôt que de deux pour former une famille, au sexe des parents ou encore à sa conception de l'intérêt d'un enfant, il admet tout à fait que soit pensée et réalisée en matière de filiation, l'égalité de traitement indifféremment à l'orientation sexuelle.

Les modes d'établissement de la filiation

Tout d'abord, la filiation juridique ne correspond pas nécessairement à l'engendrement biologique. Dans le droit civil de la filiation, si la réalité biologique est considérée, ce n'est que comme l'un des fondements possibles d'une filiation juridique : notre droit est caractérisé par la diversité des critères susceptibles de conduire à l'établissement d'une filiation ; comme le rappelle G. CORNU, « [...] *la vérité biologique ne règne pas en maîtresse absolue sur le droit de la filiation : la loi fait, au cœur même des filiations charnelles, une part choisie à diverses autres données. Elle incorpore à sa vision d'ensemble d'autres intérêts, d'autres valeurs. Le droit français de la filiation n'est pas un droit purement biologique, mais un droit à composantes multiples* »[149]. Ainsi, retenant dans certaines hypothèses la vérité biologique, notre droit peut dans d'autres s'en désintéresser, voire l'écarter explicitement, au profit de la volonté, du temps et du constat d'une situation de fait. J. CARBONNIER voit ainsi dans notre droit traditionnel de la filiation une « *nature mi-biologique, mi-volontariste* » ; l'auteur rappelle que « *la volonté joue, il est vrai, un rôle dans notre droit traditionnel de la filiation. En un sens, il n'est pas entièrement exact d'affirmer que la vérité biologique en est le primat théorique : le mariage est une acceptation volontaire des enfants à naître et la reconnaissance des enfants naturels est un acte de volonté* ; en outre, *biologie et volonté ne suffisent pas toujours :* [...] *dans le droit traditionnel, à la volonté s'ajoute un élément consolidateur : le temps* »[150].

De même, la valeur juridique du lien de filiation n'est pas non plus conditionnée ou déterminée par l'existence ou non d'un lien biologique entre le parent légal et l'enfant. C'est là

149. G. CORNU, *Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, n° 201, p. 320 : l'auteur renvoie à la thèse de E. HIRSOUX E. HIRSOUX, *La volonté individuelle en matière de filiation*, thèse pour le doctorat d'État, Paris II, 1988 (deux volumes ; *cf.* également dans ce sens, D. HUET-WEILLER, J. HAUSER, *La famille, fondation et vie de la famille*, *op. cit.*, n° 434, p. 202 : « [...] *le droit de la filiation n'est pas seulement le droit de la filiation biologique : c'est aussi celui de la filiation voulue et de la filiation vécue* ».

150. J. CARBONNIER, rapport de synthèse, première journée des travaux, in actes du colloque, *Génétique, procréation et droit*, *op. cit.*, p. 86.

la spécificité de notre droit de la filiation qui, parce qu'il est « *construit* », « *ne se limite pas à une simple constatation de cette donnée* »[151]. Ne fondant pas exclusivement la filiation sur l'existence d'un lien de sang, il se distingue ainsi explicitement d'autres systèmes juridiques[152], c'est là son originalité[153]. Cette caractéristique de notre droit de la filiation témoigne des différentes conceptions de ce lien qui y coexistent : celui-ci peut résulter, tout à la fois ou distinctement, d'un lien physiologique et/ou de la volonté ou bien encore d'une façon de se comporter.

Dans le droit civil de la filiation, la volonté individuelle tout d'abord, joue un rôle majeur. E. HIRSOUX a ainsi montré quelle est l'étendue des « *pouvoirs de la volonté* » en la matière, que ce soit afin de nier le lien biologique, d'établir une filiation légitime ou naturelle[154] éventuellement distincte de ce fait, ou encore de mettre explicitement en échec la réalité biologique[155]. De nombreux dispositifs de notre droit de la filiation sont en effet fondés sur la prévalence de la volonté individuelle à l'encontre de toute autre vérité.

D'une part, le droit positif organise des procédures permettant de masquer l'identité du (des) géniteur(s), de telle sorte qu'aucune filiation ne puisse ensuite être établie à leur (son) égard. Lorsqu'elle accouche, toute femme peut ainsi demander que son admission et son identité n'apparaissent pas. Jusqu'alors administratif, le droit d'accoucher anonymement et dans le secret a été consacré par le législateur en 1993 : par ce biais, la mère biologique exprime sa volonté que l'enfant qu'elle met au monde ne lui soit pas légalement rattaché et la loi interdit expressément dès lors toute recherche de maternité. En outre, le(s) parent(s) biologique(s) ou légaux peuvent remettre l'enfant aux services de l'aide à l'enfance, avec la possibilité de demander que le secret de l'état civil de l'enfant soit « *préservé* ». La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, tout en « *facilitant* » l'accès aux origines personnelles, demeure centrée autour du strict respect de la volonté du parent, et notamment de la mère[156]. La Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré dans l'arrêt *Odièvre c./la France* du 13 février 2003 que l'accouchement sous X n'est pas contraire à la convention.

Depuis le 1er juillet 2006, lorsque les parents ne sont pas mariés entre eux, la filiation s'établit différemment à l'égard du père et de la mère. Le père doit en principe reconnaître l'enfant. La reconnaissance peut être faite avant la naissance, dans l'acte de naissance, ou ultérieurement. Elle est faite par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique et notamment par acte notarié. La filiation maternelle s'établit automatiquement à l'égard de la mère par l'indication de son nom dans l'acte de naissance. Cette disposition s'applique même si l'enfant est né avant le 1er juillet 2006. Cette indication du nom de la mère n'est pas obligatoire afin de préserver le droit de la mère à demander le secret de son

151. J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1113-1136.

152. *Cf.* R. FRANCK, « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC* 1993, 3, 635 ; selon l'auteur, les raisons de cette différence se trouvent notamment dans le respect de la tradition historique concernant le secret de la maternité, ainsi que dans l'héritage révolutionnaire concernant la volonté d'intégrer à la famille légitime les enfants illégitimes et la promotion de l'adoption.

153. *Cf.* J. CARBONNIER, *Droit civil*, « La famille », p. 197.

154. L'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 a mis fin à la terminologie « *enfant légitime* » et « *enfant naturel* » et a facilité l'établissement de la filiation à l'égard de la mère célibataire.

155. *Cf.* E. HIRSOUX, *La volonté individuelle en matière de filiation*, *op. cit.*

156. Loi nº 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JO* 23 janvier 2002, p. 1519 ; *cf.* notamment l'article 147-6 Nouveau du Code de l'action sociale et des familles.

identité lors de l'accouchement. Toutefois, la mère peut reconnaître l'enfant avant la naissance, seule ou conjointement avec le père. En revanche, dès lors que son nom figure dans l'acte de naissance de l'enfant, la reconnaissance postérieure est irrecevable.

Dans les liens du mariage, la présomption de paternité du mari peut être considérée comme une reconnaissance volontaire exprimée *a priori* : en contractant de tels liens, il aurait en effet exprimé son consentement à ce que les enfants mis au monde par sa conjointe aient leur filiation automatiquement établie à son égard.

Enfin, le mécanisme de l'adoption est lui aussi fondé sur la prise en compte de la volonté individuelle : qu'il s'agisse d'une seule personne ou d'un couple, l'existence du lien de filiation résulte en premier lieu de la volonté exprès de l'adoptant qui en fait la demande. Ce lien est explicitement institué à l'exclusion de toute vérité biologique ou réalité antérieure. Si cela est déjà en partie vrai pour l'adoption simple, ça l'est surtout dans le cas d'une adoption plénière. Cette modalité d'établissement d'une filiation légitime est en effet caractérisée par le fait que la filiation ainsi créée « *se substitue à* [la] *filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang* »[157]. Ici, le droit écarte sciemment toute vérité légale ou biologique antérieure, qu'elle efface[158].

Par ailleurs, l'établissement d'une filiation légale peut résulter d'une situation ou d'un comportement du parent, indifféremment à la réalité biologique du lien. Pour ce faire, notre droit dispose de la notion de possession d'état : au terme de l'article 311-1 du C. civ., celle-ci est définie comme « *une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir* ». En 1972, puis en 1982, le législateur a substantiellement renforcé le rôle et les effets de cette notion, de telle sorte que la seule réalité sociologique, la « *filiation vécue* » est susceptible d'asseoir juridiquement une filiation. En effet, non seulement cette apparence continue permet de prouver une filiation à défaut de titre ou de son insuffisance, de rendre une filiation inattaquable, mais elle peut aussi l'établir. La possession d'état constitue donc au terme de l'alinéa 2 de l'article 334-8 du C. civ., un mode à part entière d'établissement de la filiation. Ce choix juridique caractérise explicitement notre droit civil contemporain de la filiation quant à l'importance qu'il accorde aux faits, aux comportements, indifféremment au biologique[159] et plus généralement quant à la diversité et à la spécificité de la filiation juridique.

Enfin, en matière de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, le législateur a expressément prévu de rejeter définitivement la vérité biologique. En effet, il est prévu dans ce cas de figure que, d'une part, « *aucune filiation ne peut être établie entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* » (article 311-19, alinéa premier C. civ.) ; en outre, le don de gamète ne peut être qu'anonyme ; d'autre part, dans la mesure où le couple a régulièrement consenti au recours aux gamètes ou à l'embryon d'un tiers, toute action

157. Article 356, alinéa 1er C. civ., sous réserve des prohibitions à mariage.

158. Aux termes de la loi, le registre de l'état civil sur lequel la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite, « *ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant* » (article 355, alinéa 3 C. civ.) et « *la transcription tient lieu d'acte de naissance à l'adopté* » (article 355, alinéa 4).

159. J. VIDAL *(op. cit.)* y voit « *le réalisme du législateur contemporain qui le conduit davantage à tenir compte des faits dans l'élaboration des règles et à doter les situations de faits de conséquences juridiques* ». Témoignant de la permanence et de l'actualité de cette conception juridique propre de la filiation, dans un arrêt du 16 mai 2000, la 1re ch. civ. de la Cour de cassation a consacré une prescription acquisitive trentenaire de la possession d'état d'enfant naturel : dans ce cas de figure en effet, elle a jugé que la présomption d'enfant naturel attachée à cette possession d'état devenait « irréfragable », c'est-à-dire insusceptible notamment de toute preuve biologique contraire (Cass. civ. 1re, 16 mai 2000, *Dr. fam*. février 2002, nº 19, note M. OUDIN).

visant à remettre en cause la filiation de l'enfant ainsi conçu est interdite (article 311-20, alinéa 2 C. civ.).

À la suite des dernières réformes où la mise en œuvre des différentes actions en recherche et en contestation de paternité ou en recherche de maternité a été facilitée, compte tenu des progrès scientifiques, la doctrine a coutume de dire que par ce biais, la vérité biologique se serait un peu plus imposée à la volonté individuelle ou aux faits. Du point de vue du droit positif, cette prévalence n'apparaît cependant pas clairement malgré les modifications introduites par l'ordonnance nº 2005-759 du 4 juillet 2005. Le mouvement le plus significatif résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, dans deux décisions, a considéré que, «*sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder*», «*l'expertise biologique est un droit en matière de filiation*»[160]. Au-delà de ce revirement s'agissant du pouvoir d'appréciation des juges du fond afin de répondre à la demande d'expertise des parties, cette solution a renforcé la place de la vérité biologique dans l'établissement d'une filiation. Car la question ici posée est plus fondamentalement celle de l'importance accordée par le droit à la réalité biologique dans l'établissement d'une filiation.

Cette volonté de consacrer la réalité biologique afin d'établir la filiation juridique vient heurter la conception commune du droit en la matière qui, à l'inverse, se distingue, ignore, voire contredit volontairement le biologique. À plus long terme, et notamment tant que ne sont pas précisés les motifs légitimes conduisant à ne pas procéder à une telle expertise, cette jurisprudence incite une biologisation réelle du droit de la filiation, de telle sorte que la reconnaissance d'un lien de filiation ne serait admise que dès lors que l'individu est l'un des géniteurs de l'enfant. Mais ne faudrait-il pas alors envisager d'un point de vue rationnel que cette évolution elle soit menée jusqu'à son terme ? C'est-à-dire que soient également remis en question l'adoption, la procréation assistée avec tiers donneur, mais également la présomption de paternité et plus généralement de tout mode d'établissement d'une filiation susceptible de masquer la vérité biologique ?

Malgré cette tendance, de nombreux obstacles légaux subsistent qui empêchent, voire interdisent expressément dans certains cas la prise en compte ou la recherche de la réalité biologique. La pertinence d'une prévalence du biologique s'en trouve relativisée. Il est encore de nombreuses situations dans lesquelles en vertu de la loi, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un géniteur est impossible ou interdit : ainsi, à la suite d'un accouchement sous X, aucune action en recherche de maternité n'est admise (article 341, alinéa premier C. civ.) ; dès lors que l'enfant à une filiation légitime déjà établie par la possession d'état, «*toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable*» ; s'il existe entre les parents de l'enfant un lien de parenté par le sang, et si une filiation est déjà établie à l'égard de l'un, «*il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre*». Par ailleurs, dans le cas où une action visant à faire prévaloir la réalité biologique sur une filiation déjà établie est possible, non seulement les titulaires en sont limitativement désignés, mais ces actions sont soumises à des délais[161], et depuis la réforme de 2005, lorsque la possession d'état aura duré cinq ans aucune contestation ne sera plus recevable.

160. Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, *JCP* 2000, II, 10409, concl. C. Petit, note M.-C. Monsaillier-Saint Mieux ; *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 731, note T. Garé ; *Les Petites Affiches*, 5 septembre 2000, nº 177, p. 8, note N. Nevejans-Bataille ; dans le même sens : Cass. civ. 1re, 30 mai 2000, *JCP* 2000, II, 10410, note T. Garé.

161. Articles 321, 334 et 335 C. civ. qui prévoient un délai de cinq ans de la délivrance de l'acte lorsqu'il y a possession d'état et dix ans au cas contraire.

Enfin, la reconnaissance volontaire s'effectue sans aucun contrôle d'une correspondance biologique de la filiation, et la possession d'état est toujours susceptible de consacrer une filiation juridique[162]. La permanence dans notre droit de tels obstacles à la manifestation de la vérité biologique doit être comprise comme traduisant la volonté du législateur, en 1993 mais déjà en 1972, de ne pas faire du biologique le critère prééminent en matière de filiation juridique[163] et de conserver à la volonté individuelle ainsi qu'à la possession d'état des rôles prépondérants dans l'établissement ou non d'une filiation[164].

Il ressort de cette première étude que notre droit civil de la filiation a toujours été caractérisé par la multiplicité des critères au fondement de ce lien juridique, et notamment par une autonomie à l'égard des exigences biologiques de la procréation. Dans le prolongement de cette première caractéristique du droit commun de la filiation, l'établissement d'un lien de filiation ne pose pas juridiquement de difficultés particulières en présence de l'homosexualité : dans la mesure où un tel lien peut être établi indifféremment au fait que le parent juridique ne soit pas le parent biologique, tout individu, fût-il homosexuel, a également vocation à voir un tel lien juridique établi à son égard. Mais surtout, cet état du droit contredit l'idée d'une filiation juridique qui serait nécessairement calquée sur la vérité biologique et exclurait dès lors son fondement sur un autre lien : au contraire, s'agissant de l'établissement *a priori* d'un lien juridique, le droit positif ne fait pas prédominer cette situation.

L'indifférence à la présence d'un ou de deux parents

L'indifférence, ou du moins l'absence de préférence ou d'exigence, quant à la présence autour de l'enfant de deux parents plutôt qu'un seul, que ce soit dans sa généalogie ou au quotidien, est le second trait caractéristique du droit civil de la filiation qui ressort de différentes dispositions et institutions ; ce constat résulte non seulement de la possibilité d'adoption par une seule personne, mais également de la possibilité d'une adoption malgré le décès de l'adoptant, ou encore de la possibilité qu'un seul individu soit titulaire de l'autorité parentale.

La possibilité pour une seule personne, célibataire ou mariée, d'adopter, est certainement la plus représentative de cette indifférence du droit civil quant au rattachement de l'enfant à deux parents, plutôt qu'à un seul. C'est l'une des institutions qui caractérise le droit civil français issu du code civil : dans sa thèse consacrée à l'adoption par une seule personne, O. LAGET rappelle que c'est là *« la grande innovation »* du Code de 1804 en matière d'adoption[165], et plus largement de filiation ; une innovation qui se perpétue jusqu'à nos jours. Dès le premier C. civ., si l'adoption pouvait être le fait d'un couple, elle pouvait également être le

162. *Cf.* CA Rouen, 5 avril 2007 n° 05-02627.

163. J. CARBONNIER, l'un des auteurs de la réforme du droit de la filiation de 1972, rappelle, en le démontrant, que *« la loi de 1972 n'a probablement pas entendu conférer prééminence à un critère sur l'autre, bien que lui ait été prêtée, on ne sait trop pourquoi, une préférence décidée pour "le biologique à tout prix" »* (*Droit civil*, « La famille », *op. cit.*, p. 196).

164. Seule la loi du 22 janvier 2002 relative à *l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État* pourrait apparaître comme remettant indirectement en question la capacité de la filiation juridique à se substituer aux origines biologiques (notamment à propos de l'adoption plénière) ; mais le dispositif mis en place énonce explicitement que *« l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit »* (article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles).

165. O. LAGET, *L'adoption par une personne seule*, thèse pour le doctorat en droit, université de Lyon II, faculté de droit, 1972.

fait d'un célibataire et produire les mêmes effets[166]. Bien que l'adopté dût alors être majeur, comme le fait remarquer P. SALVAGE-GEREST, « *la rigidité de la formule cache pourtant une réalité beaucoup plus nuancée. En effet, l'adoption* [à cette époque] *apparaît comme la consécration d'un lien de six années qui s'est créé pendant l'enfance de l'adopté mais qui n'a pu se concrétiser juridiquement tant que ce dernier n'était pas capable de décider valablement de sa destinée* »[167]. Par ce biais, dès ses origines, notre droit civil de la famille a donc implicitement reconnu la possibilité d'instituer un lien de filiation légal à l'égard d'un seul individu, d'un seul parent[168]. Au fil des différentes réformes du droit de l'adoption, et malgré ses changements de finalités, cette possibilité n'a jamais été remise en cause par le législateur. À l'inverse, au terme de la loi du 11 juillet 1966, notre droit civil a permis, organisé, et ce faisant consacré, la création volontaire, et non pas seulement par la force des faits, d'une famille monoparentale, c'est-à-dire dans laquelle l'enfant n'est légalement rattaché qu'à une seule lignée et élevé par un seul parent. Comme O. LAGET l'expose dans sa thèse, depuis cette époque, le législateur admet que « *désormais la famille légitime n'est plus composée uniquement par un père, une mère et un enfant, mais aussi par un parent et un enfant* »[169]. Pour J. HAUSER également, « *en permettant l'adoption par un célibataire sous la seule condition d'âge,* [le législateur] *a accepté – au moins à titre symbolique – de ne plus se référer à un modèle donné d'organisation familiale* [...] »[170]. C'est là dès lors une première caractéristique fondamentale de notre droit civil de la famille – et partant de là de notre organisation sociale –, la marque de sa spécificité, de sa capacité à se différencier des conditions de la procréation afin de définir la filiation juridique.

Compte tenu de cet esprit de l'adoption par une personne seule, la justification de l'exclusion des gays et des lesbiennes du bénéfice de ce droit par le fait que, depuis la loi de 1966, cette forme d'adoption répondrait à des motivations précises auxquelles ne correspondraient pas celles du célibataire homosexuel est remise en question. Pour certains en effet, cette réforme de l'adoption par une seule personne aurait eu uniquement pour objet de permettre à des enfants naturels ou adultérins reconnus par un seul parent de voir établie une filiation légitime, notamment à l'égard de l'autre parent. Or, tout d'abord, si une telle présentation était exacte, si c'est à cet esprit de l'adoption par un célibataire qu'il faudrait aujourd'hui se référer, ce sont toutes les conséquences de ce raisonnement qu'il conviendrait dès lors de mettre en œuvre, au-delà du seul cas du célibataire homosexuel ; à défaut, cette logique serait illégitimement rompue. Dans ces conditions, l'adoption par un célibataire ne devrait être possible que si elle vise à donner une filiation à un enfant reconnu par un seul parent : les enfants abandonnés et ceux dont il a été consenti à l'adoption ne devraient pas être adoptables par une seule personne. S'il n'en va pas ainsi en pratique c'est qu'une telle

166. Article 343 ancien du C. civ. : « *L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de 50 ans, qui n'auront à l'époque de l'adoption ni enfant ni descendant légitime, et qui auront au moins 15 ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter* ».

167. P. SALVAGE-GEREST, *L'adoption*, collection « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1992, pp. 4-5. Selon la loi, l'adoption ne pouvait en effet intervenir « *qu'envers un individu à qui l'on aura dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus* » (article 346 ancien du C. civ.). Concernant les débats lors de l'introduction de l'adoption dans le C. civ. ce 1804, *cf.* A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, collection « Droit fondamental », Paris, PUF, 1996, pp. 371 et s.

168. Ainsi, la possibilité d'adopter un mineur était indifféremment entendue pour le célibataire (loi du 19 juin 1923 modifiant différents articles sur l'adoption, *JO* 23 juin 1923 ; *DP* 1923, 4, 257, articles 344 (la formulation était identique à l'ancien article 343, seul l'âge minimum de l'adoptant était ramené à 40 ans) et 348 nouveaux du C. civ.

169. O. LAGET, *op. cit.*, p. 92. Bien que « *tronquée* » selon l'auteur, il s'agit là objectivement en droit d'une famille.

170. J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *op. cit.*, p. 205.

présentation des motivations de la réforme de 1966 n'est pas exacte. En effet, comme le montre O. LAGET dans sa thèse, le souhait principal du gouvernement auteur du projet était au contraire de développer l'adoption plénière en augmentant le nombre des adoptants, et notamment en l'instituant au profit des couples comme des célibataires[171] ; quant à la possibilité de permettre ainsi la légitimation de l'enfant naturel par la mère, si elle a apparemment été envisagée par le gouvernement, cela n'a été qu'implicitement, et elle n'est formellement apparue qu'incidemment au cours des débats. En réalité donc, cette situation n'a constitué que l'un des objectifs secondaires de la réforme, l'essentiel étant de permettre de considérer l'adoption par un célibataire comme une adoption à part entière, à équivalence avec celle par un couple[172]. Une telle argumentation à l'encontre de l'adoption par un célibataire homosexuel relève d'une relecture politique de la formation du droit qui ne correspond d'ailleurs nullement aujourd'hui aux réalités de ce mode d'établissement d'une filiation. Depuis une trentaine d'années, le mécanisme juridique de l'adoption par un célibataire demeure, il fonctionne[173], et ce en totale autonomie par rapport aux préoccupations du législateur de 1966 concernant l'enfant naturel[174]. Cette permanence confirme qu'il s'agit bien là d'un mode d'établissement d'une filiation légitime à part entière parmi d'autres, qui caractérise le droit français contemporain de l'adoption.

Par ailleurs, l'autonomie de notre droit civil de la filiation à l'égard d'une quelconque nécessité d'inscrire l'enfant dans une double lignée – et *a fortiori* une lignée hétérosexuelle – est confortée par la possibilité de prononcer une adoption posthume (plénière ou simple), c'est-à-dire alors que l'adoptant est décédé. À ce sujet, la loi de 1966 a également innové dans le cas où, l'enfant ayant été accueilli par l'adoptant ou le couple adoptif, le ou l'un des futurs parents adoptifs décède avant que n'ait été présentée la requête en adoption demandant au juge judiciaire de la prononcer[175]. En effet, au terme de l'article 353, alinéa 4 du C. civ., en cas d'adoption conjointe, le conjoint survivant est malgré tout autorisé à présenter cette requête afin de voir prononcée l'adoption. Mais la véritable spécificité provient de la possibilité d'une adoption posthume également par un seul individu. Dans cette hypothèse, les héritiers du défunt sont ainsi autorisés à présenter la requête en son nom afin que l'adopté voie établie sa filiation – unilinéaire – à l'égard du défunt[176]. Par la suite, dans le but de compléter les dispositions de la loi de 1966 dans le sens du droit antérieur[177], la jurisprudence a admis que le décès de l'adoptant postérieurement au dépôt de la requête aux fins

171. *Cf.* les propos du garde des Sceaux devant l'Assemblée nationale, séance du 17 novembre 1965, *JO débat parlementaire*, 18 novembre 1965.

172. *Cf.* O. LAGET, *op. cit.*, pp. 73-80.

173. Avec plus de difficultés toutefois en pratique depuis 1994, du fait de la jurisprudence *contra legem* de certaines juridictions du fond, et surtout du Conseil d'État dans leur contrôle du refus d'agrément.

174. Des solutions spécifiques ont en effet été mises en place, notamment depuis 1976, où le législateur a permis l'adoption de l'enfant de son conjoint (article 343-2 C. civ.) ; par ailleurs, l'abandon de la différence de traitement entre enfants légitimes et naturels renforce cette évolution.

175. Cette innovation doit cependant être relativisée dans la mesure où, l'adoption étant exclusivement un contrat jusqu'à la réforme de 1923, la question de la survie de l'adoption au décès de l'adoptant n'a été véritablement posée qu'après qu'il ait été prévu (en 1923) que, bien que demeurant un contrat, l'adoption ne prendrait effet qu'au jour de son homologation. De fait, la solution depuis lors retenue était que le décès de l'adoptant avant le dépôt de la requête en homologation, mettait fin à la procédure ; *cf.* Y. CHARTIER, note ss. Paris, 1re ch. C, 26 janvier 1978, *op. cit.*, spéc. § I. A.

176. Sur le mécanisme de l'adoption posthume, *cf.* J.-F. ESCHYLLE, *JCP éd. N* 1995, I, 419, spéc. nº 4 à 8.

177. Depuis 1804, le C. civ. autorisait en effet expressément le prononcé de l'adoption posthume dans le cas où l'adoptant décédait après le dépôt de sa requête aux fins d'adoption (article 360 ancien du Code Napoléon) ; la loi de 1966 n'avait pas repris de disposition comparable ; sur cet aspect *cf.* Y. CHARTIER, note ss. Paris, 1re ch. C, 26 janvier 1978, *JCP* 1980, II, 19324.

d'adoption ne fasse pas non plus obstacle à son prononcé[178]. La capacité de recours du droit civil de la filiation à la fiction est telle, qu'une filiation légale pourra être établie à l'égard d'un seul individu, alors même qu'il n'est plus de ce monde.

Comme à propos de l'adoption par une seule personne, on pourra être tenté d'objecter à propos de l'adoption posthume que ces possibilités d'établissement d'un lien de filiation ne sont pas motivées par des considérations familiales, mais seulement patrimoniales et successorales ; de telle sorte que l'invocation de ces mécanismes au soutien de la détermination de la conception juridique actuelle de la parenté, et plus généralement de la famille, indifférente à l'inscription dans une double lignée à l'égard d'individus de sexe différent, ne serait pas pertinente. Cet argument appelle en réponse différents commentaires.

Tout d'abord, le constat peut aisément être fait que l'affirmation de la finalité avant tout familiale de l'adoption est une constante de la volonté législative depuis les années 1920, et *a fortiori* depuis 1966. Dès après la Première Guerre mondiale, l'esprit essentiellement successoral et fiscal de l'adoption initialement insufflé par le législateur de 1804 a été profondément remis en cause par la loi du 19 juin 1923, au profit d'un rôle désormais « *social et familial* »[179]. Les nombreuses dispositions postérieures[180] vont définitivement ôter à l'adoption son caractère d'institution patrimoniale : à l'aube de la réforme de 1966, il s'agit déjà clairement d'une « *institution familiale* »[181], avant tout remède à l'absence de parents[182]. Le législateur de 1966 s'est inscrit dans le droit fil de cette conception de l'adoption, élargissant les possibilités de création d'une famille[183] : à côté de la « *finalité dominante* » que demeure le fait de donner des parents à un enfant, le législateur a élaboré par le biais de l'adoption plénière par un célibataire, celle visant à « *satisfaire des adultes qui aspirent à être parent* » bien qu'ils n'aient pas pu ou pas voulu créer un foyer[184]. Quant aux aménagements successifs du droit de l'adoption, et notamment la loi du 5 juillet 1996, ils s'inscriront entièrement dans cette même perspective d'inscription dans une lignée.

Ensuite, dans la pratique, d'une manière générale, la jurisprudence contemporaine ne considère pas non plus l'adoption comme un mécanisme aux vocations avant tout successorales, et seulement accessoirement familiales. Au contraire. Concernant l'adoption plénière tout d'abord, indépendamment du caractère critiquable de cette solution, le seul refus de permettre l'adoption par un célibataire en raison de l'absence de référent de l'autre sexe, témoigne de préoccupations non patrimoniales – totalement indifférentes à ce type de considérations –, mais bien d'ordre familial. En outre, à propos de l'adoption simple, la jurisprudence

178. Paris, 1re ch. C, 26 janvier 1978, *op. cit* : le tribunal ne s'estime pas dessaisi de la requête et prononce l'adoption (simple) de l'adoptée par le défunt ; solution consacrée par Cass. civ. 1re, 3 février 1980, *JCP* 1982, II, 19771, note Y. Chartier.

179. *Cf.* S. BÉTANT-ROBET, « Adoption », in *Encyclopédie Dalloz*, no 6 et s., pour qui « *cette réforme* [de 1923] *transforma l'esprit de l'institution, d'autant plus que l'article 22 de la loi du 16 avril 1930 supprimait l'intérêt purement fiscal et successoral de l'adoption, sauf au cas où l'adopté avait été élevé au foyer de l'adoptant pendant sa minorité* ».

180. *Cf.* S. BÉTANT-ROBET, *op. cit.*, no 7 à 9.

181. O. LAGET, *op. cit.*, p. 40.

182. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Droit civil*, « La famille », no 914, p. 662.

183. *Cf.* L. JOZEAU-MARIGNÉ, rapporteur de la commission de législation du Sénat, séance du 1er juin 1966 (*JO débats Sénat*, 2 juin 1966, p. 671) : « *Autrefois, c'était pour l'adoptant qu'on envisageait une adoption. Maintenant la pensée est toute autre : aujourd'hui, l'idée qui doit nous guider avant tout est l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de l'adopté. Il s'agit avant tout de donner à un être humain faible ce qu'il y a de meilleur : une famille. C'est dans ces conditions que nous avons étudié, en commission de législation ces textes qui, à l'origine, visaient à constituer une institution patrimoniale mais qui tendent aujourd'hui – je ne le répéterai jamais trop – à donner aux enfants adoptés une nouvelle famille* ».

184. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Droit civil*, « La famille », no 914, p. 663.

refuse de prononcer celle dont il apparaît que le but est « *essentiellement successoral* », en ce qu'il est « *étranger à l'esprit de la loi* »[185] ; de même, à propos de son détournement par des concubins, la jurisprudence affirme sa conception de l'adoption comme une institution destinée avant tout à consacrer un lien affectif de nature filiale.

A priori, le mécanisme de l'adoption posthume susciterait le plus de réserves quant à sa capacité à illustrer pertinemment la spécificité du droit civil quant aux conditions d'établissement d'une famille (en l'espèce à l'égard d'un mort). En effet, elle est le plus souvent présentée par la doctrine comme une hypothèse d'adoption dont la finalité serait essentiellement successorale. Mais une telle présentation n'est pas exacte. Si concernant la vocation successorale de l'adopté, la loi de 1966 est à l'origine d'une innovation majeure en ce qu'elle lui reconnaît un droit de succession dans la famille de l'adoptant, là où il n'avait auparavant de droits que dans la succession de l'adoptant, cette innovation n'est cependant que la conséquence directe de l'originalité des fondements de la réforme de 1966, à savoir que désormais l'adoption produit de la parenté[186]. C'est-à-dire que la vocation successorale de l'adopté et son étendue ne constituent nullement la finalité première de l'adoption, mais seulement une incidence de la volonté première de créer ainsi une famille à laquelle l'adopté sera plus ou moins intégré (selon que l'adoption est plénière ou simple) ; c'est cette intégration qui déterminera par la suite des droits successoraux plus ou moins importants. Cet esprit filial de la réforme de 1966 se retrouve d'ailleurs explicitement mis en œuvre au sein même du mécanisme de l'adoption posthume. En effet, d'une part, il est exigé que l'adopté ait été « *régulièrement recueilli* » par l'adoptant avant son décès : c'est là « *une condition essentielle* » à laquelle la jurisprudence « *veille fermement* »[187]. Or cette exigence est clairement motivée par le fait que pour le droit actuel, l'adoption, même posthume, repose en premier lieu sur la *volonté affective* de l'adoptant : fût-elle posthume, elle est avant tout destinée à traduire en droit l'existence de tels liens, et non pas seulement pour « *exécuter un acte de simple charité, d'entraide familiale ou pour toute autre raison* »[188]. D'autre part, certes une telle adoption a des effets patrimoniaux, mais ils sont limités[189]. En outre, elle a aussi et surtout des effets extrapatrimoniaux : une logique incompréhensible si l'on veut fait prévaloir une conception successorale de l'adoption posthume. De la sorte, il ne serait donc pas exact d'exclure le mécanisme de l'adoption posthume des modalités de création

185. Civ. 1re, 16 octobre 2001, *op. cit*.

186. *Cf.* J. PRÉVAULT, « Les droits successoraux résultant de l'adoption depuis la loi du 11 juillet 1966 », *Dalloz* 1966, *Chron.* p. 173, et spéc. p. 176 : « *Dans le système antérieur, l'adoption n'ouvrait ce droit que dans la succession de l'adoptant lui même, sans l'étendre à celle des parents de l'adoptant, conséquence de cette idée que l'adoption ne produisait pas de parenté* ».

187. J.-F. ESCHYLLE, *op. cit.*, nº 7 ; Cass. civ. 1re, 20 novembre 1990, *Dalloz* 1991, *Jur.* p. 230, note S. BÉTANT-ROBET : la Cour de cassation considère que c'est « *à bon droit* » que le tribunal a rejeté une demande d'adoption posthume d'enfants majeurs du fait que, ayant eux-mêmes un foyer, ils n'avaient pas été recueillis pas l'adoptant en vue de l'adoption, conformément à l'article 353, alinéa 3 C. civ.

188. S. BÉTANT-ROBET, note ss. Cass. civ. 1re, 20 novembre 1990, *op. cit* ; l'auteur remarque que « *les faits de l'espèce illustrent assez bien le dévoiement que certains ont tendance à donner à l'institution de l'adoption, en oubliant que sa finalité est la constitution d'une famille* ». Dans le même sens, *cf.* la consécration par la Cour de cassation de la légitimité du rejet de la requête en adoption simple formée par la grand-mère en faveur de ses petits-enfants, en raison notamment de ce qu'elle a « *un but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi* » (Cass. civ. 1re, 16 octobre 2001, *op. cit*).

189. *Cf.* J.-F. ESCHYLLE, *op. cit.* ; *cf.* par exemple l'impossibilité légale pour celui adopté après le décès de l'adoptant, celui-ci n'ayant pas déposé sa requête en adoption (article 353, alinéa 3 C. civ.), de prétendre à la succession de l'adoptant. L'article 355 du C. civ. dispose en effet que « *l'adoption produit ses effets à compter du jour de la requête en adoption* » ; cette impossibilité légale de prétendre dans ce cas à la succession, est confirmée par CA Versailles, 3 novembre 1987, *Dalloz* 1987, *Jur.* p. 458 et la note critique de M.-F. NICOLAS-MAGUIN.

par le droit d'une famille à part entière, en raison d'une vocation essentiellement successorale et non familiale. Ces différents rappels démontrent selon nous l'inverse.

Enfin, aux côtés de l'adoption (par un célibataire ou posthume), le thème de l'autorité parentale permet lui aussi de témoigner de l'indifférence du droit civil de la filiation à l'existence d'un lien à l'égard de deux individus, plutôt qu'un seul. En substance, celui-ci admet que pour son éducation, un enfant puisse être soumis à l'autorité d'un seul de ses parents légaux ou biologiques. En effet, en dehors des liens du mariage, lorsqu'un lien de filiation est établi à l'égard de deux individus, l'exercice en commun de l'autorité parentale est soumis à conditions, car le principe demeure que seul l'individu à l'égard duquel la filiation est établie exerce ces droits et devoirs parentaux. De même, à la suite de la séparation du couple à l'égard duquel la filiation de l'enfant est établie, notre droit prévoit l'éventualité que l'exercice de l'autorité parentale puisse être confié à un seul parent.

Ces différents mécanismes du droit civil illustrent parfaitement qu'en l'état, celui-ci ne considère pas le couple de personnes de sexe différent comme un paradigme de la parenté ou de la constitution d'une famille. Au contraire, il admet explicitement qu'un lien légal de filiation puisse être volontairement établi à l'égard d'un seul individu, et qu'une famille soit ainsi créée. La logique juridique concernant l'établissement d'un lien de filiation, telle qu'elle a été substantiellement développée au cours de ces trente dernières années se révèle donc indifférente à une quelconque nécessité d'inscrire un enfant dans une double filiation, de même qu'à la présence symbolique ou réelle de deux parents. Du point de vue du droit, l'idée selon laquelle, contraint par la nécessité de préserver une quelconque différence culturelle du masculin et du féminin, on ne pourrait que refuser d'instituer une filiation qui ne serait pas inscrite dans une double lignée paternelle et maternelle, n'apparaît pas pertinente afin de justifier le traitement moins favorable des gays et des lesbiennes. Au contraire, si le droit civil était véritablement soumis à une telle contrainte, alors l'institution d'une famille monoparentale d'égale valeur à la famille biparentale, par le biais de l'adoption par un seul individu, n'aurait jamais été possible et moins pu subsister. Certes, comme certains le souhaitent, ce mode de filiation peut disparaître[190], mais le précédent juridique demeurera : il n'aura résulté aucune atteinte objective à la différence symbolique des sexes ou à l'intérêt de l'enfant de cette fiction juridique rattachant légalement un individu à une unique lignée maternelle ou paternelle.

En outre, le droit civil de la filiation, en ne considérant que des parents, se désintéresse de leur sexe, et ce faisant, d'éventuelles fonctions paternelles et maternelles distinctes.

L'indifférence au sexe des parents

À elle seule, la possibilité pour un seul individu d'adopter dans les mêmes conditions qu'un couple, indifféremment au fait qu'il vive ou non avec une autre personne, permet d'affirmer que notre droit civil ne s'est donné ni pour objectif ni pour fonction de garantir à un enfant d'être élevé par deux parents. Au contraire, il considère que c'est conformément à son intérêt qu'une filiation légale puisse être établie à l'égard d'un seul individu, quel que soit son sexe. Or en se désintéressant de la présence de deux parents, le droit se désintéresse *a fortiori* de leur sexe. Au cas contraire, si la présence de deux parents de sexe différent lui importait, il serait contradictoire du point de vue légal de permettre l'adoption par un seul individu. En réponse à cela, des auteurs dénoncent justement une « *distorsion* »

190. *Cf.* les propositions en ce sens de C. NEIRINCK et F. TERRÉ, *op. cit*.

entre le droit et *le fait*[191]. Une telle critique est ancienne et récurrente[192]. Or jusqu'à ce jour, malgré la prétendue incohérence de la situation, aucune des réformes successives du droit de l'adoption, même récente, n'a pourtant cherché à abroger l'adoption plénière par un célibataire[193].

Mais c'est surtout la substitution de l'autorité parentale à la puissance paternelle par la loi du 4 juin 1970 qui témoigne le plus explicitement du détachement du droit civil moderne à l'égard du sexe des parents[194]. Au-delà de la volonté de réaliser l'égalité des droits et devoirs entre homme et femme, du point de vue juridique, ce mouvement signifie également une indifférenciation à l'égard du sexe respectif des parents. Depuis cette date, et malgré le fait que les dénominations de père et mère subsistent formellement[195], il existe désormais avant tout des parents, c'est-à-dire des individus ayant à l'égard d'un enfant strictement les mêmes droits et les mêmes devoirs, indifféremment à leur sexe[196]. Le C. civ. ne considère donc qu'une seule et unique fonction parentale, cristallisée dans la notion d'autorité parentale, expressément équivalente et conjointe[197], à l'exclusion de toute autre fonction spécifiquement paternelle ou maternelle. Il s'agit là d'une évolution majeure de notre droit civil. Depuis, ce mouvement a été complété par la loi du 23 décembre 1985 à propos de l'exercice de l'administration légale des biens de l'enfant, et l'adoption de la loi relative au nom patronymique tend à l'achever. Désormais, dans l'hypothèse où la filiation d'un enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents, son nom n'est plus automatiquement celui du père : désormais, les parents le choisiront ensemble. L'enfant peut ainsi acquérir le nom de son père comme celui de sa mère, ou encore les deux noms, accolés dans l'ordre choisi par eux. Au-delà de la disparition formelle d'une discrimination fondée sur le sexe, cette dernière évolution renforce la réalité d'un droit civil indifférent au sexe des individus légalement responsables d'un enfant.

191. C. NEIRINCK (*op. cit.*, nº 17 et 19) reconnaît, et dénonce, l'existence d'un « *heurt* », d'une « *distorsion* », entre le droit de l'adoption, « *sexuellement neutre* », et les faits dans lesquels « *la complémentarité sexuelle est essentielle pour le développement harmonieux d'un enfant. Celui-ci a besoin d'être élevé par un homme et une femme* » ; l'auteur de considérer qu'« *on ne peut que souhaiter une intervention législative sur ce point. Si l'évolution actuelle est prise en compte, devrait logiquement disparaître l'hypothèse aujourd'hui marginale de l'adoption par une personne seule, sauf le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint qui pourrait être conservé* ».

192. *Cf.* dans ce sens dès 1967 : M.-P. MARMIER, *Sociologie de l'adoption. Étude de sociologie juridique*, thèse pour le doctorat en droit dirigée par J. CARBONNIER, Paris, LGDJ, 1969, pp. 90-91 : « *Compte tenu de ce que nous avons mentionné à ce sujet* ["*l'importance, dans l'adoption de l'enfant, de la présence de deux figures parentales* "sur laquelle les pédiatres et les psychiatres" *insistent"], nous pouvons conjecturer qu'une barrière administrative s'élèvera dès avant l'intervention du juge, au moment où la demande* [par une personne seule] *sera formulée ; et cela d'autant plus que dans une perspective logique, cette demande* [...] *devrait s'accroître considérablement. Les obstacles juridiques, certes ont disparu, mais vraisemblablement les services de placement en dresseront d'autres, justifiés par la carence de l'offre, par l'intérêt de l'enfant, surtout, d'être adopté par deux époux* ».

193. Au contraire, à l'occasion de la dernière réforme en date (loi nº 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption), l'âge requis pour un adoptant célibataire a même été abaissé, passant de 30 à 28 ans.

194. Loi nº 70-459 du 4 juin 1970.

195. En l'état du droit, l'adoption conjointe comme les techniques de procréation médicalement assistée ne sont accessibles qu'aux couples hétérosexuels ; d'où la logique de parler encore de père et mère à propos d'une filiation établie à l'égard de deux individus. Mais cette dénomination distincte n'a aujourd'hui plus aucune pertinence juridique pour désigner le titulaire de droits et devoirs à l'égard de l'enfant que l'autre n'aurait pas.

196. *Cf.* dans ce sens C. COLOMBET, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *Dalloz* 1971, *Chron.* p. 3, nº 9 et 10 : « [l']*autorité n'est plus paternelle, elle est parentale : la prérogative n'appartient plus exclusivement au père, elle sera exercée de concert par les deux parents. C'est là l'option fondamentale du nouveau texte.* [...] *les deux époux ont ainsi à l'égard des enfants la même fonction, les mêmes droits et les mêmes devoirs* ».

197. Article 371-1 C. civ.

Enfin, le droit de l'adoption plénière témoigne également de cette indifférence au sexe des parents légaux. Ainsi, seuls les parents biologiques sont désignés sous les termes de père et de mère : le ou les parents adoptants, c'est-à-dire les futurs parents légaux, sont quant à eux indistinctement désignés sous les termes de personne, conjoint ou adoptant.

Force est donc de constater qu'en droit positif de la filiation, non seulement la présence de deux individus (de sexe différent) n'est pas nécessairement requise, mais également que bien qu'une filiation conjointe ne puisse être établie qu'à l'égard de deux individus de sexe différent, le statut et le rôle des père et mère sont indifférenciés pour n'être considérés que comme deux parents strictement égaux en droits et devoirs.

L'indifférence jusqu'alors manifestée par le législateur à l'égard d'un quelconque ordre naturel ou culturel est telle que la vocation de ce dernier à s'imposer au droit peut être sérieusement mise en doute. Au cas contraire, il serait difficilement compréhensible que l'adoption par un célibataire ait été juridiquement possible dès le C. civ. de 1804, mais surtout qu'elle ait pu ainsi demeurer légale jusqu'à aujourd'hui : à l'inverse, elle a été renforcée dans ses effets et la prohibition de la discrimination du candidat célibataire à l'adoption a été explicitement posée, afin justement de protéger ces candidats contre ce type de considérations mises en avant par les services sociaux[198]. Certes, la jurisprudence actuelle du Conseil d'État neutralise la loi, mais, comparativement à l'ancienneté de cette dénonciation des *risques* pour un enfant de l'absence de référent paternel ou maternel, la prise en compte par les magistrats de ces considérations est très récente[199]. Par ailleurs, si notre droit de la famille était réellement soumis à ce principe, des dispositions auraient également été prises afin de mettre un terme au caractère monoparental d'une famille : la mère (le père) célibataire, de même que le (la) veuf(ve) qui élève seul son enfant devrait logiquement être contraint à former un (nouveau) couple hétérosexuel afin de pallier cette absence de référent à l'autre sexe. Or il n'en a jamais été ainsi. Plutôt qu'un ordre susceptible de s'imposer au législateur, au juge ou aux services sociaux, l'intérêt de l'enfant d'être élevé en présence d'un référent maternel et d'un référent paternel, c'est-à-dire un couple parental hétérosexuel, apparaît plutôt comme un point de vue moral ; il s'agit en tout cas d'une thèse ancienne qui rencontre à nouveau aujourd'hui un écho favorabel. Déjà à propos des familles monoparentales, un processus identique de représentation avait en effet conduit à établir une corrélation – un lien de cause à effet – entre la dissociation du couple parental ou la qualité d'enfant illégitime, d'une part, et la délinquance ou des troubles chez l'enfant, d'autre part[200]. Or c'est une idéologie qu'en 1966 par exemple, le législateur n'a pas partagé[201].

Les finalités contemporaines de l'adoption et l'indifférence de l'orientation sexuelle des parents

L'instauration et le maintien de la filiation adoptive ont été motivés par la poursuite de finalités différentes selon les époques. La confrontation entre, d'une part, la circonstance de l'homosexualité du (des) parent(s) candidat(s) à l'établissement d'un lien de filiation et, d'autre

198. Article 9 du décret du 23 août 1985 *op. cit*.

199. La première décision du Conseil d'État validant ces considérations n'intervient qu'en 1995.

200. *Cf.* G. POUSSIN, I. SAYN, *Un seul parent dans la famille. Approche psychologique et juridique de la famille monoparentale*, Paris, Centurion, 1990 ; D. LE GALL, C. MARTIN, *Les familles monoparentales. Évolution et traitement social*, Paris, ESF, 1987.

201. En effet, comme le remarque M.-P. MARMIER dans sa thèse (*op. cit.*, p. 88), à l'occasion de la réforme de 1966, l'adoption par un célibataire a été maintenue et ses effets renforcés alors même que « *les pédiatres et les psychiatres, consultés lors des travaux parlementaires, insist* [aient] *pourtant sur l'importance, dans l'adoption de l'enfant, de la présence de deux figures parentales* ».

part, les fins actuelles de l'adoption, illustre plus généralement l'indifférence de cette circonstance afin d'apprécier l'intérêt d'un enfant.

Initialement conçue par le C. civ. de 1804 comme un moyen d'assurer à l'adoptant un successeur auquel il laisserait ses biens et son nom, le fondement de l'adoption a connu une première transformation à la suite de la Première Guerre mondiale. Le nombre d'orphelins et de parents sans enfants créa en effet un « *véritable besoin de réparer les désastres familiaux* [...] *il fallait reconstruire les foyers éprouvés* »[202] : le législateur permit donc l'adoption des mineurs et augmenta ses effets[203]. À la fin des années 1960, il s'agit d'une « *institution familiale* »[204], que le législateur de 1966 va consacrer et renforcer. La Convention internationale sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption du 29 mai 1993 confirme cette philosophie de l'adoption[205]. En la signant, les États adoptent le principe selon lequel, « *pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, l'enfant doit grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* »[206].

Or, compte tenu des finalités et de l'esprit du droit contemporain de l'adoption, tant national qu'international, rien ne semble s'opposer à ce qu'un individu ou un couple ne puisse également, en raison d'une orientation sexuelle homosexuelle, prétendre adopter un enfant, et plus généralement voir établi à son égard un lien légal de filiation. Cette circonstance en tant que telle n'est pas contradictoire avec la satisfaction des finalités de l'adoption. D'une part, il n'est démontré aucune antinomie objective entre une orientation sexuelle et la capacité ou la volonté de créer pour l'enfant « *un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* », dans un « *milieu familial* » constitué d'un seul parent ou d'un couple, fût-il homosexuel : seul un point de vue subjectif peut aujourd'hui prétendre affirmer l'inverse comme une contrainte indépassable ; il ne saurait être valablement retenu au regard du droit des discriminations[207]. D'autre part, l'ouverture d'une telle possibilité d'adoption correspond *a priori* au ce souci de pallier l'absence de parent(s) : la *capacité à être parent*, c'est-à-dire notamment à participer aux deux « *processus fondamentaux du développement de l'enfant* » que sont sa socialisation et sa personnalisation[208], est indifférente à l'orientation sexuelle. Enfin, il n'existe pas de motifs propres à nier à des individus, du fait de leur orientation sexuelle, non seulement la volonté, mais aussi la capacité à satisfaire, comme tout autre individu, une aspiration à être parent.

Il ressort de cet examen des différents fondements du droit civil de la filiation que, dans la continuité des tenants et de la logique de son raisonnement, l'établissement d'un lien de filiation, indifféremment au sexe des parents, apparaît tout à fait envisageable. Notre droit civil dispose de la capacité de penser cette égalité de traitement, sans que cette réflexion

202. O. LAGET, *op. cit.*, p. 39.

203. Loi du 19 juin 1923, *op. cit.*

204. O. LAGET, *op. cit.*, p. 40.

205. Convention conclue le 29 mai 1993 à La Haye et entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998, *op. cit.*

206. Préambule de la convention du 29 mai 1993.

207. *Cf.* en substance l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Salgueiro DA SILVA MOUTA* du 21 décembre 1999, *op. cit.*

208. Selon P. TAP, A VINAY, « Dynamique des relations familiales et développement personnel à l'adolescence », in *Le parent éducateur*, J.-P. POURTOIS, H. DESMET (sous la direction de), Paris, PUF, 2000, pp. 87-157), l'éducation d'un enfant vise à la fois l'éducation familiale ou scolaire. La notion de socialisation implique l'apprentissage par l'enfant à « *s'autonomiser, à définir librement ses orientations, à décider en fonction de ses idées propres et d'un système de valeurs hiérarchisées* » ; quant au « *processus de personnalisation* », il désigne « *l'ensemble des actes "instituant" la personne, par lequel le sujet peut s'orienter ou se réorienter, donner ou redonner sens à ses pratiques et à ses croyances, construire ou relancer des projets* ».

présuppose ou induise un quelconque bouleversement ou reniement de l'ordre juridique actuel[209].

Dans ces conditions, le choix de soumettre le droit de la filiation au seul modèle du couple parental hétérosexuel, apparaît relever avant tout d'un positionnement moral, plutôt que résulter d'une analyse strictement juridique.

Si cette dernière conception devait néanmoins s'imposer, ses implications ne devraient-elle pas être menées jusqu'à leur terme ? Ainsi, la possibilité pour une seule personne d'adopter ne devrait-elle pas disparaître ? Les familles monoparentales ne devraient-elles pas être contraintes à ce qu'un lien de filiation avec un tiers de l'autre sexe soit établi ?

C'est vers cette solution que se dirige une partie de plus en plus importante de la doctrine. Tout se passe comme si le jour où les homosexuels frappent à la porte de la filiation, il semble plus facile de nier plus de deux siècles de droit civil en calquent la filiation sur la reproduction plutôt que de permettre aux couples de même sexe d'accéder aux droits de filiation à travers les nombreuses techniques existantes dans notre droit positif.

209. D. BORRILLO, « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité » in *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, Paris, PUF, 2006.

CHAPITRE III

L'exercice des droits parentaux

En pratique, la mise en perspective des droits d'un parent au regard de son homosexualité intervenait à la suite de la désunion (divorce ou fin du concubinage) d'un précédent couple hétérosexuel. Jusqu'ici en effet, c'était uniquement dans ce contexte que l'homosexualité de l'un a soulevé des difficultés s'agissant de l'existence ou de l'exercice des droits parentaux. S'agissant de l'homosexualité de l'un des parents, cette circonstance était à l'origine de nombreuses restrictions et limitations des droits du parent concerné[210]. Si l'attribution de l'autorité parentale ne semble plus susceptible d'être refusée à un parent en considération de son homosexualité, la question du parent chez qui la résidence habituelle de l'enfant est fixée n'a pas évolué complètement dans le même sens.

Le choix du parent résident

La question de la résidence de l'enfant ne se pose que dans les cas où les parents divorcés se sont vus attribuer l'autorité parentale conjointe, car si l'autorité parentale est unilatérale, la résidence sera de fait fixée chez le parent titulaire. Suite du divorce, l'exercice de l'autorité parentale ne pouvant être confiée par le juge à l'un des deux parents que *« si l'intérêt de l'enfant le commande »*, une partie importante du contentieux en la matière c'est de fait déplacé sur la fixation de la résidence de l'enfant, l'enjeu étant la présence de l'enfant auprès de soi. La situation du parent homosexuel n'a pas échappé à ce glissement. C'est ainsi que depuis 1993, l'essentiel des décisions concerne une nouvelle mise en perspective de l'homosexualité du parent divorcé dont l'autorité parentale conjointe est reconnue mais sans qu'elle ait d'implications quant à la communauté de vie avec son enfant. Là encore, la référence à l'homosexualité se révèle être un élément constant d'appréciation. Comme dans le passé à propos de l'autorité parentale, on notera enfin une tendance – bien que relative – consistant à fixer avec moins de réticences la résidence de l'enfant chez la mère lesbienne que chez le père gay.

Concernant, de manière générale, les différences de traitement à propos de la résidence motivées par l'homosexualité, celles-ci se manifestent à deux occasions. Tout d'abord, consécutivement au refus d'attribuer l'autorité parentale à un parent en raison de son homosexualité : le caractère unilatéral de l'autorité parentale entraînant *de facto* la fixation de la résidence chez le parent titulaire, le refus d'attribuer l'autorité parentale au parent homosexuel le prive également de la résidence. Cette situation semble dépassée puisque les juges ne s'opposent pas ni à l'attribution ni à l'exercice de l'autorité parentale pour les parents homosexuels. Un traitement moins favorable existe cependant dans le cas où il faut alors déterminer chez lequel des deux parents résidera l'enfant. L'homosexualité apparaît toujours ici comme une circonstance décisive, et ce de deux manières.

210. Pour une analyse détaillée de l'évolution historique de cette restriction dans la jurisprudence voir T. FORMOND, *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*, thèse université de Paris X-Nanterre, 2002.

Certaines décisions refusent de fixer la résidence chez ce parent en considérant que l'orientation sexuelle du parent ou sa vie en couple est en soi incompatible avec l'intérêt d'un enfant. C'est le cas par exemple de la Cour d'appel de Bordeaux qui fixe la résidence chez le père en estimant, non sans paradoxe, que « *hors de tout jugement moral, il convient de tenir compte de l'intérêt des enfants, pour lesquels il est important de continuer à vivre chez le père qui vit seul et dont le mode de vie est plus structurant alors que la mère a formé un couple avec une autre femme* »[211]. Cela étant, ce type de motivation aurait tendance à se rencontrer plus rarement en pratique[212]. En effet, cette orientation sexuelle est plus généralement considérée, non pas comme nécessairement et irrémédiablement rédhibitoire, mais assurément comme une circonstance *a priori* défavorable, propre à désavantager le parent concerné quant à l'appréciation de sa capacité à satisfaire l'intérêt de l'enfant. Cela ressort de la démarche judiciaire quasi systématique en présence de cette circonstance, qui consiste à ordonner soit une expertise psychologique, soit une enquête sociale destinée à le renseigner en particulier sur la santé psychologique, l'attitude des enfants au regard de l'homosexualité du parent ou encore leur maturité. En fonction des conclusions qui lui sont rapportées, le juge acceptera ou alors refusera de fixer la résidence chez ce parent.

C'est un raisonnement identique qui est susceptible, d'un côté, de motiver le refus de fixer de la résidence chez le parent compte tenu de son orientation sexuelle : la résidence est fixée chez le père, alors même que l'autorité parentale conjointe avait été reconnue à la mère lesbienne, « *dès lors qu'il ressort du rapport de l'expert que les enfants supportent mal la nouvelle "vie de couple" de leur mère, qu'ils se trouvent confrontés à des problèmes d'identification, que l'exiguïté du logement de leur mère gênant l'intimité de cette dernière avec sa nouvelle compagne ne peut avoir que des conséquences négatives sur l'évolution des enfants* [...] »[213] ; de même la Cour d'appel de Paris a jugé que « *la résidence de l'enfant doit être maintenue chez la mère* » malgré l'attachement du père pour l'enfant et ses qualités éducatives, « *en tenant compte notamment de la réaction de rejet et de dégoût de l'enfant vis-à-vis de son père qu'elle considère comme anormal en raison de son homosexualité* »[214].

D'un autre côté, à la condition qu'il soit établi qu'en l'espèce cette circonstance n'a pas d'incidences négatives particulières sur la santé et l'équilibre des enfants, la fixation de la résidence peut être envisagée. Ainsi, lorsque la Cour d'appel de Paris décide que la résidence habituelle des enfants soit fixée chez leur père dont « *l'homosexualité déclarée* » et la cohabitation avec son ami « *ne suffisent pas à remettre en question sa capacité d'autorité parentale et d'accueil chez lui* », ce n'est pas indifféremment à l'orientation sexuelle. C'est au contraire que « *dès lors que les enfants ne sont ni fragiles ni malmenés ni en butte à la violence, qu'ils ont été préparés à leur nouveau mode de vie par le père et qu'ils font preuve de maturité et de discernement* »[215]. De même, si dans une fratrie la résidence habituelle du garçon peut être fixée chez le père « *malgré son homosexualité* », c'est non seulement « *conformément au désir clairement exprimé par l'enfant* », mais également à la suite d'une enquête sociale qui a pu établir les aptitudes éducatives du père, et surtout dans la

211. CA Bordeaux, 6e ch., 19 décembre 1995, *Juris-Data no 050415* (exercice conjoint de l'autorité parentale sur l'enfant naturel).

212. Ainsi, seule la Cour de Rennes avait motivé en 1989 son refus au regard de considérations générales à l'encontre de l'homosexualité telles que son immoralité et son incompatibilité avec l'exercice de l'autorité parentale (CA Rennes, 6e ch., sect. 1, 27 septembre 1989, *op. cit.*).

213. CA Rennes, 6e ch., sect. 1, 31 octobre 1990, *op. cit.*

214. CA Paris, 24e ch., sect. A, 25 novembre 1997, *Juris-Data no 023543.*

215. CA Paris, 1re ch. sect. A, 18 septembre 1997, *Juris-Data no 023961.*

perspective d'un «*suivi éducatif*» mis en place par le juge des enfants[216]. Les constatations ainsi réalisées *in concreto* sont autant d'indices de préjugés, telle la vocation traumatisante de l'homosexualité.

À défaut d'une indifférence à l'orientation sexuelle homosexuelle, ce raisonnement témoigne de l'attention particulière portée par le juge à cet élément *a priori* défavorable ; afin d'envisager de passer outre en l'espèce, celui-ci exige de disposer d'éléments propres à contredire ses préjugés hostiles que pourront en substance lui apporter les conclusions des expertises psychologiques et des enquêtes sociales.

Enfin, à la lecture de la jurisprudence, une nuance se dessine dans ces traitements différenciés en raison de l'homosexualité : il existerait en effet apparemment une réticence moins grande à permettre que les enfants résident chez leur mère lesbienne, plutôt que chez leur père gay[217]. La lesbienne s'effacerait derrière la mère. À cela, deux raisons qui sont liées peuvent être avancées : d'une part, le fait que pénalement et dans l'opinion commune, l'homosexualité féminine n'ait jamais été considérée comme une sexualité en tant que telle, et n'a dès lors jamais suscité les mêmes craintes[218] ; d'autre part, la tendance générale de la jurisprudence consistant, compte tenu notamment de l'âge de l'enfant, à le confier à la mère plutôt qu'au père[219]. Dans la situation d'une lesbienne, cela ressort ainsi très clairement de l'arrêt qui considère que si la liaison homosexuelle de la mère «*est de nature à poser des questions aux enfants,* [elle] *n'apparaît pas en l'état présenter un danger psycho-affectif pour leur développement. Cette liaison ne pouvait en aucun cas leur échapper*» et il convient de lui confier les enfants, «*compte tenu* [de leur] *jeune âge* [...] *(trois ans et cinq ans), du besoin de la présence maternelle, de l'adaptation rapide des enfants chez leur mère et malgré l'aptitude éducative satisfaisante du père*»[220]. Mais il ne s'agit là nullement d'une tendance générale : le risque de refus opposé aux mères en raison de leur homosexualité demeure potentiellement le même qu'à l'encontre des pères[221].

Même après l'adoption de la loi relative au PaCS, la jurisprudence continue à considérer que l'enfant serait mieux chez le parent hétérosexuel. En effet, dans une décision du 6 mai 2003, la Cour d'appel de Metz souligne qu'il «*convient d'accueillir la demande de suspension du*

216. CA Paris, 1re ch. sect. A, 4 novembre 1997, *Juris-Data no 023971*.

217. Dans ce sens également, *cf.* M. SCHULZ, « Lesbiennes : les silences du droit », *Les temps modernes*, mars-avril 1998, pp. 113-155.

218. *Cf.* M. SCHULZ, *op. cit.*, spéc. p. 114, selon qui, «*dans la perception du législateur et du magistrat, les relations entre femmes ne présenteraient pas le même danger pour la jeunesse, argument essentiel du discours répressif et/ou discriminatoire à l'encontre des homosexuels*».

219. À propos de la résidence, la doctrine constate ainsi que «*l'enfant est presque toujours confié à la mère si elle en exprime le souhait.* [...]. *Quand l'enfant, malgré son jeune âge, est confié au père, les qualités d'éducateur de celui-ci sont soigneusement soulignées*», M.-J. GEBLER, *op. cit.*, no 81 et la jurisprudence citée.

220. CA Angers, 1re ch. B, 25 juillet 1995, *Juris-Data no 050122*. Dans le même sens, de la part de la même juridiction qui confirme la fixation en première instance de la résidence habituelle de l'enfant chez la mère lesbienne, *cf.* CA Angers, 1re ch. B, 22 mai 1996, *Juris-Data no 047048* : «*La confrontation de l'enfant au couple homosexuel formé par la mère est inévitable, que l'enfant soit confié à la mère ou au père. Dès lors, étant donné la prise en charge de l'enfant par la mère depuis sa naissance dans de bonnes conditions matérielles et éducatives et des liens affectifs les unissant, la fixation de la résidence de l'enfant chez la mère est conforme à l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale s'exerçant en commun*».

221. Dans ce sens, *cf.* CA Rennes, 6e ch., 12 novembre 1997, *Juris-Data no 049538*, qui déboute la mère lesbienne de sa demande de transfert de la résidence habituelle des enfants à son domicile, laquelle avait été initialement fixée chez le père compte tenu de sa relation homosexuelle ; devant la Cour d'appel, la mère faisait notamment valoir qu'elle avait mis un terme à sa relation (qui plus est, un des enfants souhaitait ce transfert et l'enquête sociale ne s'y opposait pas) mais les magistrats ont invoqué la nécessité «*avant tout*» de préserver la stabilité retrouvée des enfants auprès du père qui assume ses fonctions paternelles.

droit d'hébergement en raison, non de l'homosexualité du père, mais de son concubinage homosexuel. En effet, ce qui peut poser problème vis-à-vis de l'équilibre et de la moralité des enfants, ce n'est pas l'homosexualité du père, mais le fait qu'il vive en couple avec un autre homme au domicile où il accueille les enfants, qui sont encore relativement jeunes et dont les repères ne sont pas définitivement acquis. Il convient donc de suspendre le droit d'hébergement jusqu'aux résultats de l'enquête sociale et de dire que le droit de visite devra s'exercer hors la présence du concubin du père »[222].

De même la Cour d'appel de Besançon ordonne le 8 avril 2005 le transfert de la résidence habituelle de l'enfant chez le père en soulignant que « *si l'homosexualité de la mère ne peut pas à elle seule motiver la fixation de la résidence de l'enfant chez le père, il convient néanmoins de considérer que ce dernier a reconstruit une cellule familiale, qu'il est autant disponible que la mère et qu'il est donc plus à même d'apporter à l'enfant le climat d'équilibre et de sérénité dont elle a besoin pour construire sa personnalité* »[223].

Le droit de visite et d'hébergement

Il s'agit d'envisager les incidences de l'homosexualité dans la pratique jurisprudentielle, d'une part, au sujet de l'accord d'un droit de visite et/ou d'hébergement et, d'autre part, des conditions d'exercice de ces droits.

L'accord d'un droit de visite et/ou d'hébergement

Bien que l'on ne relève pas de décision refusant en l'espèce d'attribuer un droit de visite en considération de l'homosexualité du parent, et alors qu'une jurisprudence s'y est même explicitement opposée[224], cette circonstance demeure un critère d'appréciation quant à la reconnaissance de ce droit. En effet, sur le modèle de ce qui a été constaté à propos de l'autorité parentale et de la fixation de la résidence, l'homosexualité est l'objet d'une attention toute particulière du juge traduisant un *a priori* défavorable. La position de principe peut être résumée ainsi : si un droit de visite est accordé, c'est en toute hypothèse « *malgré* » l'homosexualité du père[225] et dans la mesure où il a pu être établi en l'espèce qu'elle ne serait pas préjudiciable aux enfants. Cette dernière exigence est constante : le droit de visite n'est accordé au père homosexuel que dans la mesure où notamment les conclusions des experts sont rassurantes, et où des conditions sont posées à l'exercice de ce droit de visite.

C'est ainsi que, afin d'attribuer ce droit de visite au père malgré son homosexualité, la Cour de Douai a retenu qu'« *en ce qui concerne l'aspect moral de la conduite du père, les conditions d'exercice de son droit de visite, l'amour qu'il porte à ses enfants et la mesure d'observation ordonnée par le juge des enfants doivent apporter tous apaisements sur ce*

222. CA Metz, 6 mai 2003, *Juris-Data* : 2003-216406

223. *Juris-Data* : 2005-284843

224. CA Bordeaux, 6e ch., 8 septembre 1987, *Cahiers de Jurisp. d'Aquit.*, 1988-1, p. 55, no 1913 : « *L'homosexualité ne saurait à elle seule constituer le motif grave prévu à l'article 288 C. civ. comme seule cause de refus de l'exercice du droit de visite et d'hébergement* ».

225. CA Douai, 7e ch. civ., 1er décembre 1989, *Juris-Data no 052152* : « *Il convient de confirmer la décision déférée qui a accordé* [au père] *un droit de visite malgré son homosexualité et sa séropositivité* ». Dans le même sens : CA Grenoble, chambre des urgences, 31 janvier 1996, *Juris-Data no 046986* : « *Malgré l'homosexualité reconnue du père, il ne convient pas de restreindre ou même de suspendre son droit de visite et d'hébergement sur l'enfant de huit ans* [...]) ».

point »[226] ; de même, si la Cour de Nancy a accordé au père ce droit de visite et d'hébergement, ce n'est que « *dès lors que son homosexualité n'a pas "altéré" ses qualités de père, le rapport d'un psychologue attestant que ledit comportement ne pose pas actuellement de difficultés pour l'enfant* »[227]. De surcroît, si la Cour de Grenoble estime qu'« *il ne convient pas de restreindre ou même de suspendre* » le droit de visite ou d'hébergement sur l'enfant de huit ans, c'est « *compte tenu de son attitude non traumatisante, ni déplacée, de la nécessité des contacts réguliers père enfant et du fait que le mode de vie choisi par le père n'est pas de nature à remettre en cause les relations père fille* »[228] ; ou bien encore, si la Cour de Montpellier considère que « *rien ne s'oppose à ce que le père obtienne un droit de visite et d'hébergement* » sur son enfant naturel face aux allégations concernant l'homosexualité et le « *comportement douteux du père* », c'est en se référant aux conclusions de l'expert qui note que « *celui-ci porte à sa fille un amour sincère et non dévoyé et qu'aucun élément du dossier ne démontre son incapacité à assumer son rôle de père* »[229]. Enfin la Cour d'appel de Bordeaux conclut que « *si aucune conséquence quant aux qualités humaines et aux qualités de mère ne peuvent être tirées de cette situation, il y a lieu de rechercher, si au jeune garçon, élevé au milieu de l'entente fusionnelle de deux femmes, ne risque pas de manquer une référence virile* »[230].

Notons enfin qu'un droit de visite ayant été accordé au père malgré son homosexualité, il se peut cependant que le droit d'hébergement lui soit refusé ou suspendu. C'est ce qu'a, par exemple, décidé la Cour d'appel de Paris en retenant que le fait que « *l'enfant de neuf ans risque d'être gravement perturbé par l'homosexualité de son père et sa vie en concubinage* [...] *justifient la suppression du droit d'hébergement et la limitation du droit de visite* »[231].

Plus récemment, dans une décision du 5 février 2005, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence considère qu'il « *convient de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père, conformément à la volonté des enfants, manifestement perturbés par l'homosexualité et l'autoritarisme du père* »[232].

L'illégitimité de toute référence à l'orientation sexuelle du parent

En 1981, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation relative à la discrimination à l'égard des homosexuels dans laquelle elle demandait

226. CA Douai, 7e ch. civ., 1er décembre 1989, *op. cit*.

227. CA Nancy, 3e ch., 15 mars 1994, *Juris-Data no 053788*.

228. CA Grenoble, chambre des urgences, 31 janvier 1996, *op. cit*. On relèvera l'importance qui semble devoir être accordée au sexe de l'enfant dans la seule hypothèse de l'orientation sexuelle homosexuelle du parent, une différence des sexes semblant pour le juge préférable. À l'inverse, on ne trouve cependant aucune décision faisant état d'une préférence pour la similitude de sexe de l'enfant avec son parent lorsque celui-ci est hétérosexuel.

229. CA Montpellier, 1re ch. sect. C, 11 septembre 1997, *op. cit*.

230. CA Bordeaux, 6e civ., 22 janvier 2007, no 06/01730.

231. CA Paris, 24e ch., sect. A, 20 mai 1996, *op. cit*. Dans le même sens : CA Toulouse, 1re ch., 28 mars 1984, *Juris-Data no 046821* : « *En raison du traumatisme subi par l'enfant découvrant l'homosexualité du père, il convient de suspendre le droit d'hébergement de ce dernier tant qu'il s'exerce à son domicile en présence de son concubin* » ; Paris, 1re ch. sect. supplémentaire, 10 mars 1987, *Européenne de données no 87-20906* : refus d'accorder un droit d'hébergement en raison notamment de la découverte par le père de ses « *penchants homosexuels* ».

232. *Juris-Data no 2004-234939*.

notamment au Comité des ministres, d'inviter les États membres *« à assurer que la garde, le droit de visite et l'hébergement des enfants par leurs parents ne soient pas limités pour la seule raison du penchant homosexuel de l'un d'entre eux »* [233]. Comme cela ressort de la jurisprudence interne, cette invitation n'a pas été suivie. Depuis la fin des années 1990, au terme de l'intervention de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le refus d'attribution de l'autorité parentale motivé par l'homosexualité du parent est considéré comme illégitime car discriminatoire au regard des articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne des Droits de l'Homme [234]. Dans l'arrêt de principe *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./ Portugal* du 21 décembre 1999, rendu à l'unanimité, la Cour européenne a jugé que la décision qui refuse de conférer l'autorité parentale à un parent du fait de son homosexualité et de sa vie en couple, constitue une différence de traitement injustifiée fondée sur l'orientation sexuelle, contraire à la Convention [235].

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

À l'origine de cette affaire se trouve la requête d'un ressortissant Portugais contre son pays. Marié en 1983, il s'était séparé de sa conjointe en avril 1990, avant que le divorce ne soit prononcé en 1993 ; le couple avait donné naissance en 1987 à une fille. Dans le cadre de la procédure de divorce, les parents avaient conclu un accord au terme duquel l'autorité parentale était confiée à la mère, le père bénéficiant d'un droit de visite [236]. Mais celle-ci ne lui permettant pas d'exercer ce droit et ayant confié l'enfant à la garde des grands-parents maternels, il introduisit en 1992 une demande tendant à ce que l'autorité parentale lui soit confiée. En première instance, le tribunal aux affaires familiales de Lisbonne accueillit sa demande, mais la Cour d'appel de Lisbonne infirma ce jugement en attribuant l'autorité à la mère et en accordant au père un droit de visite. Les juges Portugais motivèrent ainsi leur décision [237] : *« Que le père de l'enfant, qui s'assume homosexuel, veuille vivre avec un autre homme, est une réalité qu'il faut accepter. Il est notoire que la société montre de plus en plus de tolérance envers ces situations. Toutefois, l'on ne saurait soutenir qu'un environnement de cette nature est le plus sain et adéquat au développement moral, social et mental d'un enfant, surtout dans le cadre du modèle dominant dans notre société, comme le*

233. Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, point 7. iii.*d)*, 1er octobre 1981.

234. Article 8 : *« 1). Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »*. Article 14 : *«* [...]. *La jouissance des droits et libertés reconnues dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance, la fortune ou toute autre situation »*.

235. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, Req. no 33290/96, http://www.echr.coe.int/hudoc> ; *JCP* 2000, I, 203, no 11, *Chron.* F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

236. L'article 1906 du Code civil Portugais dispose que *« 1) Dans les cas de divorce* [...]*, la garde de l'enfant, la pension alimentaire qui lui est due et les modalités de son versement sont réglées par accord entre les parents, et soumise à l'homologation du tribunal.* [...] *2). En l'absence d'accord, le tribunal décidera en préservant l'intérêt du mineur, y compris l'intérêt de celui-ci de maintenir une relation très proche avec le parent auquel il n'a pas été confié* [...] » (traduction reproduite dans l'arrêt de la Cour).

237. Il nous paraît intéressant de retranscrire de larges extraits de l'arrêt des juges d'appel Portugais, essentiellement afin de disposer d'un élément de comparaison avec les motivations développées par le juge français dans des espèces similaires.

fait remarquer à juste titre la requérante. L'enfant doit vivre au sein d'une famille, d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer, car il vit avec un autre homme, comme s'ils étaient mari et femme. Il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anormalité et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales ; c'est la nature humaine qui le dit et rappelons que c'est (le requérant) lui-même qui l'a reconnu quand, dans la demande initiale du 5 juillet 1990, il affirme qu'il a définitivement quitté le domicile conjugal pour aller vivre avec un ami, décision qui n'est pas normale, selon les critères communs.

Ce n'est pas l'amour que porte le père à sa fille qui est en cause, ni sa capacité à s'occuper d'elle pendant les périodes où elle lui est confiée, car il est indispensable que ceux-ci se voient pour atteindre les objectifs évoqués plus haut, à savoir l'équilibre et la formation de la personnalité de l'enfant. M. a besoin de ces visites afin que se dissipent les états d'anxiété et d'instabilité qu'elle a connus. Lorsqu'un enfant est privé de contact avec son père, cela constitue un facteur de risque pour son bon développement et son équilibre psychologique, présent et futur. Il serait bon que la mère comprenne et accepte cette réalité, sous peine de mettre en cause sa capacité à exercer l'autorité parentale. À l'heure actuelle, le non-respect de la décision d'homologation du régime des visites ne constitue pas un motif suffisant pour retirer à la requérante l'autorité parentale qui lui a été accordée par cette décision.

C'est pourquoi le jugement entrepris doit être infirmé pour ce qui est de la cohabitation permanente de l'enfant avec son père, sans préjudice du droit de ce dernier d'être avec sa fille pendant les périodes que l'on énoncera ensuite. Il appartient au père de comprendre que, pendant ces périodes, il ne lui est pas conseillé de donner lieu à des situations permettant à l'enfant de comprendre que son père vit avec un autre homme dans des conditions similaires à celles des conjoints »[238].

C'est en considérant cette décision que la Cour européenne va rechercher si, comme l'invoque le père, en octroyant l'autorité parentale à la mère sur la seule base de l'orientation sexuelle, les juges Portugais ont porté une atteinte injustifiée au respect de sa vie familiale et ont par-là même opéré une discrimination interdite par la Convention. La Cour de Strasbourg envisage prioritairement la violation de l'article 8 de la Convention, réaffirmant que l'attribution judiciaire de l'autorité parentale à un parent à la suite du divorce ou de la séparation « *s'analyse en une ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale* » et relève donc bien de l'article 8[239]. Les juges analysent ensuite cette disposition en lien avec l'article 14 de la Convention destiné en substance à garantir l'égalité des individus dans « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention* [...] »[240]. Cette garantie n'est pas absolue. Traditionnellement, la Cour interprète cette disposition comme

238. *Tribunal da Relação* Lisbonne, 9 janvier 1996. Le texte de la décision est rapporté par l'arrêt de la Cour européenne du 21 décembre 1999, *op. cit.*

239. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit*, § 22 ; déjà dans ce sens, *cf.* CEDH, *Hoffmann c./Autriche*, 23 juin 1993, § 29, série A, nº 255-C ; *Dalloz* 1994, *Jur.* p. 326, note J. HAUSER ; *JCP* 1994, I, 3743, nº 38. Dans cette affaire, l'attribution de l'autorité parentale avait été refusée à la mère par la Cour suprême autrichienne en considération des incidences négatives pour les enfants que pouvait avoir son appartenance aux Témoins de Jéhovah. Or la Cour européenne estima qu'il y avait eu une différence de traitement en raison de la religion et que, si la Cour autrichienne poursuivait « *un but légitime* [*"protéger la santé et les droits des enfants"*], *on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* », ce qui exclut « *l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ».

240. Article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, *op. cit*.

interdisant de « *traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables* »[241]. En l'espèce, les parents légitimes de l'enfant étant dans une « *situation comparable* », elle relève l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle du père : « *Pour annuler la décision du tribunal aux affaires familiales de Lisbonne, et par conséquent conférer l'autorité parentale à la mère au détriment du père, la Cour d'appel a introduit un élément nouveau, à savoir le fait que le requérant était homosexuel et qu'il vivait avec un autre homme. La Cour ne peut dès lors que conclure qu'il y a eu une différence de traitement entre le requérant et la mère de M., qui reposait sur l'orientation sexuelle du requérant* [...] »[242].

Mais au terme d'une jurisprudence constante, une différence de traitement n'est discriminatoire au titre de l'article 14 de la Convention, que dans la mesure où elle manque d'une « *justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas « *un but légitime* » et s'il n'existe pas « *un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »[243]. Alors que comme dans l'arrêt *HOFFMANN,* la Cour voit dans l'objectif de protection de « *la santé et des droits de l'enfant* » du juge, la poursuite d'un but légitime « *indéniable* »[244], elle prend soin ici de rappeler dans quelle mesure une décision prise à propos de l'attribution de l'autorité parentale est susceptible de constituer un traitement discriminatoire car manquant de « *base raisonnable* ». En effet, si en 1993 dans l'affaire *HOFFMANN* l'existence d'une discrimination injustifiée résultait de ce que la distinction avait été « *dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* »[245], dans l'arrêt *Salgueiro DA SILVA MOUTA* la Cour met en œuvre ce même raisonnement mais qui plus est en l'explicitant. Elle énonce ainsi qu'« *il convient de rechercher si* [...] *cet élément nouveau* [l'homosexualité du requérant] *était un simple* obiter dictum*, dépourvu d'une incidence directe sur la solution de la question litigieuse, ou si, au contraire, il a revêtu un caractère décisif* »[246]. Dans cette affaire, les juges de la Cour de Strasbourg déduisent de leur lecture de l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne que « *ces passages* [...] *loin de constituer de simples formules maladroites ou malheureuses,* [...] *ou de simple* obiter dicta*, donnent à penser bien au contraire que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale* [...] ».

LA PORTÉE DE L'ILLÉGITIMITÉ DE LA RÉFÉRENCE À L'ORIENTATION SEXUELLE

Commentant la décision de la Cour, des auteurs croient pouvoir affirmer que tout refus d'octroi de l'autorité parentale à un parent en raison de son homosexualité, ou que l'attribution préférentielle au parent hétérosexuel, ne constituerait pas nécessairement une différence de traitement injustifiée. Au terme de cette présentation, seule porterait une atteinte injustifiée au droit au respect de la vie familiale, la décision affirmant de manière générale et abstraite l'incompatibilité de l'exercice de l'autorité parentale avec l'orientation sexuelle du parent : dès lors, des considérations pragmatiques liées à l'homosexualité du parent

241. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.* ; CEDH, *Hoffmann c./Autriche*, 23 juin 1993, *op. cit.*

242. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.*

243. Également CEDH, *Hoffmann c./Autriche*, 23 juin 1993, *op. cit.*

244. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.* ; dans le même sens, CEDH, *Hoffmann c./Autriche*, 23 juin 1993.

245. CEDH, *Hoffmann c./Autriche*, 23 juin 1993, *op. cit.*

246. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.*

ne seraient en revanche pas discriminatoires[247]. Or selon nous, cette lecture de l'arrêt est inexacte. Au contraire, la Cour européenne a adopté une position très restrictive quant à l'admissibilité d'une telle différence de traitement, à tel point que c'est en réalité l'illégitimité de principe de toute référence à l'orientation sexuelle qui a ainsi été posée.

Tout d'abord, suivre cette première interprétation doctrinale conduirait à vider de sa substance l'exigence de non-discrimination au regard de l'orientation sexuelle posée dans son arrêt par la Cour européenne. En effet, un simple artifice de rédaction permettrait alors au juge national de ne pas encourir la sanction de la Cour : il lui suffirait, d'une part, de motiver sa décision en évitant d'employer des considérations trop générales à l'égard de l'homosexualité et de l'éducation d'un enfant, et, d'autre part, d'invoquer l'existence en l'espèce d'une situation contraire à l'intérêt de l'enfant, d'un risque pour son équilibre à être confié à ce parent. Ceci paraît d'autant plus aisé que les juges du fond n'ont pour obligation, ni d'ordonner dans ce cas une mesure d'information ou d'expertise, ni de motiver leur refus d'y accéder[248]. Or, il paraît évident que les juges de Strasbourg n'ont pas opéré une telle distinction qui aurait simultanément pour effet de vider leur décision de toute effectivité.

Mais surtout, une telle interprétation procède d'un contresens. La question à laquelle répond la Cour est celle de savoir si la différence de traitement à propos de l'attribution de l'autorité parentale n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention, c'est-à-dire si elle est justifiée, et notamment s'il existe un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Or il ne ressort pas de l'arrêt que le critère d'appréciation quant à l'existence d'une justification en l'espèce, ait été l'adoption par le juge national d'une solution qui n'ait pas été motivée par des considérations générales ou abstraites à l'égard de l'homosexualité. Le seul critère explicitement retenu par la Cour réside dans le « *caractère décisif* » de l'orientation sexuelle dans la décision du juge de ne pas octroyer l'autorité parentale. Toute autre interprétation relève selon nous d'une dénaturation de l'arrêt. Certes, en l'espèce, la Cour d'appel de Lisbonne avait motivé sa décision par

247. Dans ce sens, *cf.* A. GOUTTENOIRE-CORNUT, commentaire *op. cit*. Selon l'auteur en effet « *une telle décision ne semble cependant pas signifier que l'homosexualité de l'un des parents doit être indifférente lorsqu'il s'agit de fixer les modalités des relations de l'enfant avec ses père et mère* ». Pour ce faire, elle distingue ce qui relève de l'affirmation « *générale et abstraite* », qui serait l'objet de l'arrêt, et la prise en considération pragmatique de l'homosexualité du parent, dans l'appréciation « *concrète et spéciale* » de l'intérêt de l'enfant. Dans le même sens, J. HAUSER, commentaire *op. cit. supra* : « *Sur le même sujet du droit de visite nos juridictions paraissent tout à fait à l'abri des reproches dans la mesure où elles ont la prudence en général de statuer au cas par cas sans formuler d'imprudentes généralités comme l'a fait la Cour de Lisbonne* ». Cette prudence prêtée à la jurisprudence apparaît au regard de la pratique extrêmement discutable et relative : *cf.* CA Rennes, 6e ch., sect. 1, 27 septembre 1989 *(Juris-Data nº 048660)* qui retient que les relations homosexuelles du père sont « *immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale sur de jeunes mineurs, cela étant contraire à l'intérêt de leur santé, de leur moralité, de leur éducation et de leur scolarité* » ; et plus récemment, l'arrêt de la Cour d'appel de Metz (ch. civile, 27 juin 1995, *Juris-Data nº 050017*) qui limite le droit de visite et d'hébergement du père à un week-end par mois, chez les grands parents maternels, « *compte tenu du modèle de vie qu'il ne serait pas sain de proposer à un très jeune enfant* ». *Cf.* également CA Bordeaux, 6e ch., 19 décembre 1995, *Juris-Data nº 050415* : « *L'intérêt des enfants* » commande qu'ils continuent « *à vivre chez le père qui vit seul et dont le mode de vie est plus structurant alors que la mère a formé un couple avec une autre femme* » ; CA Paris, 24e ch., sect. A, 20 mai 1996, *Juris-Data nº 021705* : attribution de l'autorité parentale à la mère « *conforme à l'intérêt de l'enfant qui risque d'être gravement perturbé par l'homosexualité de son père et sa vie en concubinage* » ; CA Montpellier, 1re ch., sect. C, 27 novembre 1997, *Juris-Data nº 034637* : réduction du droit de visite du père à un jour par mois, « *en effet, le père ne conteste pas sa vie en concubinage homosexuel et il est évidemment de l'intérêt des enfants de n'être pas à même d'assister à la vie commune du couple ainsi formé* [...] » ; décision du CA d'Aix-en-Provence, *Juris-Data nº 2004-234939*, 5 février 2005 « *il convient de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père, conformément à la volonté des enfants, manifestement perturbés par l'homosexualité et l'autoritarisme du père* » ; CA Bordeaux, 6e civ., 22 janvier 2007, nº 06-01730.

248. En ce sens, *cf.* M.-J. GEBLER, *op. cit*, nº 17, qui constate la « *grande liberté laissée aux magistrats* » en la matière.

des considérations d'ordre général considérant l'« *anormalité* » de l'homosexualité et l'exigence pour un enfant de « *vivre au sein d'une famille traditionnelle portugaise* » ; mais il ne faut pas se méprendre quant à la signification de la référence à ces formules : elles constituent le moyen permettant aux juges d'apprécier en l'espèce le caractère décisif de la référence à l'homosexualité, et non le critère du caractère injustifié de la différence de traitement. L'arrêt de la Cour de Strasbourg est d'ailleurs explicite sur ce point : « *Aux yeux de la Cour, ces passages de l'arrêt litigieux donnent à penser* [...] *que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale* »[249] : l'existence de ces formules permet au juge de forger sa conviction quant au caractère décisif de l'élément pris de l'orientation sexuelle du parent mais il est faux d'affirmer qu'elle constitue en elle-même le motif de sanction.

De fait c'est un principe plus général qui ressort de cette décision de la Cour européenne s'agissant de la prise en compte de l'homosexualité du parent dans l'attribution de l'autorité parentale : selon nous, elle postule l'absence de justification en matière d'autorité parentale, de toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle du parent. Ceci ressort du critère utilisé par le juge afin de déterminer notamment s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En effet, le caractère « *décisif* » de la référence à l'orientation sexuelle homosexuelle est susceptible de recouvrir deux hypothèses, ce qui a pour conséquence de restreindre, jusqu'à les exclure, les possibilités de justification d'une telle différence de traitement. En d'autres termes, l'attribution de l'autorité parentale en considération de l'orientation sexuelle constitue nécessairement une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention.

Dans un premier cas de figure, la référence à l'orientation sexuelle peut être considérée comme décisive dès lors que l'homosexualité du parent a pesé de manière déterminante dans la décision finale. En théorie, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé n'existera que s'il est établi que l'homosexualité n'a pas pesé de manière déterminante dans la décision finale. C'est l'existence d'une telle situation qui a été retenue dans l'arrêt *Salgueiro DA SILVA MOUTA* à l'égard de la motivation des juges portugais. La signification de l'expression « *peser de manière déterminante* » renvoie à l'évidence au rôle central joué par l'homosexualité ; un rôle par ailleurs peu enclin en pratique à des subtilités d'appréciations, notamment dans le cas où l'orientation sexuelle ne serait pas le seul motif invoqué : il est clair que l'homosexualité joue un rôle dès lors que le juge y fait référence dans sa décision.

Si cela n'était pas suffisant, il ressort de la seconde hypothèse que l'orientation sexuelle ne pourrait pas plus motiver une différence de traitement, quand bien même ce motif se trouverait parmi d'autres qui ont conduit à la solution. Dans l'arrêt *Salgueiro DA SILVA MOUTA*, la Cour européenne permet d'envisager une autre signification du caractère décisif de l'orientation sexuelle. Afin de rechercher l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, elle énonce que « *pour savoir si la décision qui a finalement été prise a constitué un traitement discriminatoire manquant de base raisonnable, il convient de rechercher si, ainsi que le soutien le Gouvernement, cet élément était un simple* obiter dictum *dépourvu d'incidence directe sur la solution de la question litigieuse*, *ou si, au contraire il a revêtu un caractère décisif* »[250]. La Cour nous permet ainsi de préciser ce qu'il faut comprendre par « *caractère décisif* » de la référence à l'homosexualité du requérant : est décisif ce qui a une incidence directe sur la solution du juge. Peu importe

249. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.*
250. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.*

tout d'abord que cet élément ait été ou non « *la seule véritable justification* » de cette décision, il suffit qu'il ait été pris en considération et joué un rôle dans la prise de décision [251]. Or l'orientation sexuelle est décisive dès lors que l'homosexualité du parent est invoquée au soutien de la motivation : il est ainsi établi que cet élément a eu une « *incidence* ». Par voie de conséquence, cette incidence sera nécessairement « *directe* » dès lors que ce fait aura participé à la décision du juge. Il apparaît dès lors très difficile en pratique d'écarter l'existence d'un caractère décisif de l'homosexualité.

Par ailleurs, cette analyse de l'impossibilité en pratique d'une justification de la différence de traitement se trouve confirmée par la position antidiscriminatoire explicitement adoptée par la Cour européenne. En guise de conclusion à sa décision, elle énonce en effet que la distinction en matière d'attribution de l'autorité parentale « *dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle* », constitue une distinction « *qu'on ne saurait tolérer dans la Convention* » [252]. Cette dernière affirmation témoigne du rejet de toute tolérance sur cette question : les magistrats de la Cour n'ont visiblement pas souhaité établir des degrés d'acceptabilité de la différence de traitement. En outre, l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité apparaît difficile à admettre pour les juges de Strasbourg.

Ce raisonnement devrait être extensif à la fixation de la résidence ou à l'octroi d'un droit de visite et/ou d'hébergement. L'homosexualité du parent est désormais une donnée non pertinente à l'heure de déterminer les droits parentaux.

251. Contrairement à ce qu'affirme J.-P. MARGUENAUD dans son commentaire de l'arrêt *(op. cit.)*. Selon cet auteur en effet, la prise en considération de l'orientation sexuelle du parent dans l'attribution de l'autorité parentale ne serait discriminatoire que dès lors qu'elle apparaîtrait « *comme la seule véritable justification de la décision même s'il ne lui a été fait qu'une discrète allusion* ».

252. CEDH, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.*

CONCLUSION

La dépénalisation de l'homosexualité, sa croissante acceptation sociale ainsi que la reconnaissance juridique du couple de même sexe ont fait disparaître graduellement les dispositions juridiques discriminatoires. Ce n'est plus l'homosexualité mais l'homophobie qui se trouve incriminée par notre système pénal et non seulement sont prohibés les actes matériels mais également les discours injurieux ou incitant à la discrimination. La situation d'inégalité pour les personnes homosexuelles demeure cependant dans le domaine du droit de la famille. Le refus du droit au mariage, à la filiation et à la pleine autorité parentale pour les couples de même sexe constitue le principal obstacle à l'égalité non seulement des adultes mais aussi des enfants issus des familles homoparentales. Cette différence de traitement n'est pas aujourd'hui justifiable : la capacité reproductive des couples n'est plus une condition sine qua non pour l'accès au mariage ou aux différentes formes de filiation. Le débat n'est pas uniquement juridique. Seule l'évolution sociale en la matière, accompagnée de la volonté politique des pouvoirs publics, permettra de mettre fin aux discriminations dont les homosexuels, hommes et femmes, sont encore victimes.

BIBLIOGRAPHIE

Instances nationales et internationales

CONSEIL DE L'EUROPE

Recommandations

Recommandation 1474 (2000), situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe, 27e session ordinaire de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 26 septembre 2000.

Recommandation 1470 (2000), relative à la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe, 24e session ordinaire de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 30 juin 2000.

Recommandation 924 (1981), relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, 33e session ordinaire de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Résolution 756 (1981), relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, 33e session ordinaire de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Rapports et avis

Rapport sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur M.-C. TABAJDI, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 8755, 6 juin 2000.

Rapport sur la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe, rapporteur Mme VERMOT-MANGOLD, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc. 8654, 25 février 2000.

Rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels, rapporteur M. VOOGD, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc. 4755, 8 juillet 1981.

Proposition de recommandation, relative à protection des homosexuels, présentée par M. VOOGD, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 4436, 9 octobre 1979.

Avis no 216 (2000), projet de protocole no 12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, 5e séance ordinaire de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 26 janvier 2000.

Avis sur la discrimination à l'égard des homosexuels – quelques aspects juridiques, présenté par la Commission des questions juridiques, doc. 4777, 22 septembre 1981.

UNION EUROPÉENNE

Résolution du Parlement européen sur l'homophobie en Europe, 18 janvier 2006, (P6-TA20060273).

Résolution du P.E. sur la protection des minorités et politiques contre les discriminations dans une Europe élargie, 8 juin 2005.

Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2000) (2000/2231 (INI)), 5 juillet 2001, A5-0223

Résolution du 16 mars 2000, sur le rapport annuel sur le respect des droits humains dans l'Union européenne (1998 et 1999), nº A5-0050/2000, points nº 56 à 60.

Résolution du 17 décembre 1998, sur le respect des Droits de l'Homme dans l'Union européenne, nº A4-0468/1998, *JOCE* nº C 98, 1999, point nº 54.

Résolution du 17 septembre 1998 sur les droits des homosexuels et des lesbiennes dans l'Union européenne, nº B4-0824 et 0852/98.

Résolution du 8 février 1994, sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, A3-0028/94

Résolution sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail (1984), mardi 13 mars *JOCE* nº C 104, 16 avril 1984, p. 46

Commission européenne

Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions concernat un certain nombre de mesures communautaires de lutte contre les discriminations, *JOCE* nº C 369, 21 décembre 1999, p. 3.

Recommandation nº 92/131/CEE du 27 novembre 1991, sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, annexe : code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel, § 6, *JOCE* nº L 49, 24 février 1992, p. 1.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

– *Circulaires*

Circulaire du ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales Nº NOR/INT/D/04/00134/C, 30 octobre 2004.

Circulaire du ministère de l'Éducation nationale nº 2001-245 du 21 novembre 2001, *Bulletin officiel du ministère de l'Éducation nationale et du ministère de la Recherche*, nº 44, 29 novembre 2000.

Circulaire d'application de la loi et des décrets relatifs au pacte civil de solidarité, 11 octobre 2000, (circulaire JUS/C/00200/66C nº 00/2, non publiée).

Circulaire INT/D/99/00251/C ministère de l'Intérieur du 10 décembre 1999, application de l'article 12 bis 7° de l'ordonnance nº 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée aux partenaires d'un pacte civil de solidarité (PaCS).

Circulaire du 16 février 1999, relative à l'adoption internationale, (nº NOR : JUSI99880193C, *JO* 2 avril 1999, p. 4930 ; *JCP* 1999, III, 20071.

Circulaire DGR nº 24-94, 30 mars 1994.

Circulaire de la Caisse nationale d'assurance-maladie, 11 mai 1993, entrée en vigueur le 3 août 1993.

– *Réponses ministérielles*

Réponse ministérielle nº 16294 du garde des Sceaux, *JO Sénat* 3 mars 2005, publiée le 9 mars 2006, page 722.

Réponse ministérielle nº 23886 et nº 26937 de la garde des Sceaux, *JO Sénat* 21 décembre 2000, p. 4375 ; *JCP éd. N* 2001, 546.

Réponse ministérielle nº 23816, *JO Sénat* 23 novembre 2000, p. 4019 ; *JCP éd. N* 2000, p. 1769 ; *Dr. fam.* mars 2001, nº 27, note H. LECUYER.

Réponse ministérielle nº 46367, *JOAN* 20 novembre 2000, p. 6631 (présomption d'indvision du bien acquis à l'insu de l'autre) ; *Dr. fam.* mars 2001, nº 26, note B. BEIGNER.

Réponse ministérielle nº 47405, *JOAN* 21 août 2000, p. 4987 ; *JCP éd. N* 2001, 520 ; *Dr. fam.* avril 2001, nº 35, note B. BEIGNER.

Communiqué du ministère de la Justice, 19 mai 2000, « Le pacte civil de solidarité ne modifie en rien le droit de l'adoption », *JCP éd. N* 2000, 979.

Guide pratique, *Adopter un enfant à l'usage des futurs adoptants*, ministère des Affaires sociales, secrétariat d'État à la Famille et à l'Enfance, mars 2001, http://www.social.gouv.fr/famille-enfance/adopter/sommaire.htm

– *Instructions*

Instruction du 30 décembre 1999, relative à l'imposition commune des partenaires à l'impôt sur la fortune, BOI 7 S-1-00, 6 janvier 2000.

Instruction du 30 décembre 1999, mutations à titre gratuit entre partenaires, BOI 7 G-1-00, 6 janvier 2000.

Instruction du 30 décembre 1999, imposition commune des partenaires à l'impôt sur le revenu, BOI 5 B-1-00, 7 janvier 2000.

Instruction du 7 janvier 2000, bénéfice de certaines dispositions du C. trav., *Droit ouvrier*, juin 2000, 242.

Comité consultatif national d'éthique

Avis nº 8 du 15 décembre 1986, relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques, http://www.ccne-ethique.org

Avis nº 3 du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, http://www.ccne-ethique.org

Mission d'information parlementaire sur la famille et les droits des enfants, 26 janvier 2006, nº 2832

Jurisprudence

JURIDICTIONS FRANÇAISES

Décisions du Conseil constitutionnel

Décision nº 80-125 DC du 19 décembre 1980, *JO* 20 décembre 1980, p. 3005.

Décision nº 92-317 du 21 janvier 1993, *JO* 23 janvier 1993, p. 1240.

Décision nº 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, *JO* 15-16 novembre 1999, p. 16962, spéc. p. 16964.

Décision nº 2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale, § 89.

Droit pénal

- *Discrimination en raison des mœurs*

CA Aix-en-Provence, ch. corr., 14 mai 2001, *Sté nationale maritime Corse méditérrannée c./min. publ.*, *Juris-Data nº 153816* ; *JCP* 2001, IV, 3006.

- *Discrimination en raison de l'origine*

Cass. crim., 12 septembre 2000, *Juridisque Lamy Cassation*, arrêt nº 4893.

- *Diffamation*

Cass. crim., form. restreinte, 30 janvier 2001, *Juridisque Lamy Cassation*, pourvoi nº 00-81 292, arrêt nº 627.

CA Colmar, 27 juin 1983, *Dalloz* 1983, *Jur.* p. 550, note R. KŒRING-JOULIN.

- *Harcèlement sexuel*

CA Paris, 18e ch. C, 18 janvier 1996, *Gaz. Pal.* 1996, 1, 267.

Droit au respect de la vie privée et droit à l'image

CA Rouen, ch. soc., 3 avril 2007, *Bouville/Société LIDL*, *Juris-Data* nº 2007-333788

Cass. civ. 1re 13 mars 2007, nº 05-16 627.

CA Aix-en-Provence, 7e ch., 4 novembre 2002, 02/01505.

CA Versailles, 1re ch., 31 janvier 2002, *SA Socpresse*, *Juris-Data* nº 2002-216790.

CA Paris, 1re ch., sect. B, 29 mai 1998, *Juris-Data nº 022461*.

CA Paris, 1re ch., sect. A, 11 février 1997, *Juris-Data nº 021159.*

TI Saint-Étienne, 7 décembre 1995, inédit.

CA Paris, 1re ch., sect. A, 18 octobre 1995, *Juris-Data nº 023627*.

CA Paris, 1re ch., sect. A, 11 mars 1991, *Juris-Data nº 020876*.

Paris, 1re ch. b, 10 novembre 1989, *Européenne de données nº 89-4232*.

TGI Paris, 1re ch. section 1, 25 janvier 1989, *Européenne de données nº 89-43350*.

CA Aix-en-Provence, 6e ch., 19 octobre 1988, *Européenne de données nº 88-50014*.

TGI Paris, 1re ch., sect. 1, 3 février 1988, *Européenne de données nº 88-40418*.

CA Paris, 1re ch. A, 15 juin 1987, *Européenne de données nº 87-24029*.

CA Paris, 1re ch. B, 20 février 1986, *Dalloz* 1986, *Somm.* p. 236.

TGI Paris, 1re ch., section 1, 18 décembre 1985, *Juris-Data nº 044251*

Paris, 1re ch. B, 14 juin 1985, *Dalloz* 1986, *IR* p. 50.

TGI Paris, 4 juillet 1984, *Juris-Data nº 043022* ; *Dalloz* 1985, *IR*. p. 17.

Droit social, droit du travail

Cass. soc., 21 juin 2007, nº 05-43 919.

Cass. soc., 26 avril 2007, nº 05-42352.

Cass. soc. 20 décembre 2006 nº 05-43548.

Cass crim. 12 décembre 2006, nº 05-87 658.

CA Rouen, 3 avril 2007, nº 06/04003.

CA Dijon, 20 avril 2006.

CA Reims, 24 mai 2006, nº 03-02892.

CA Toulouse, 16 décembre 2005 nº 05-00624.

Cass. soc. 21 juin 2005, nº 04-86 936.

CA Paris, 9 février 2005, *Juris-Data* nº 2005-259875.

Cass. soc. 10 mai 2001, *Bull. civ.* V, nº 158, p. 126.

Cass. soc., 28 mars 2000.

Cass. soc., 12 juillet 1999, *Juridisque Lamy Social*, arrêt nº 3295.

CA Bordeaux, ch. soc. A, 18 juin 1996, *Européenne de données nº 043460*.

CA Aix-en-Provence, 18e ch., 4 janvier 1995, *JCP* 1996, II, 22624, note C. ROY-LOUSTAUNAU.

Cass. ch. soc., 3 novembre 1994, inédit, pourvoi nº 93-40 807.

CA Paris, 18e ch., sect. C, 8 octobre 1993, *Sté Euro Disney c./Vallinas*, *Juris-Data* nº 023467.

Cass. ch. soc., 8 octobre 1992, *Juridisque Lamy Cassation* volume II, arrêt nº 3440.

CA Paris, 21e ch., sect. C, 16 mai 1991, inédit.

Cass. ch. soc., 17 avril 1991, *Dr. soc.* 1991, 485, SAVATIER ; *Dalloz* 1990, *IR* p. 125 ; *JCP.*

Cass. soc. 26 février 1991, *Bull. civ.* V, nº 97 ; *RJS* 1991, 239, nº 448.

1991, I, 21724, note A. SÉRIAUX ; *Gaz. Pal.* 1991, 2, 474, note Échappe.

CE, sect. cont., 5e et 3e ss-sect. réunies, 13 juin 1990, *ministère de l'Intérieur c./M. Occelli*, *Juridisque Lamy CE et CAA*, arrêt nº 112 997 ; *AJDA* 1990, p. 837.

CA Paris, 30 mars 1990, *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 596 (1re espèce).

Cass. ch. soc., 11 juillet 1989, (2e espèces : *Mme L.* c./*CPAM* et *X. c./Air France*), *Gaz. Pal.* 1990, 1, 217, concl. M. DORWLING-CARTER ; *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 583, note P. MALAURIE ; *JCP* 1990, II, 21553, note MEUNIER ; *RD sanit. soc.* 1990, 116, Harichaux (pourvois formés contre CA Rennes, 8e ch., 27 novembre 1985, *Mme L.* c./*CPAM de Nantes* et CA Paris, 1re ch. D, urgences, 11 octobre 1985, *Cie Air France c./S...*, *op. cit. infra*).

Cass. soc., 16 février 1989, *Bull. civ.* V, nº 137.

Cons. prud'h. Paris, sect. act. div., 6 décembre 1988.

CA Paris, 18e ch. D, 5 mai 1987, *Européenne de données nº 87-27371*.

CA Paris, 22e ch. A, 18 mars 1987, *Européenne de données nº 87-23739*.

Cass. soc., 10 avril 1986, *Bull. civ.* V, nº 127.

CA Rennes, 8e ch., 27 novembre 1985, *Mme L. c./CPAM de Nantes Dalloz*, 1986, *Jur.* p. 380, note Denis.

CA Paris, 1re ch. D, urgences, 11 octobre 1985, *Cie Air France c./S...*, *Dalloz* 1986, *Jur.* p. 380, note Denis.

Cass. soc., 14 mars 1983, *Ternois c./Sté des Grands Travaux du Nord*, *Dr. ouvrier* 1984, 392.

Cass. civ. 2e, 26 novembre 1953, *Dalloz* 1956, 154.

Droit de la famille

- *Concubinage*

– *Notion :*

Cass. civ. 2e, 10 mai 2001, *Bull. civ. II*, no 94, p. 62 ; *Dalloz* 2002, *Somm.* p. 611, obs. J.-J. LEMOULAND.

CE, 4e et 6e ss-sect., 4 mai 2001, *Association « Promouvoir »*, *JCP* 2001, *Actu.* p. 1089 ; *Dalloz* 2001, *IR* p. 1851 ; *Dr. fam.*, juillet 2001, commentaire no 68, p. 16, H. LÉCUYER ; *Dalloz* 2002, *Somm.* p. 537, note J.-J. LEMOULAND.

Cass. civ. 1re, 2 mai 2001, *Dr. fam.*, septembre 2001, commentaire no 79, L. Perrouin.

Cass. civ. 1re, 17 octobre 2000, *Dr. fam.* décembre 2000, note B. BEIGNER ; *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 497, note R. CABRILLAC.

CA Agen, 5 octobre 1999, inédit.

Cass. civ. 3e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, no 225, p. 151 ; *Dalloz* 1998, *Jur.* p. 111, concl. J.-F. Weber, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1998, II, 10093, note DJIGO ; *Defrénois* 1998, article 36765, no 40 p. 404, obs. A. BÉNABENT ; *Dr. fam.* 1998, commentaire no 36, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.* 1998, 347, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 1998, 530, obs. RAYNARD ; B. BEIGNER, « À propos du concubinage homosexuel », *Dalloz* 1998, *Chron.* p. 215.

CA Nîmes, 2e ch. civ., section C, 3 décembre 1997, citée par la Cour de cassation.

TI Toulouse, 20 septembre 1996, inédit, RG no 96-001586.

TI Aubervilliers, 12 septembre 1995, inédit, RG no 11 95 584.

Paris, 9 juin 1995, *RTD civ.* 1995, 607, obs. J. HAUSER.

TI Paris 4e, 5 août 1993, inédit, RG no 6693.

TGI Bobigny, ordonnance de référé du 11 mai 1992, inédit, RG no 4255/92.

Cass. civ. 1re, 19 mars 1991, *Bull. civ.* I, no 92.

Paris, 14e ch. sect. b, 10 mai 1990, *Dalloz* 1990, *Somm*. p. 306.

CA Paris, 9 mai 1990, *Dalloz* 1990, *IR* p. 153.

Cass. soc., 11 juillet 1989, (2e espèces : *Mme L*. c./*CPAM* et *X.* c./*Air France*), *Gaz. Pal.* 1990, 1, 217, concl. M. DORWLING-CARTER ; *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 583, note P. MALAURIE ; *JCP* 1990, II, 21553, note MEUNIER ; *RD sanit. soc.* 1990, 116, HARICHAUX.

Paris, 6e ch. sect. b, 27 avril 1989, *F...* c./*OPAC*, *JCP* 1989, IV, 341.

CA Paris, 1re ch. des urgences, 27 mai 1986, *Dalloz* 1986, *IR* p. 436, obs. Giverdon.

CA Rennes, 8e ch., 27 novembre 1985, *Mme L...* c./*CPAM de Nantes*, *Dalloz* 1986, *Jur.* p. 380, note D. Denis

TA Nantes, 2e ch., 16 mai 1984, Req. no 831076 (le refus de délivrer un certificat de concubinage à un couple homosexuel ne constitue pas une décision administrative susceptible de recours).

Cass. civ. 1re, 11 janvier 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, 133, note J. M.

– *Libéralités entre concubins de même sexe :*

Cass. civ. 1re, 4 juin 2007, no 06-14 473.

CAA Versailles, 3e ch., 29 septembre 2006, no 05VE00752.

Cass. civ. 1re, 25 janvier 2005, no de pourvoi : 96619878.

Cass. civ. 1re, 3 février 1999, *Dalloz* 1999, *Jur.* p. 267, rapp. X. SAVATIER, note J.-P. LANGLADE-O'SUGRHUE ; M. GRIMALDI, *Dalloz* 1999, *Somm.* p. 307 ; *Dalloz* 1999, *Somm.* p. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; C. LARROUMET, « La libéralité consentie par un concubin adultère », *Dalloz* 1999, *Chron.* p. 351 ; *JCP* 1999, II, 10083, note M. BILLAU et G. LOISEAU ; L. LEVENEUR, « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », *JCP* 1999, I, 152 ; *RTD civ.* 1999, 364, obs. J. HAUSER. Solution réaffirmée depuis par Cass. civ. 1re, 16 mai 2000, *Les Petites Affiches*, 3 octobre 2000, no 197, p. 20, note J. MASSIP.

CA Nîmes, 1re ch., 28 janvier 1999, *Juris-Data no 030014.*

Cass. civ. 1re, 21 novembre 1995, pourvoi no 94-10 278, *Européenne de données.*

TGI Paris, 28 juin 1985, *Defrénois* 1985, art. 33600, p. 1161, note G. CHAMPENNOIS.

Cass. req., 8 juin 1926, *Dalloz* 1927, 1, 113, note R. SAVATIER. Sur l'ensemble de la question, *cf.* notamment A. BÉNABENT, *Droit civil*, « La famille ».

– *Indemnisation du concubin de même sexe à la suite du décès de l'autre :*

TGI Belfort, 25 juillet 1995, *JCP* 1996, I, 3903, no 3, note E. Mattéi ; *JCP* 1996, II, 22724, note Paulin.

• *PaCS*

Cass. soc., 22 mars 2001, *Dalloz* 2001, *IR* p. 1361. [Pension de réversion].

CA Reims, 1er février 2001, *JCP* 2001, IV, 2126 ; *Dr. fam.* novembre 2001, no 114, p. 31, note B. BEIGNER [volonté du défunt].

CA Toulouse, 1re ch. civ., 26 juin 2000, no 1999/00180.

Cons. constit., décision no 99-419 DC du 9 novembre 1999, *loi relative au pacte civil de solidarité*, *JO* 15-16 novembre 1999, p. 16962.

CA Agen, 20 janvier 1999, *Dr. fam.* novembre 2001, no 114, p. 32, note B. BEIGNER [volonté du défunt].

CA Douai, 1re ch., 7 juillet 1998, *JCP* 1998, II, 10173, note X. Labbé ; Dijon, ch. civile, 22 avril 1986, *Dalloz* 1986, *Somm.* p. 408 B. BEIGNER [volonté du défunt].

TGI Lille (ord. de référé), 23 septembre 1997, *Les Petite Affiches*, 27 janvier 1999, no 19, note B. MORY, X. LABBÉ.

TGI Lille, 5 décembre 1996, *Dalloz* 1997, *Jur.* p. 376, note X. LABBÉ [sort de la dépouille].

CA Paris, 16 septembre 1993, *RTD civ.* 1994, 76, no 4, obs. J. HAUSER [volonté du défunt].

Cass. civ. 1re, 2 décembre 1992, *JCP* 1993, IV, 401 ; *Dalloz* 1993, *Jur.* p. 409, note F. BOULANGER [conclusion *in extremis*].

Cass. civ. 2e, 23 octobre 1985, *Bull. civ.* II, no 158 [conclusion *in extremis*].

Lyon, 1re ch. civ., 18 novembre 1981, *JCP* 1983, II, 19956, note G. ALMAIRAC [volonté du défunt].

Cass. civ. 1re, 31 mars 1981, *Bull. civ.* I, no 114, p. 96. [volonté du défunt].

Cass. civ. 1re, 22 janvier 1968, *Dalloz* 1968, *Jur.* p. 309 ; *JCP* 1968, II, 15442, note R. L [conclusion *in extremis*].

– *Droit des étrangers :*

TA Lyon, 6 avril 2000, *Nadir T.*, *JCP* 2000, II, 10349, note H. FULCHIRON.

– *Fixation des conditions d'accès aux informations nominatives :*

CE, 8 décembre 2000, *Conseil supérieur administration de bien*, *Juris-Data n° 061459* ; *Dalloz* 2001, p. 955, concl. C. MAUGÜE ; *DA*, février 2001, n° 31, p. 18, note C. M ; *Dalloz* 2002, *Somm.* p. 615, obs. J.-J. LEMOULAND.

- *Droits du parent légal (autorité parentale, résidence habituelle, droit de visite et/ou d'hébergement)*

CA Rouen, 5 avril 2007 n° 05-02627.

CA Amiens, ch. de la fam., 14 février 2007, *Juris-Data* : 2007-325132.

CA Bordeaux, 6e ch., 22 janvier 2007, *Juris-Data* : 2007-325768.

CA Lyon, 24 janvier 2006, n° 05-03059.

CA Bordeaux, 6e civ., 22 janvier 2007, n° 06/01730.

CA Lyon, 2e ch. civ., 18 avril 2006, RG : 06/00228.

CA Montpellier 1re ch., 10 février 2004, *Juris-Data* n° 2004-238097.

CA Metz, 6 mai 2003, *Juris-Data* : 2003-216406.

CA Rennes, 6e ch., 8 avril 1999, *Juris-Data n° 042993*.

CA Paris, 24e ch. sect. A, 30 juin 1998, *Juris-Data n° 023931*.

CA Montpellier 1re ch., sect. C, 27 novembre 1997, *Juris-Data n° 034637*.

CA Paris, 24e ch., sect. A, 25 novembre 1997, *Juris-Data n° 023543*.

CA Rennes, 6e ch., 12 novembre 1997, *Juris-Data n° 049538*.

CA Paris, 1re ch. sect. A, 4 novembre 1997, *Juris-Data n° 023971*.

CA Paris, 1re ch. sect. A, 18 septembre 1997, *Juris-Data n° 023961*.

CA Montpellier, 1re ch. sect. C, 11 septembre 1997, *Juris-Data n° 034510*.

CA Angers, 1re ch. B, 22 mai 1996, *Juris-Data n° 047048*.

CA Paris, 24e ch., sect. A, 20 mai 1996, *Juris-Data n° 021705*.

CA Grenoble, ch. des urgences, 31 janvier 1996, *Juris-Data n° 046986*.

CA Bordeaux, 6e ch., 19 décembre 1995, *Juris-Data n° 050415*.

CA Angers, 1re ch. B, 25 juillet 1995, *Juris-Data n° 050122*.

CA Metz, ch. civile, 27 juin 1995, *Juris-Data n° 050017*.

CA Nancy, 3e ch., 15 mars 1994, *Juris-Data n° 053788*.

CA Bordeaux, 6e ch., 31 mars 1993, *Juris-Data n° 040635*.

CA Paris, 14e ch., sect. C, 25 septembre 1992, *Juris-Data n° 022887*.

CA Bordeaux, 6e ch., 22 avril 1992, *JCP* 1993, IV, 185.

CA Pau, 2e ch., 25 avril 1991, *Juris-Data n°* 040734 ; *JCP* 1992, IV, 127 ; *JCP* 1993, I, 3639, n° 42-46, note Bernigaud ; *Dalloz* 1993, *Somm.* p. 122, note M. Wacogne.

CA Rennes, 6e ch., section 1, 31 octobre 1990, *Juris-Data n° 052060*.

CA Bordeaux, 6e ch., 5 juillet 1990, *Juris-Data n° 043780*.

CA Douai, 7e ch. civ., 1er décembre 1989, *Juris-Data n° 052152*.

CA Rennes, 6e ch., section 1, 27 septembre 1989, *Juris-Data n° 048660*.

Grenoble, ch. des urgences, 20 juillet 1988, *Juris-Data n° 88-44724*.

Nîmes, 2e ch., 19 mai 1988, *Européenne de données nº 88-20510.*

CA Paris, 24e ch. sect. A, 16 septembre 1987, *Européenne de données nº 87-25983.*

CA Bordeaux, 6e ch., 8 septembre 1987, *Cahiers de Jurisprudence d'Aquitaine*, 1988-1, p. 55, nº 1913.

CA Agen, 1re ch., 8 juillet 1987, *Cahiers de Jurisprudence d'Aquitaine*, 1988-1, p. 58, nº 1919.

Paris, 1re ch. sect. supplémentaire, 10 mars 1987, *Européenne de données nº 87-20906.*

CA Toulouse, 1re ch., 28 mars 1984, *Juris-Data nº 046821.*

CA Paris, 1re ch., section des urgences, 16 mars 1984, *Juris-Data nº 022604.*

Cass. req., 7 mai 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 1, 481 (ss-note).

- *Adoption*

– *Adoption simple de l'enfant du partenaire de même sexe :*

Cass. civ. 1re du 20 février 2007, nº 221.

CA Amiens, ch. de la fam., 14 février 2007, *Juris-Data* : 2007-325132.

CA Bourges, ch. civ., 13 avril 2006, RG : 05/01814.

TGI Paris, 27 juin 2001, *Juris-Data nº 156758* ; *Dr. fam.*, décembre 2001, commentaire nº 116, p. 18, P. MURAT.

– *Adoption simple d'un adulte de même sexe :*

CA Versailles, 1re ch. A, 4 novembre 1999, *Dalloz* 2000, *IR* p. 9 ; *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 716, note T. GARÉ, « Détournement d'adoption : si la sagesse venait des juges du fond ? » ; *RTD civ.* 2000, 309, nº 24, obs. J. HAUSER ; *Les Petites Affiches* 25 mai 2001, nº 104, p. 19, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 2001, 347, nº 23, obs. J. HAUSER.

Cass. civ. 1re, 8 juin 1999, *Juridique Lamy Cassation*, volume III, arrêt nº 1105 ; *Dr. fam.* novembre 1999, commentaire nº 124, p. 18, note P. MURAT ; *RTD civ.* 1999, 610, obs. J. HAUSER.

CA Paris, 22 octobre 1991, *Juris-Data nº 023871*.

Cass, civ. 1re, 7 mars 1989, *Dalloz* 1989, *Jur.* p. 477, note J. HAUSER.

CA Paris, 1re ch. suppl., 2 juillet 1982 (reproduit en annexe de l'article de P. RAYNAUD.

Riom, 1re ch. civ., 9 juillet 1981, *JCP* 1982, II, 19799, note G. ALMAIRAC.

– *Adoption plénière par un célibataire homosexuel :*

CAA Nancy, form. plén., 21 décembre 2000 (appel infirmatif de TA Besançon, 24 février 2000), *Dalloz* 2001, *IR* p. 283 ; *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 1575, note R. PIASTRA, « De l'adoption par une homosexuelle » ; *RTD civ.* 2001, 346, obs. J. HAUSER.

CE, 1re sous-section, *Melle LECHAILLER*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, volume III, nº 212096 (rejet de la requête en admission du pourvoi en cassation c./CAA Lyon, form. plén., 7 juillet 1999, *op. cit. infra*).

CAA Douai, 1re ch., 26 octobre 2000 *M.-P. CARBONNIER, M.-D. GALAT*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, volume III, nº 97DA01790.

TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *Juris-Data nº 106713* ; *DA*, mars 2000, nº 51, p. 14, concl. M. GARDE ; *RD sanit. soc.* 2000, 434, nº 3, F. MONÉGER ; *Dr. fam.*, avril 2000, chronique nº 8, p. 4, P. MURAT, « Vers la famille homosexuelle par adoption ? ».

CAA Lyon, form. plén., 7 juillet 1999, *M^elle LECHAILLER*, *AJDA* 1999, 1033, concl. A. BÉZARD.

CAA Paris, 3e ch., 26 janvier 1999 (deux arrêts : *département de Seine-et-Marne c./M^elle D.* et *département de Seine-et-Marne c./M^elle C.*), *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 174, concl. M. HEERS.

CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 12 février 1997 (deux arrêts : *M^me PARODI* et *M^me BETTAN*), *DA* 1997, nº 230 ; *RFD adm.* 1997, 441.

CE, 1re et 4e ss-sect., 9 octobre 1996, *M. FRETTÉ* (pourvoi c./TA Paris, 25 janvier 1995, *op. cit. infra*), *rec. Leb.*, p. 391 ; *JCP* 1997, II, 22766, concl. C. MAUGÜE ; *Dalloz* 1997, *Jur.* p. 117, note P. MALAURIE ; *Le Quotidien Juridique*, 9 janvier 1997, nº 3, p. 5, note F. PELLISIER ; *Les Petites Affiches*, 11 juillet 1997, nº 83, p. 32, note J. MASSIP ; *contra* : D. BORRILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996 », in *Homosexualités et droit*, D. BORRILLO (sous la direction de), PUF, collection « Les Voies du Droit », 1998, pp. 139-150.

CAA Paris, 2e ch., 25 avril 1996, *département de Seine-Saint-Denis*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, volume II, nº 95PA03481.

CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 27 octobre 1995, *département de Saône-et-Loire*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, volume II, nº 161 788.

TA Paris, 2e ch., 25 janvier 1995, *Fretté c./département de Paris*, *Dalloz* 1995, *Jur.* p. 647, note F. BOULANGER ; *Les Petites Affiches*, 30 juin 1995, nº 78, p. 20, note Y. PLOUVIN.

CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 18 février 1994, *M^me Francous*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, volume II, nº 142 912 ; *Rec. Leb.* 1994, 79.

CE, 1re et 4e ss-sect. réunies, 24 avril 1992, *département du Loiret c./Tissier*, *Rec.* 1992, 718 ; *RA* 1992, p. 328, note H. RUIZ-FABRI ; *JCP* 1992, IV, 1847, note M.-C. ROUAULT.

CE, 4 novembre 1991, *président du Conseil général des Yvelines c./M^lle L.*, *op. cit*.

– *La reconnaissance en France du droit d'adopter accordé à l'étranger à un couple de même sexe :*

CE, juge des référés, 15 mars 2005, nº 278502 [adoption internationale et *exequatur*].

CA Paris ch. 1 section C, 10 février 2005, *Juris-Data* : 2005/268953 [adoption internationale et *exequatur*].

CA Nancy, 3e ch. civ., 19 novembre 2004, RG : 04/02728 [adoption internationale et *exequatur*].

Cass. civ. 1re, 14 février 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, 129, note E. POISSON-DROCOURT.

Cass. soc., 19 avril 1989, *Rev. crit. DIP* 1990, 92, note E. POISSON-DROCOURT.

– *L'adoption posthume :*

Cass. civ. 1re, 20 novembre 1990, *Dalloz* 1991, *Jur.* p. 230, note S. BÉTANT-ROBET.

Cass. civ. 1re, 3 février 1980, *JCP* 1982, II, 19771, note Y. CHARTIER.

Paris, 1re ch. C, 26 janvier 1978.

– *Les modes d'établissement de la filiation :*

Cass. civ. 1re, 30 mai 2000, *JCP* 2000, II, 10410, note T. GARÉ.

Cass. civ. 1re, 16 mai 2000, *Dr. fam.* février 2002, nº 19, note M. OUDIN.

Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, *JCP* 2000, II, 10409, concl. C. PETIT, note M.-C. MONSAILLIER-SAINT MIEUX ; *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 731, note T. GARÉ ; *Les Petites Affiches*, 5 septembre 2000, nº 177, p. 8, note N. NEVEJANS-BATAILLE.

• *L'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation :*

Cass. civ. 1re, 24 février 2006, nº 652.

TGI, Pontoise, 24 avril 2003, inédit.

Paris, 1er février 2001, inédit, *RTD civ.* 2001, 347, nº 24, obs. J. HAUSER.

Cass. civ. 1re, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, nº 226, p. 165.

Cass. civ. 1re, 9 mars 1994, *Dalloz* 1995, *Jur.* p. 197, note E. MONTEIRO ; *Dalloz* 1995, *Somm.* p. 131 ; *Les Petites Affiches*, 28 septembre 1994, nº 116, note J. MASSIP ; *Les Petites Affiches*, 28 décembre 1994, nº 155, p. 24, note X. DAVERAT.

Cass., ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21752, note F. TERRÉ.

CA Paris, 15 juin 1990, *Dalloz* 1990, *Jur.* p. 540, note F. BOULANGER.

– *La prohibition des « mères porteuses » :*

CA Rennes, 6e chambre, 6 Janvier 2005 arrêt nº 20, RG : 01/06089.

Cass. civ. 1ère, 9 décembre 2003, arrêt nº 1644F-P.

CA Rennes, 4 juillet 2002 nº de pourvoi : 2001/02471.

• *Droit de visite du partenaire de même sexe à l'égard de l'enfant de l'autre*

TGI Bressuire (JAF), 6 janvier 2000, *Dalloz* 2000, *IR* p. 88.

Grenoble, 15 décembre 1997, *Dr. fam.* 1998, nº 38, note P. MURAT.

JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES ET EUROPÉENNES

Cour de justice des Communautés européennes
http://curia.eu.int

CJCE 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c./Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.* I -4342 ; concl. av. gén. J. MISCHO, 22 février 2001, *Rec.* I -4322 ; *Europe*, juillet 2001, commentaire nº 213, p. 10, D. SIMON.

CJCE 7 juillet 2000, nº 79/99, arrêt *Schnorbus.*

CJCE 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c./South Western Trains Limited*, aff. C-249/96, *Rec.* I -636 ; concl. av. gén. Helmer, *Rec.* I -623.

CJCE 30 avril 1996, *P c./S. et Corwall County Council*, aff. C-14/94, concl. Tesauro, *Rec.* I-2143.

CJCE, *État néerlandais c./F. Reed*, aff. 59/85, 17 avril 1986, *Rec.* p. 1283.

CJCE, 13 mai 1986, nº 170/84, arrêt *Bilka*, *Rec.* 1620.

CJCE, 31 mars 1981, arrêt *Jenkins,* nº 96/80, *Rec.* 911).

Cour européenne des Droits de l'Homme
http://www.echr.coe.int

CEDH, 14 juillet 2003, *Karner c./Autriche*, nº 40016/98, CEDH 2003-IX.

CEDH, 26 février 2002, *Fretté c./France*, requête nº 36515/97 ; *JCP* 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE.

CEDH, 31 juillet 2000, *ADT c./Royaume-Uni*.

CEDH, 1er février 2000, *Mazurek c./France*, *Dalloz* 2000, *Jur.* p. 332, note THIERRY ; *JCP* 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.*, février 2000, commentaire nº 33, p. 20, B. DE LAMY ; mise en œuvre : *v.* TGI Montpellier, 2 mai 2000, *Defrénois* 2000, p. 1435, note MASSIP ; *Dr. fam.*, septembre 2000, commentaire nº 99, obs. GOUTTENOIRE-CORNUTT ; CA Pau, 2e ch., 28 novembre 2000, *Dalloz* 2001, *Somm.* p. 1068.

CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro DA SILVA MOUTA c./Portugal*, *Dr. fam.* mars 2000, p. 28., note A. GOUTTENOIRE-CORNUTT.

CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c./Royaume-Uni*, *Dalloz* 1997, *Jur.* p. 583, note GRATALOUP ; *JCP* 1998, II, 4071, Evain.

CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./Royaume-Uni*, *Dalloz* 1998, *Jur.* p. 97, note LARRADLE ; *JCP* 1998, I, 107, nº 6.

CEDH, 22 octobre 1993, *Mondinos c./Chypre*, série A nº 259 ; *Gaz. Pal.* 1994, 1, 473, note I. HUET ; *JCP* 1994, I, 3742, nº 5 et 28, note F. SUDRE.

CEDH, *Hoffmann c./Autriche*, 23 juin 1993, § 29, série A, nº 255-C ; *Dalloz* 1994, *Jur.* p. 326, note J. HAUSER ; *JCP* 1994, I, 3743, nº 38.

CEDH, cour plénière, 27 septembre 1990, *Cossey c./Royaume-Uni*, série A nº 184.

CEDH, cour plénière, 26 octobre 1988, *Norris c./Irlande*, série A nº 142.

CEDH, cour plénière, 17 octobre 1986, *Rees c./Royaume-Uni*, série A, nº 106.

CEDH, cour plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon c./Royaume-Uni*, série A nº 45.

CEDH, 23 juillet 1968, Affaire *Linguistique belge*, série A nº 6, pp. 4 et s.

Ouvrages juridiques

BATTEUR A., *Droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 1998.

BÉNABENT A., *Droit civil*, « La famille », Paris, Litec, 9e éd., 1998, 10e éd., 2001.

BÉNABENT A., *Droit civil,* « Les obligations », collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien.

BORRILLO D., *Homosexuels, quels droits ?*, présentation de Jack LANG, collection « à savoir », Paris, Dalloz, 2007.

BORRILLO D., *L'homophobie*, collection « Que sais-je ? », nº 3563, Paris, PUF, 2000.

BORRILLO D. (sous la direction de), *Homosexualités et droit. De la tolérance à la reconnaissance juridique*, collection « Les Voies du Droit », Paris, PUF, 1998, 2e éd. 1999.

BORRILLO D., COLAS D., *L'homosexualité de Platon à Foucault : Anthologie critique*, Paris, Plon, 2005.

BORRILLO D., FASSIN E., IACUB M. (sous la direction de), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, collection « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1999 ; 2e éd. mise à jour, 2001.

BORRILLO D., LASCOUMES P. (sous la direction de), *L'homophobie. Comment la définir, comment la combattre*, Paris, Prochoix éditions, 1999.

BOSSUYT M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

BRUNETTI-PONS C. (sous la direction de), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998.

BUFFELAN-LANORE Y., *Droit civil. Première année*, Paris, Armand Colin, 2e éd., 1999.

CAPITANT H. (travaux de l'association), *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, tome XIV, 1961-1962, Paris, Dalloz, 1965.

CARBONNIER J., *Droit civil,* tome 1 « Les personnes », collection « Thémis Droit privé », Paris, PUF, 18e éd., 1997.

CARBONNIER J., *Droit civil,* tome 2 « La famille », collection « Thémis Droit privé », Paris, PUF, 20e éd., 1999.

CONTE A., *Sexual Orientation and Legal Rights*, New-York, Wiley Law Publications, Vol. 1 & 2, 1998.

CONTE P., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 5e éd., 2000.

CORNU G., *Droit civil*, « La famille », collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 5e éd., 1996 ; 7e éd., 2001.

COURBE P., *Droit de la famille*, Paris, Armand Colin, 2e éd., 2000.

DASHWOOD A., O'LEARY S. (sous la direction de), *The Principle of Equal Treatment in the EC Law*, London, Sweet and Maxwell, 1997.

DECAUX E., IMBERT P.-H., PETTITI L.-E. (sous la direction de), *La Convention européenne des Droits de l'Homme (commentaire article par article)*, Paris, Economica, 1995.

DEKEUWER-DÉFOSSEY F., *L'égalité des sexes*, collection « Connaissance du Droit », Paris, Dalloz, 1997.

DE LA PRADELLE G., *Essai d'introduction au droit français, I « Les normes »*, Nanterre, Erasme, 1990.

DE LA PRADELLE G., *L'homme juridique : essai critique de droit privé*, PUG/Maspero, 1979.

DE LA PRADELLE G., MÉCARY C., *Les droits des homosexuel(le)(s)*, collection « Que sais-je ? » no 3367, Paris, PUF, 1998.

DEMCZUK I., *Des droits à reconnaître. Les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, Les éditions du remue-ménage, 1998.

DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Le nouveau droit pénal*, *tome 1 « Droit pénal général »*, Paris, Economica, 7e éd., 2000.

Droit des personnes et de la famille, mélanges à la mémoire de D. HUET-WEILLER, Paris, LGDJ/PUS, 1994.

DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

ESKRIDGE W.N.,*The Case for Same-Sex Marriage*, New-York, Free Press, 1996.

ESKRIDGE W.N., HUNTER N.D., *Sexuality, Gender and the Law*, Westbury, New-York, The Foundation Press Inc., University Casebook Series, 1997.

FENOUILLET D., *Droit civil de la famille*, Paris, Dalloz, 1997.

FINE A., NEIRINCK C., *Parents de sang, parents adoptifs. Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption (France, Europe, USA, Canada)*, collection « Droit et Société » no 29, Paris, LGDJ/Maison des sciences de l'homme, 2000.

Génétique, procréation et droit, actes du colloque, Arles, Actes Sud, 1985.

GHESTIN J. (sous la direction de), HAUSER J., HUET-WEILLER D., *La famille, fondation et vie de la famille*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993.

GHESTIN J. (sous la direction de), HAUSER J., HUET-WEILLER D., *La famille, dissolution de la famille*, Paris, LGDJ, 1991.

GURCHARAN B., O'NEIL J.S., GALL G.L., BENDIN P.D. (eds), *Peace, Justice and Freedom*, Alberta, University of Alberta Press, 2000.

GURY C., *L'homosexuel et la loi*, Paris, L'Aire, 1980.

HAUSER J. (sous la direction de), *Sociologie judiciaire du divorce*, Paris, Economica, 1999.

HEINZE E., *Sexual Orientation : a Human Right. An Essay on International Human Right Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

HEUZE V., MAYER P., *Droit international privé*, collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 7e éd. 2001.

HOULLEAUX D., FOYER J., de La PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 3e éd. 1995.

KESSLER G., *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2004.

LEFEBVRE-TEILLARD B., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, collection « Droit fondamental », Paris, PUF, 1996.

LEROY-FORGEOT F., *Les enfants du PaCS : réalités de l'homoparentalité*, Paris, L'atelier de l'Archer, 1999.

LEROY-FORGEOT F., *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, collection « Médecine et Société », Paris, PUF, 1997.

Les bonnes mœurs, Paris, PUF/Publication du CURAPP, 1994.

Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée, actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'université de Lille II, Paris, LGDJ, 1997.

LILJESON H., *Le code du mariage et la loi sur la cohabitation maritale*, Stockholm, Författares Bokmaskin, 1989.

MCCRUDDEN C., *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, 1991.

MACDOUGALL B., *Queer Judgement. Homosexuality Expression, and the Courts in Canada*, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press, 2000.

MALAURIE P., AYNÈS L., *Droit civil*, « La famille », Paris, Cujas, 1995/1996.

Mariage civil et mariage catholique, actes du Ve colloque national des juristes catholiques (20, 21 avril 1985), Paris, éditions Téqui, 1985.

MAYER P., *Droit international privé*, collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 6e éd.

MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil*, « Les personnes », Paris, Sirey, 8e éd., 1997.

MAZEAUD A., *Droit du travail*, collection « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 2e éd., 2001.

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, tome I, Paris, Montchrestien, 3e éd. 1965.

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, « La famille », Paris, Montchrestien, 7e éd. 1995, par LEVENEUR L.

MÉCARY C., *Droit et homosexualité*, Paris, Dalloz, 2000.

MÉCARY C., LEROY-FORGEOT F., *Le couple homosexuel et le droit*, Paris, Odile Jacob, 2001.

MÉCARY C., LEROY-FORGEOT F., *Le PaCS*, collection « Que sais-je ? », nº 3566, Paris, PUF, 2000.

MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

MOSSUZ-LAVAU J., *Les lois de l'amour (les politiques de la sexualité en France 1950-1990)*, Paris, Payot, 1991.

PÉLLISSIER G., *Le principe d'égalité en droit public*, collection « Systèmes », Paris, LGDJ, 1996.

PRADEL J., *Traité de droit pénal*, « Droit pénal général », Paris, Cujas, 12e éd. 1999.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, collection « Précis », Paris, Dalloz, 1997.

RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard : The Belknap of Harvard University Press, 1971. *Théorie de la justice*, traduit de l'anglais par AUDARD C., collection « Points Essais », Paris, Éditions du Seuil, 1987/1997.

RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980.

RUBENSTEIN W.B., *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law*, St. Paul, West Publishing Co., 2e éd., 1997.

SÉRIAUX A., *Droit canonique*, collection « Droit fondamental », Paris, PUF, 1re édition, 1996.

TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, collection « Précis », Paris, Dalloz, 4e éd. 1998.

TERRÉ F., *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987.

TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, collection « Précis », Paris, Dalloz, 6e éd., 1996.

WAALDIJK K., CLAPMAN (A) (eds.), *Homosexuality : an European Community Issue. Essays on Lesbian and Gays Rights in European Law and Policy*, Dortrecht, Boston, London, Martins Nishoff Publishers, 1993.

WINTEMUTE R., *Sexual orientation and human rights (The United State Constitution, the European Convention and the Canadian Charter)*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

WINTEMUTE R., ANDENAES M. (eds.), Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law, Oxford, Hart Publishing, 2001.

Thèses et mémoires

BACH-IGNASSE G., *La reconnaissance de l'homosexualité. L'émergence d'un thème dans la société française*, thèse pour le doctorat d'État en droit, Paris X-Nanterre, 1989.

BAQUÉ L., *L'aide médicale à la procréation. Étude comparée des principales législations européennes*, thèse pour le doctorat en droit privé, université des sciences sociales de Toulouse, 1999.

BOURDELOIS B., *Le mariage polygamique en droit international privé français*, thèse pour le doctorat d'État, deux volumes, Paris II, 1991, version remaniée et corrigée, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly Éditions, 1993.

BRANLARD J.-P., *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, collection « Bibliothèque de droit privé », Paris, tome 222, LGDJ, 1993.

CARPENTIER E., « Mariage des couples de même sexe et Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVI, 2000.

COURTRAY F., *Homosexualité et normativité sociale, de la diversité culturelle au droit français*, thèse pour le doctorat en droit, université d'Aix-Marseille, 1996.

GALINA E., *Couple, mariage, filiation, homosexualité et droits de l'Homme*, mémoire de DEA en droits de l'homme et libertés publiques, Paris X Nanterre, 1999.

HIRSOUX E., *La volonté individuelle en matière de filiation*, thèse pour le doctorat d'État, deux volumes, Paris II, 1988.

JAULNEAU E., *L'homosexualité et le droit*, mémoire de DEA en droit privé général et européen, Limoges, 1999.

LAGET O., *L'adoption par une personne seule*, thèse pour le doctorat en droit, Lyon II, faculté de droit, 1972.

LOBNA H., *PaCS et droit de l'homosexualité*, mémoire de DEA en sociologie du droit, Paris II, 2000.

MERIN Y., *Equality for Same-Sex Couples. A Comparative Study of the Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United State*, University of Chicago Press, 2002.

MICOU E. *L'égalité des sexes en droit privé*, collection « Études », Presses universitaires de Perpignan, 1997.

NADAUD S., *Approche psychologique et comportementale des enfant vivant en milieu homoparental. Étude sur un échantillon de 58 enfants élevés par des parents homosexuels*, thèse pour le diplôme d'État de docteur en médecine, université Bordeaux 2-Victor-Segalen, UFR des sciences médicales, thèse nº 3053, 2000.

PITOIS-ÉTIENNE T., *Le juge judiciaire et le concubinage homosexuel. Évolution et perspectives après la promulgation de la loi relative au pacte civil de solidarité*, rapport, formation initiale de l'École nationale de la magistrature (ENM), 1999.

RAYMOND G., *Le consentement des époux au mariage*, Paris, LGDJ, 1965.

Articles juridiques

ADAM P. « Petite balade dans le contentieux prud'homal du harcèlement moral » in *Semaine sociale Lamy supplément*, 9 juillet 2007 nº 1315.

ADAM P. « Harcèlement moral, pleins feux sur l'obligation patronale de prévention », in *Dr. Ouv*. 2007, 1.

AGOSTINELLI X., « Le concubinage homosexuel dans la loi DMOS du 27 janvier 1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de Pandore ? », in *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 1994-1, pp. 121-137.

ALLEAUME C., « "Solidarité contre solidarité". Étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PaCS au regard du droit du crédit », *Chron. Dalloz* 2000, p. 450.

AMAR J., « PaCS et immunités familiales », in *Dr. pénal*, octobre 2000, p. 4.

AMESELEK P., « Brèves réflexions sur la notion de "source du droit" », in *Sources du droit*, archives de philosophie du droit, tome 27, 1982, pp. 251-258.

BADINTER R., « Les Droits de l'Homme face aux progrès de la médecine, de la biologie et de la biochimie », in *Le débat*, nº 36, septembre 1985, pp. 4-14.

BADINTER R., « Lecture faite... », in *Le débat*, nº 36, septembre 1985, pp. 37-39.

BEIGNER B., « Le notaire évincé... », in *Dr. fam.*, février 2001, nº 13, p. 16.

BEIGNER B., « La loi du 31 décembre 2001 : le conjoint héritier », in *Dr. fam.*, avril 2002, nº 8, p. 4.

BEIGNER B., « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original. (À propos d'une réponse ministérielle) », in *Defrénois* 2001, article 37308, p. 232.

BEIGNER B., « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », in *Defrénois* 2000, article 37175, p. 621.

BEIGNER B., « Pacte civil de solidarité : formule de convention ; commentaire », in *Dr. fam.*, avril 2000, p. 7.

BEIGNER B., « À propos du décret nº 99-1089 du 21 décembre 1999 relatif au pacte civil de solidarité : problème quant à l'acte authentique », in *Dalloz* 2000, *Point de vue*, *cf.* ; *Defrénois* 2000, article 37104, p. 211.

BEIGNER B., « PaCS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », in *Dr. fam.*, avril 1999, p. 7.

BEIGNER B., « Une nouvelle proposition de loi relative au CUS : copie à revoir », in *Dr. fam.*, avril 1997, p. 4.

BEIGNER B., COMBRET J., FOUQUET A., « Pacte civil de solidarité : formule de convention », in *Defrénois* 2000, article 37176, p. 630.

BELL M., « Sexual Orientation and Anti-Discrimination Policy : The European Community », in *The Politics of Sexuality*, CARVER T., MOTTIER V. (eds.), London, Routledge, 1998.

BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d'égalité », in *RFDA* 20 juillet/20 août 1998, « Les droits fondamentaux » (nº spécial), pp. 152-164.

BÉNABENT A., « La liberté individuelle et le mariage », in *RTD civ.* 1973, 440.

BENOIT-ROHMER F., « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Dalloz* 2001, *Chron.* p. 1483.

BERTHIAU P., « Discriminations raciales et autres », in *Juris-Classeur pénal*, article 225-1 à 225-4.

BERTHOU K., « La CJCE et l'égalité de traitement : quelles orientations ? », in *Dr. soc.* 2001, 879.

BERTHOU K., MASSELOT A., « La CJCE et les couples homosexuels », in *Dr. soc.* 1998, 1034.

BETANT-ROBET S., « Adoption », *Encyclopédie Dalloz*.

BLACHER P., SEUBE J.-B., « Le PaCS à l'épreuve de la Constitution », in *RD publ.* 2000, nº 1.

BOGUCKI B., « L'homosexualité et les dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles des salariés », in *Les Petites Affiches*, 10 août 1994, nº 95, pp. 24-26.

BORRILLO D., « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », in *Revue française des affaires sociales* 2002, nº 1, 113.

BORRILLO D., « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », in *McGill Law Journal*, vol. 46, août 2001, nº 4, pp. 877-922.

BORRILLO D., « Le Pacte civil de solidarité : une reconnaissance timide des unions de même sexe », in *Aktuelle Juristische Praxis* 3/2001, pp. 299-306.

BORRILLO D., « L'orientation sexuelle en Europe : esquisse d'une politique publique anti discriminatoire », in *Les temps modernes*, n° 609, juin-août 2000, pp. 263-282.

BORRILLO D., « Sexual Orientation and Human Rights in Europe », in *Peace, Justice and Freedom*, GURCHARAN B., O'NEIL J.S., GALL G.L. & BENDIN P.D. (eds.), Alberta, University of Alberta Press, 2000, pp. 303-311.

BORRILLO D., « L'homophobie dans le discours des juristes », in *Homosexualités : expression/répression*, TIN L.-G. (sous la direction de), PASTRE G. (collab.), Paris, Stock, 2000, pp. 156-179.

BORRILLO D., « La protection juridique des nouvelles formes familiales : le cas des familles homoparentales », in *Mouvements*, mars-avril 2000, n° 8, pp. 54-59.

BORRILLO D., « Fantasmes des juristes *vs Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, BORRILLO D., FASSIN É., IACUB M. (sous la direction de), collection « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1999, pp. 161-185.

BORRILLO D., « Le mariage homosexuel : hommage de l'hérésie à l'orthodoxie ? », in *La sexualité a-t-elle un avenir ?*, FÉDIDA P., LECOURT D. (sous la direction de), collection « Forum Diderot », Paris, PUF, 1999, pp. 39-54.

BORRILLO D., « Le mariage homosexuel : vers une égalité radicale », in *La Mazarine*, mars 1999, pp. 30-37.

BORRILLO D., « Homosexualité et liberté matrimoniale », in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, *Témoin*, mai-juin 1998, n° 12, pp. 75-85.

BORRILLO D., « Les unions du même sexe : entre mariage impossible et concubinage improbable », in *Le Banquet*, 1er et 2e semestre 1998, numéro double spécial, n° 12 et 13, pp. 128-138.

BORRILLO D., « Statut juridique de l'homosexualité et Droits de l'Homme », in *Un sujet inclassable ? Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités*, *Cahiers Gay Kitsch Camp*, février 1995, n° 28, pp. 99-115.

BORRILLO D., « L'aventure ambiguë du PaCS », in *Regards sur l'actualité* n° 286, FASSIN E. (collab.) Paris, la documentation française, décembre 2002.

BORRILLO D., « Adoption » ; « Dépénalisation » ; « Droit Européen » ; « Injure » ; « Jurisprudence » ; « Pénalisation » ; « Vie privée », in *Dictionnaire de l'Homophobie,* TIN L-G (sous la direction de), FORMOND Th. (collab.), Paris, PUF, 2003.

BORRILLO D., « Adoption », « Discrimination », « Droit », « PaCS », « Homoparentalité », « Homophobie », « Orientation sexuelle », in *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*, ERIBON D. (sous la direction de), Paris, Larousse, 2003.

BORRILLO D., « Adopción, homosexualidad e interés superior del niño. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal Europeo de derechos humanos », in *Cursos de Derechos Humanos de Donosita-San Sebastián*, vol. IV, PITOIS-ETIENNE Th. (cosigné), SOROETA LICERAS J. (ed.), Bilbao, Editorial de la Universidad del País Vasco, 2003, pp. 137-150.

BORRILLO D., « Etude comparative franco-canadienne sur les politiques publiques de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », in *Rapport pour le gouvernement canadien*, février 2004.

BORRILLO D., « La surveillance juridique de pratiques sexuelles légitimes : l'institution de la norme conjugale » in *Le Gouvernement des corps*, FASSIN D. et MEMMI D. (Ed.), Paris, éditions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2004.

BORRILLO D., « Matrimonio e differenza sessuale : un'evidenza che si dissolve ? » in *Globalizzazione e diritti futuri, manifestolibri*, FINELLI R., FISTETTI F., LUCIANI F. et DI VITTORIO P., Roma, 2004.

BORRILLO D., « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », in *Revue de Droit de McGill*, vol 49, Nº 4, PITOIS-ETIENNE T. (cosigné), octobre 2004, pp. 1035-1056.

BORRILLO D., « Combating sexual orientation discrimination in employment in France » in *Report of the European Group of Experts about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation,* Universiteit Leiden (E. M. Meijers Institute of Legal Studies, November 2004), pp. 183-207.

BORRILLO D., « The PaCS four years later : a begining or and end ? Same-Sex Couples, Same-Sex Partnerships and Homosexual Marriages. A Focus on cross-national differentials », in *Documents de Travail de l'INED*, nº 124, FASSIN E. (cosigné), Paris, 2004.

BORRILLO D., « Droit et Politique Européenne du Genre et de l'Orientation Sexuelle », in *Gender Law and Policy Annual Review*, Vol. 2, 2004, pp. 7-16.

BORRILLO D., « O individuo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais : analise da realidade jurídica francesa no contexto internacional » in *Bioética reprodução e gênero na sociedade contemporânea*, Rio de Janeiro, Abep Letras Livres, 2005, pp. 173-211.

BORRILLO D., « Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same sex partners in France », in *More or Less Together : levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*, WAALDIJK K. (ed.), in *Documents de Travail de l'INED* nº 125, 2005, pp. 93/107.

BORRILLO D., « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français », in *Revue Droit et Cultures* nº 49, 2005/1, Paris, pp. 129-145.

BORRILLO D., « El matrimonio entre personas del mismo sexo », in *Revista Mundo Jurídico*, online (06/09/2005) Brésil : http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=341

BORRILLO D., « Who is Breaking with Tradition ? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity », in *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 17, Nº 1, 2005, pp. 89-97.

BORRILLO D., « La politica anti-discriminatoria dell'Unione Europea » in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale : l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, FABENI S. et GIGLIOLA TONIOLLO M. (Ed.), Roma, Ediesse, 2005.

BORRILLO D., « Homosexual individuals, same-sex couples and homoparental families : an analysis of French legal reality », in *The gays' and lesbians' rights in an enlarged European Union*, WEYEMBERGH A. et CARSTOCEA S. (sous la direction de), Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 49-80.

BORRILLO D., « Le long chemin vers la dépénalisation totale de l'homosexualité » et « Le statut des couples hétérosexuels : un privilège injustifiable dans une société démocratique » in *Le sexe et ses juges*, ouvrage collectif du Syndicat de la Magistrature, ALT E. (coordonné par), Paris, Edition Syllepse, 2006, pp. 111-117 et 151-161.

BORRILLO D., « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité » in *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, Paris, PUF, 2006.

BORRILLO D., « L'Union Européenne et la lutte contre les discriminations », in *Hommes et Libertés*, revue de la Ligue des droits de l'homme, nº 134, avril-juin 2006.

BORRILLO D., « Mariage entre personnes du même sexe et homoparenté. Egalité, nouveaux droits et nouvelles descriminations » in *L'Autre campagne. Des propositions à débattre d'urgence*, DEBREGEAS G. et LACOSTE T. (sous la direction de), Paris, La Découverte, 2006.

BORRILLO D., MOREL M., « Discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et discours homophobe », in *Témoin*, mai-juin 2001, nº 24.

BORRILLO D., PITOIS T., « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996 », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1998, pp. 137-150.

BOUAZIZ P., « Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique », in *Dr. ouv.* mai 2000, 192.

BOULANGER F., « Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale ? (examen critique de la loi nº 93-22 du 8 janvier 1993) », in *Dalloz* 1999, *Chron*. p. 233.

BOULANGER F., « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi nº 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », in *Dalloz* 1996, *Chron.* p. 307

BOULIMIER D. « Le harcèlement moral, l'accident du travail et la maladie professionnelle », in *Semaine Sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007 nº 1315

BOUREL P., *Juris-Classeur Droit international*, fascicule 548-4.

BRANLARD J.-P., « L'homosexualité, le mariage, le concubinage et le CUC », in *Les Petites Affiches*, 10 août 1994, nº 95, p. 8.

BRILL J.-P., « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'article 416 du Code pénal », in *Rev. sc. crim.* 1977, 35.

BRUGUIÈRE J.-M., « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », in *Dalloz* 2000, *Chron*. p. 10.

BRUNET L., « Filiation artificielle et norme sexuelle », in *La Mazarine*, mars 1999, pp. 22-29.

BRUNETTI-PONS C., « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », in *RTD civ.* 1999, 27.

BUFFELAN-LANORE Y., « Divorce. Divorce pour faute. Faits imputables à un époux : définition, caractères et appréciation », in *Juris-Classeur Civil*, articles 242 à 246, fascicule 10.

BUFFELAN-LANORE Y., « Divorce : divorce pour faute. Faits imputables à un époux : principales applications », in *Juris-Classeur Civil*, articles 242 à 246, fascicule 20.

CABRILLAC R., « Les réformes du droit de la famille et le PaCS », in *Dr. fam.*, juin 2000, p. 4

CABRILLAC R., « Libres propos sur le PaCS (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale) », in *Dalloz* 1999, *Chron*. p. 71.

CAPERS B., « Sex (ual) Orientation and Title VII », 91 *Columbia Law Review* 1158.

CARBONNIER J., « Le droit de la famille, état d'urgence », in *JCP* 1998, I, 184.

CARBONNIER J., « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 34, pp. 197-207.

CARBONNIER J., « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX*e *siècle (études offertes à Georges Ripert)*, Paris, LGDJ, tome I, 1950, pp. 325-345.

CHABAULT C., « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », in *Dr. fam.*, 1998, nº 7-8, p. 6.

CHALARON Y., « Règlement intérieur et notes de service », in *Encyclopédie Dalloz*.

CHAMPENOIS G., « La loi nº 72-3 du 2 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption "*pater is est quem nuptiae demonstrant*" ? », in *JCP* 1975, I, 2686.

CHARBONNEAU C., PANSIER (F.-J.), « *Hominibus bonae voluntatis* (le PaCS II) », in *Gaz. Pal.* 19-21 novembre 2000, 1, 2.

CHARBONNEAU (C.), PANSIER (F.-J.), « Et in Terra PaCS. Commentaire du pacte civil de solidarité créé par la loi du 14 novembre 1999 et à la décision du Conseil constitutionnel », in *Gaz. Pal.* 19-20 novembre 1999, 1, 2.

CHARLIN J., « Pacte civil de solidarité (PaCS). La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », in *JCP éd. N* 2000, I, 1851.

CHANTELOUP H., « Menus propos autour du Pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.* 1er -3 octobre 2000, 1, 4.

COLOMBET B., « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », in *Dalloz* 1971, *Chron.* p. 3.

COMMAILLE J., « Repenser politiquement le droit de la famille : l'exemple de l'homosexualité », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2006, p. 401

COSTAT-LASCOUX J., « La loi du 1er juillet 1972 et la protection pénale contre la discrimination raciale », in *Dr. soc.* 1976, 181.

CULHANE J.G., « Uprooting the Argument Against Same-Sex Marriage », in 20 *Cardozo Law Review* 1119 (march 1999).

DANET J., « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1998, pp. 97-108.

DANET J., « Le corps homosexuel : de la répression à la conquête des droits », in *Revue Actes*, « Les cahiers d'actions juridiques », 1985, nº 49/50, pp. 47-51.

DANET J., « Discours juridique et perversions sexuelles (XIXe et XXe siècles) », in *Famille et Politique*, Centre de recherche politique, université de Nantes, faculté de droit et des sciences Politiques, vol. 6, 1977.

DANTI-JUAN M., « Discriminations », in *Répertoire pénal Dalloz*.

DE BENALCAZAR I., « Une nouvelle filiation : l'"homoparentalité" ? », *Gaz. Pal.* 10-12 décembre 2000, 1, 18.

DE SCHUTTER O., « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de "pleine reconnaissance" », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1998, pp. 64-93.

DE SCHUTTER O., « Homosexualité, discours, droit », in *Revue internationale d'études juridiques*, 1993.30, pp. 83-142.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « PaCS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », in *RTD civ.* 2001, 529.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté », in *JCP* 1993, I, 3662.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., VAUVILLÉ F., « Droits de l'Homme et Droits de l'enfant », *Dalloz* 1988, in *Chron*. p. 137.

DELMAS SAINT-HILAIRE P., « Pacte civil de solidarité (PaCS). Aspects fiscaux », in *JCP éd. N* 2000, I, 458.

DOUET F., « Les effets du PaCS sur la situation fiscale des concubins », in *JCP éd. N* 1999, nº 48, 1746.

DREIFUSS-NETER F., « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », in *Dalloz* 1998, *Chron.* p. 100.

ERRANTE E., « Le mariage homosexuel aux États-Unis : les arrêts des tribunaux de l'État de Hawaii et leurs implications au niveau national », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997.

ESKRIDGE W.N., « The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debat (And Some Post-modern Arguments for Same-Sex Marriage) », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, WINTEMUTE R., ANDENAES M. (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 113-129.

ESKRIDGE W.N., « A History of Same-Sex Marriage », in 79 *Virginia Law Review* 1419, (1993).

FASSIN É., IACUB M., LAGRAVE R.-M., « Parenté et filiation face aux discriminations. L'égalité entre les sexes et les sexualités au principe d'une nouvelle approche de la famille », in *Mouvements*, nº 8, mars-avril 2000, pp. 70-80.

FINEL L., « La démission implicite », in *Gaz. Pal.* 1997, 3, 1273.

FINNIS J., « Law, Morality and Sexual Orientation », in 69 *Notre Dame Law Review* 1049, (1994).

FOULON-PIGANIOL J., « La lutte contre le racisme (commentaire de la loi du 1er juillet 1972) », in *Dalloz* 1972, *Chron*. p. 261.

FOULON-PIGANIOL J., « La lutte contre le racisme (esquisse d'un bilan de trois années de jurisprudence) », in *Dalloz* 1975, *Chron*. p. 159.

FOULON-PIGANIOL J., « Réflexions sur la diffamation raciale. Éléments du délit et imperfections du texte actuel », in *Dalloz* 1970, *Chron*. p. 133.

FULCHIRON H., « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », in *JCP* 2001, *Actu.* 1033

FULCHIRON H., « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », in *Dalloz* 2001, *Point de vue* p. 1628.

FULCHIRON H., « Réflexion sur les unions hors mariage en droit international privé », in *Journal de droit international* 2000, nº 4, p. 889.

FULCHIRON H., « L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès de l'un des parents », in *JCP* 1990, I, 3452.

FULCHIRON H., « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur l'homoparentalité », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2006, p. 392.

GARNERI S., « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel nº 99-419 DC du 9 novembre 1999 », in *RFDC* 2000, 41, 104.

GARNERI S., « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », in *RFDC* 1999, 40 (première partie), 41 (deuxième partie).

GARRONE P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », in *RTD eur.* 30 (3), juillet-septembre 1994, 425.

GARÉ T., « L'enquête sociale dans la désunion des parents. Aspects juridiques », in *RTD civ.* 1987, 692.

GEBLER M.-J., « Effets du divorce », in *Juris-Classeur Civil*, article 286 à 295, fascicule 10.

GÉNINET B., « L'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », in *Les Petites Affiches*, 11 avril 2001, nº 72, pp. 4-8.

GOURON-MAZEL A., « Juge de la famille et homosexualité », in *Dr. fam.*, janvier 2002, chronique nº 1, p. 4.

GOUTTENOIRE-CORNUT A., SUDRE F., « La réponse de la CEDH à la question de l'adoption par un parent homosexuel », in *JCP* 2002, II, 10 074.

GRANET F., « Pacte civil de solidarité (PaCS). Aspects comparés et internationaux », in *JCP éd. N* 2000, I, 371.

GRANET-LAMBRECHTS F., « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe – panorama européen », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2006, p. 409

GRÉVY, M., « La sanction civile du harcèlement moral », in *Semaine Sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007 nº 1315

GRIDEL J.-P., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », in *Dalloz* 1993, *Chron.* p. 191.

GRIMALDI d'ESTRADA J., « Contrat de travail : exécution, règlement intérieur », in *Juris-Classeur Travail*, fascicule 18-30.

GUERDER V.-P., « La poursuite et la répression des discriminations en droit du travail », in *Dr. soc.* 1995, 447.

GUIGUET B., « Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe », in *Cahiers de droit européen* 1999, nº 5-6, pp. 537-567.

HAMMJE P., « Droits fondamentaux et ordre public », in *Rev. crit. DIP* 1997, 1.

HAUSER J., « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », in *Defrénois* 2001, article 37362.

HAUSER J., « Pacte civil de solidarité (PaCS). Statut civil des partenaires », in *JCP éd. N* 2000, I, 411.

HAUSER J., « Couple et différence de sexe », in *La notion juridique de couple*, RUNETTI-PONS C. (sous la direction de), Paris, Economica, 1998, pp. 95-111.

HAUSER J., « Les communautés taisibles », *Dalloz* 1997, in *Chron*. p. 255.

HAUSER J., « L'adoption à tout faire », in *Dalloz* 1987, *Chron*. p. 205.

HAUSER H., DENIS P. (mise à jour), in *Juris-Classeur Civil*, article 264-1 à 285-1, fascicule 21.

HAUSER J., LEMOULAND J.-J., « Mariage », in *Encyclopédie Dalloz*.

HOHENGARTEN W., « Same-Sex Marriage and the Right of Privacy », in 103 *Yale Law Journal* 1495, 1994.

HUET-WEILLER D., « Requiem pour une présomption moribonde (la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322, alinéa 2, c. civ.) », in *Dalloz* 1985, *Chron*. p. 123.

HUET-WEILLER D., « L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (commentaire de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 c. civ.) », in *Dalloz* 1982, *Chron.* p. 185.

IACUB M., « Filiation : le triomphe des mères », in *Le Monde des Débats*, mars 2000, p. 16.

IACUB M., « Homoparentalité et ordre procréatif », in *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, BORRILLO D., FASSIN É., IACUB M. (sous la direction de), collection « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1999, pp. 189-204.

IACUB M., « Le construction juridique de la nature dans la reproduction hors nature : les fécondations artificielles dans les lois bioéthiques », in *Démographie et politique*, RONSIN F., Le BRAS H., ZUCKER-ROUVILLOIS E. (sous la coordination), Dijon, EUD, 1997, pp. 161-173.

JEANDIDIER, *Juris-Classeur Pénal*, articles 311-1 à 311-16.

JENSEN S., « La reconnaissance des préférences sexuelles : le modèle scandinave », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1998, pp. 258-267.

JESTAZ P., « Actes homosexuels accomplis sur la personne d'un mineur. Suppression des sanctions pénales », in *RTD civ.* 1982, 795.

JOBARD-BACHELIER M.-N., « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs du for », in *Juris-Classeur Droit international*, fascicule 534-3.

JOBARD-BACHELIER M.-N., de La PRADELLE G., « Notion d'ordre public et exception d'ordre public en droit international privé français », in *Juris-Classeur Droit international*, fascicule 534-1.

JOSSELIN-GALL M., « Pacte civil de solidarité (PaCS). Quelques éléments de droit international privé », in *JCP éd. N* 2000, I, 489.

JOUANJAN O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », in *Droits*, 1992, nº 16, p. 131.

KEANE T., « Aloha Marriage ? Constitutionnal and Change of Law Arguments for Recognition of Same-Sex Marriage », in 47 *Stanford Law Review* 499 (1995).

KESSLER G., « La reconnaissance en France des partenariats enregistrés à l'étranger », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2004, p. 272

KOPPELMAN A., « Is Marriage Inherently Heterosexual ? », in 42 *American Journal of Jurisprudence* 51 (1997).

KOPPELMAN A., « Why Discrimination Against Lesbian and Gay Men is Sex Discrimination », in 69 *New-York University Law Review* 197 (1994).

LABRUSSE-RIOU C., « Couple et lien affectif », in *La notion juridique de couple*, BRUNETTI-PONS C. (sous la direction de), Paris, Economica, 1998, pp. 75-93.

LANQUETIN M.-T., « Le principe de non-discrimination », in *Dr. ouv.*, mai 2001, 186.

LANQUETIN M.-T., « Un tournant en matière de discriminations », in *Dr. soc.* 2000, 589.

LANQUETIN M.-T., « Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », in *Dr. soc.* 1998, 688.

LANQUETIN M.-T., « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », in *Dr. soc.* 1995, 435.

LANQUETIN M.-T., « La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire », in *Dr. soc.* 1988, 806.

LAPÉROU-SCHENEIDER B., « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », in *Dr. soc.* 2002, 313.

LASCOUMES P., « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de

même sexe », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1998, p. 117.

LARROUMET C., « La libéralité consentie par un concubin adultère », in *Dalloz* 1999, *Chron.* p. 351.

LEBEN C., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », in *RD publ.* 1982, 295.

LÉCUYER H., « Le secret », in *Dr. fam.*, février 2001, p. 3.

LÉCUYER H., « Le PaCS (désormais) sous toutes ses coutures », in *Dr. fam.*, janvier 2000, pp. 4-8.

LÉCUYER H., « PaCS : pacte civil sans solidarité », in *Dr. fam.*, janvier 2000, p. 3.

LÉCUYER H., « Vers un PaCS occulte », in *Dr. fam.*, décembre 1999, p. 3.

LE GAC-PECH S., « De Louis XVII à Z... », in *Dalloz* 2001, *Chron.* p. 404.

LEMOULAND J.-J., « Formation et la dissolution du pacte civil de solidarité », in *JCP éd. N* 2000, I, 406.

LEMOULAND J.-J., « Présentation de la loi nº 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », in *Dalloz* 1999, *Chron*. p. 483.

LEMOULAND J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », in *Dalloz* 1997, *Chron*. p. 133.

LENOIR P., « L'homosexualité et le juge communautaire », in *RTDH* 1999, nº 38, 399.

LEROY Y., « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes », in *Dr. ouv.* mai 2001, 229.

LESTER A., « La législation anglaise contre la discrimination », in *Dr. soc.* 1987, 791.

LEVENEUR L., « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », in *JCP* 1999, I, 152.

LEVENEUR L., « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », in *JCP* 1998, I, 4069.

LIBCHABER R., « Les forces créatrices du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », in *RTD civ.* 1998, 224.

LICARI S., « De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail », in *Dr. soc.* 2000, 492.

LOCHAK D., « Égalité et différence. Réflexions sur l'universalité de le règle de droit », in *Homosexualités et droit*, BORRILLO D. (sous la direction de), collection « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1998, pp. 39-63.

LOCHAK D., « L'autre saisi par le droit », in *L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, BADIE B., SADOUN M. (sous la direction de), Paris, Presses de Sciences po, 1996, pp. 179-199.

LOCHAK D., « La race : une catégorie juridique ? », in *Mots*, décembre 1992, nº 33, pp. 291-303.

LOCHAK D., « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », in *Dr. soc.* 1990, 76.

LOCHAK D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, études réunies par FENET A. et SOULIER G., Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-184.

LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », in *Dr. soc.* 1987, 778.

LOCHAK D., « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, Paris, PUF, publication du CURAPP, 1983, pp. 51-77.

LYON-CAEN A., « L'égalité et la loi en droit du travail », in *Dr. soc* 1990, 68.

LUCHAIRE F., « Un janus constitutionnel : l'égalité », in *RD publ.* 1986, 1229.

KAYSER P., « Diffamation et atteinte au droit de la vie privée », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, pp. 409-427.

MALAURIE P., « Un statut légal du concubinage ? CUC, PIC PaCS et autres avatars du mariage », in *Defrénois* 1998, article 36838, p. 871.

MARIÉE M., « L'homosexualité cause de répression pénale », in *Les Petites Affiches*, 10 août 1994, nº 95, pp. 29-32.

MARTEAU-PETIT M., « Le PaCS et le fisc », *Dr. fam.*, in *Chron.* nº 8, avril 2001, p. 12.

MARTIN R., « Personne et sujet de droit », in *RTD civ.* 1981, 785.

MAXWELL N.G., MATTIJISSEN A.A.M. & SMITH C., « Legal Protections for All the Children : Dutch-American Comparaison of Lesbian and Gay Parent Adoption », vol. 3.1, in *Electronic Journal of Comparative Law*, August 1999, http://law.kub.nl/ejcl/31/art31-2.htm

MAYAUD Y., « L'adultère, cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », in *RTD civ.* 1980, 494 p.

MAZEAUD A., « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation sociale », in *Dr. soc.* 2002, 321 p.

MAZEAUD L., « Solution au problème du divorce », *Dalloz* 1945, in *Chron.* p. 11.

M'BONGO P., « L'incrimination des opinions "sexistes" et la liberté d'expression », in *Dalloz* 2002, *Chron.* p. 427

MÉCARY C., « Homoparentalité : protection de l'enfant », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2006, p. 398.

MÉNARD A., ACHOUI K., « L'homosexualité et la rupture du contrat de travail », in *Les Petites Affiches*, 10 août 1994, nº 95, pp. 27-28.

MESTRE J., « Mariage. Introduction générale. Conditions de fond », in *Juris-Classeur Droit international*, fascicule 546-A.

MEYER-FABRE N., « La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », in *Rev. crit. DIP* 1994, 259 p.

MICLO F., « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », in *AJDA* 1982, 114 p.

MOLFESSIS N., « Pacte civil de solidarité (PaCS) : la réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », in *JCP éd. N* 2000, I, 270.

MONÉGER F., « Pacte civil de solidarité (PaCS). Aspects sociaux », in *JCP éd. N* 2000, I, 452 p.

MONTEILLET-GEOFFROY M., « Le notaire et le contentieux du PaCS », in *JCP éd. N* 2001, 744 p.

MOREAU M.-A., « À propos de l'abus d'autorité en matière sexuelle », in *Dr. soc.* 1993, 115 p.

MOUTOUH H., « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », in *Dalloz* 1998, *Chron*. p. 369.

MUIR-WATT H., « La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1993-1994.

MURAT P., « Vers la famille homosexuelle par adoption », *Dr. fam*., avril 2000, pp. 4-6.

NEIRINCK C., « L'évolution de l'adoption », in *Parents de sang, parents adoptifs. Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption (France, Europe, USA, Canada)*, collection « Droit et société », Paris, LGDJ, Maison des sciences de l'homme, série anthropologique, nº 29, 2000, pp. 343-361.

NEIRINCK C., « Filiation adoptive. Généralités », *Juris-Classeur Civil*, articles 343 à 370-2, fascicule 10.

NICOD M., « L'homosexualité, les donations, les testaments et l'assurance vie », in *Les Petites Affiches*, 10 août 1994, nº 95, pp. 21-23.

NOBLET P., « Égalité et discrimination positive. Le cas de la France et des États-Unis », in *Revue des affaires sociales*, octobre-décembre 1998, nº 4, p. 131.

NOURISSAT C., DEVERS A., « Le partenariat homosexuel devant la Cour de justice des Communautés européennes », in *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 3380.

OLIVEIRA H.U.J. d'), « Lesbian and Gays and the Freedom of Movement of Persons », in *Homosexuality : an European Community Issue. Essays on Lesbian and Gays Rights in European Law and Policy*, WAALDIJK K., CLAPMAN A (eds.), Dortrecht, Boston, London, Martins Nishoff Publishers, 1993, pp. 289-316.

PELISSIER A., « La réception de l'homoparentalité en droit européen », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2006, p. 406

PERRY T.L., « Race and Child Placement : The Best Interest Test and the Cost of Discretion », in 29 *Journal of Law and Family* 51 (1990-91).

PIASTRA R., « De l'adoption par une homosexuelle », in *Dalloz* 2001, *Jur.* p. 1575

PIASTRA R., « Loi relative au PaCS », *Dalloz* 2000, in *Chron*. p. 203.

PIERRE S., « La solidarité passive des partenaires du PaCS », in *Dr. fam.*, juillet-août 2000, p. 8.

PILLEBOUT J.-F., « Le pacte civil de solidarité par acte notarié », in *JCP éd. N* 2001, III, 900.

PILLEBOUT J.-F., « Pacte civil de solidarité (PaCS). Conventions relatives à la propriétés des biens », in *JCP éd. N* 2000, III, 1473.

PISIER É., « Sexe et sexualités : bonnes et mauvaises différences », in *Les temps modernes*, nº 609, juin-août 2000, pp. 156-175.

PISIER É., « Adoption : la justice du divan ? », in *La revue des deux mondes*, dossier « Pères et mères, les aventuriers de la famille », mai 2001, pp. 88-92.

PISIER É., « Du PaCS et de l'ambiguïté d'une tolérance », in *La revue des deux mondes*, « 50 auteurs en toute liberté » (nº spécial), novembre-décembre 1999, pp. 153-161.

POLIKOFF N., « Lesbian and Gay Couples Raising Children : The Law in United States », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law*, WINTEMUTE R., ANDENAES M. (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 153-167.

POLIKOFF N., « We Will Get What We Ask For : Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not 'Dismantle the Legal Structure of gender in Every Marriage », in 79 *Virginia Law Review* 1535 (1993).

POUSSON-PETIT J., « Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : l'adoption facilitée », in *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'université de Lille II, Paris, LGDJ, 1997, pp. 117-147.

PRECHAL S., « Combating Indirect Discrimination in Community Law Context », in *Legal Issues of European Integration* 1993/1, pp. 81-97.

PY B., « Le harcèlement moral et la jurisprudence pénale », in *Semaine sociale Lamy Supplément*, 9 juillet 2007, n° 1315 p. 13.

RAVANAS J., « Jouissance des droits civils. Protection de la vie privée. Délimitation de la protection », in *Juris-Classeur Civil*, article 9, fascicule 10.

RAYNAUD P., « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime (à propos de deux arrêts de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 1985) », in *Dalloz* 1985, *Chron*. p. 205.

RAYNAUD P., « Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs », in *Dalloz* 1983, *Chron*. p. 39.

RAYNAUD P., « La réforme de l'adoption (loi n° 66-500 du 11 juillet 1966) », in *Dalloz* 1967, *Chron.* p. 77.

REVET T., « Mariage(s) », in *RTD civ.* 2000, 173.

REVILLARD M., « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », in *Defrénois* 2000, article 37124, p. 337.

RICHARDS (C.), « The Legal Recognition of Same-Sex Couples – The French Perspective », in *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 51, April 2002, pp. 305-324.

RIHAL H., « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'adoption », in *RD sanit. soc.* 1997, 503.

RIVERO J., « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'Association H. CAPITANT, tome XIV, 1961-1962, Paris, Dalloz, 1965, pp. 343-360.

RIVIÈRE G., « Quand le PaCS titille un tantinet la tontine », in *JCP éd. N* 2000, I, 1723.

ROBIN-OLIVIER S., « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in *Dr. soc.* 1999, 609.

ROSENFELD M., « Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n° 5, p. 78.

ROY-LOUSTANAU C., « Le harcèlement sexuel "à la française". Commentaire de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 », in *JCP éd. E* 1993, I, 237.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Faut-il réformer l'adoption ? », in *Perspectives de réformes en droit de la famille*, MURAT P. (sous la direction de), *Droit de la famille*, hors-série n° 12 bis, décembre 2000, n° 9, p. 47.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PaCS », in *JCP* 1999, *Actu*., 1909.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Chronique d'actualité : droit de la famille », in *JCP* 1996, I, 3903.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Les concubinages : mise à jour », in *Mélanges Huet-Weiller*, 1994, pp. 389-414.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », in *JCP* 1994, I, 3739.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Des éléments constitutifs du concubinage », in *RTD civ.* 1989, 53.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), « La gestation pour le compte d'autrui », in *Dalloz* 1985, *Chron.* p. 147.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Réflexions sur une proposition de loi » tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation « , in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 371.

RUBELLIN-DEVICHI J., « L'affaiblissement de la présomption de paternité », in *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine du droit français*, Paris, Éditions du CNRS, tome 1, 1978, pp. 121-189.

RUBELLIN-DEVICHI J., TRILLAT B., « L'adoption : réflexions sur le rapport Mattéi », in *Les Petites Affiches*, 3 mai 1995, n° 53, p. 136.

SAINTE-ROSE J., « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ? », in *Actualité Juridique Famille*, Dalloz, 2006, p. 395.

SAUVAGE F., « PaCS : la protection du partenaire survivant », in *RJPF* 2001, 5/11.

SAUVAGE F., « PaCS, mode d'emploi n° 2 (à propos de la circulaire du 11 octobre 2000) », in *JCP éd. N* 2001, n° 21, p. 959.

SAUVAGE F., « Publicité du PaCS et pratique notariale », in *JCP éd. N* 2000, I, 1431.

SAVATIER J., « Les discriminations dans l'emploi à raison du sexe », *Dr. soc.* 1984, 339.

SÉRIAUX A., « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridique de la constitution légale d'un contrat d'union civile », in *Dr. fam.*, 1997, chronique n° 4, p. 4.

SÉRIAUX A., « La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités », in *Dalloz* 1988, *Chron.* p. 201.

SÉRIAUX A., « La vie prénatale. Biologie, morale et droit », in *Actes du VI^e colloque national des juristes catholiques, Paris 15-17 novembre 1985*, Paris, Téqui, 1986.

SÉRIAUX A., « La conception du mariage selon le Code civil », in *Mariage civil et mariage catholique. Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris 20-21 avril 1985*, Paris, Téqui, 1985, pp. 77-94.

SPIRY E., « Homosexualité et droit international des Droits de l'Homme. Vers une nouvelle Europe ? », in *RTDH* 1^er janvier 1996, n° 25, pp. 45-66.

STURLÈSE B., « La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », in *JCP* 1993, I, 3710

SUDRE F., « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen de protection des Droits de l'Homme ? », in *JCP* 1998, I, 100 p.

TALLON D., « Personnalité (droits de la) », in *Répertoire Dalloz de droit civil*.

TAQUET F., « Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination », in *Gaz. Pal.* 1^er-2 mars 2002, 1, 2.

TAQUET F., « PaCS et Sécurité sociale... premières réflexions », in *Gaz. Pal.* 23-25 juillet 2000, *Spécial Sécurité sociale*, 10.

TERRÉ F., « Le mariage religieux en droit français », in *Mariage civil et mariage catholique. Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris 20-21 avril 1985*, Paris, Téqui, 1985, pp. 49-61.

THOMAS Y., « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », in *Le débat*, mai-août 1998, n° 100, pp. 85-107.

TRACOL X., « Le droit à la différence homosexuelle », in *Cahiers Gay Kitsch Camp*, février 1995, n° 28, pp. 131-155.

TRILLAT B., « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *Droit des personnes et de la famille. Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, LGDJ/PUS, 1994, pp. 513-531.

TROISVALETS S., « L'autorité parentale dans les familles recomposées », in *Les Petites Affiches*, 11 mai 2000, nº 94, pp. 12-22.

TROSINO J., « American Wedding : Same-Sex Marriage and the Miscegenation Analogy », in 73 *Buffalo University Law Review* 93 (1993).

VALDES F., « Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys : Deconstructing the Conflation of "Sex", "Gender", and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society », in 83 *California Law Review* 3 (1995).

VARIKAS É., « Le "paria" ou la difficile reconnaissance de la pluralité humaine », in *La revue des deux mondes*, novembre-décembre 1999, « 50 auteurs en toute liberté » nº spécial, pp. 352-368.

VERDIER P., « L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État à la lumière de la pratique et de la jurisprudence », in *RD sanit. soc.* 1992, 354 p.

VÉRON M., « Le renforcement du dispositif répressif contre la discrimination et le racisme. Présentation des lois des 12 et 13 juillet 1990 », in *Dr. Pén.* 1990, 1 p.

VIDAL J., « Observations sur le rôle de la possession d'état dans le droit de la filiation », in *Mélanges offerts à P. Hébraux*, Toulouse, université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 887-915.

VIDAL J., « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Toulouse, université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1113-1136.

VIDAL R., SENAC de MONSEMBERNARD G., « Législation funéraire », in *JCP éd. N* 1998, 659.

WAALDIJK K., « Free Movement of Same-sex Partnership Status ? Recognition of Same-Sex relationships in Immigration Law », in 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 271 (1996).

WARDLE L.D., « Legal Claims for Same Sex Marriage : Effort to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage », in 39 *South Texas Law Review* 735 (1998).

WARDLE L.D., « A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage », in 1996 *Brigham Young University Law Review* 1 (1997).

WEST (M.-D.-J.), « Homosexualité et contrôle social. Comportements et attitudes sexuelles et leurs implications sur le droit pénal », in *Études relatives à la recherche criminologique*, vol. XXI, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984, pp. 139-180.

WINTEMUTE R., « Strasbourg to the Rescue ? Same-Sex Partners and Parents Under the European Convention », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, WINTEMUTE R., ANDENAES M. (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 713-729.

WINTEMUTE R., « When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination ? », in 27 *Industrial Law Journal* 23 (1998)

WINTEMUTE R., « Recognising New Kinds of Direct sex Discrimination : Transexualism, Sexual Orientation and Dress Code », in 60 *The Modern Law review* 334 (1997).

WRIGGINS J., « Marriage Law and Family Law : Autonomy, Interdependence, and Couple of the Same Gender », in 61 *Boston College Law Review* 265 (March 2000).

ZAKI (M.-S.), « Limites à la juridicisation du concubinage. À propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 novembre 1993 », in *Revue Juridique d'Île-de-France*, juillet-septembre 1994, nº 33-34, pp. 67-107.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS L'OUVRAGE

AJDA : *Actualité juridique droit administratif*
Ass. plén : Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ. : bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CAA : arrêt d'une cour administrative d'appel
Cass. : arrêt de la Cour de cassation
C. civ. : Code civil Dalloz
C. pén. : Code pénal Dalloz
CE : arrêt du Conseil d'État
CEDH : arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme
CGI : Code général des impôts Dalloz
ch. : chambre
ch. corr. : chambre correctionnelle
ch. soc. : chambre sociale
Chron. : partie doctrine du Recueil Dalloz
Civ. : arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
Clunet : *Revue du droit international Clunet*
CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
Conc. : conclusion
Cons. Const. : décision du Conseil constitutionnel
C. proc. pén. : Code de procédure pénale
CSP : Code de la santé publique
CSS : Code de la Sécurité sociale Dalloz
C. Trav. : Code du travail Dalloz
CUS : contrat d'union civile
D., *Dalloz* : Recueil Dalloz
DA : droit administratif (éditions du *Juris-Classeur*)
Defrénois : répertoire du notariat Defrénois
Dr. fam. : droit de la famille (éditions du *Juris-Classeur*)
Dr. ouv. : droit ouvrier
DP : recueil périodique et critique Dalloz (avant 1941)
Dr. pénal : droit pénal (éditions du *Juris-Classeur*)
Dr. soc. : droit social
Eur. : Europe (éditions du *Juris-Classeur*)
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
HALDE : haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

Instr. : instruction
IR : informations rapides du Recueil Dalloz
JAF : juge aux affaires familiales
JO : Journal officiel
JOAN : Journal officiel – débats de l'Assemblée nationale
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JCP : *La semaine juridique*, édition générale
JCP éd. E : *La semaine juridique*, édition entreprise
JCP éd. N : *La semaine juridique*, édition notariale
Jur. : partie jurisprudence du Recueil Dalloz
L. : loi
Lég. : partie législation du Recueil Dalloz
NCPC : Nouveau Code de procédure civile
obs. : observations
Ord. : ordonnance
PaCS : pacte civil de solidarité
RD publ. : *Revue de droit public*
RD sanit. soc. : *Revue de droit sanitaire et social*
Rec. : recueil des décisions du Conseil d'État
Rép. min. : réponse ministérielle
Req. : arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. adm. : *La Revue administrative*
Rev. crit. DIP : *Revue critique de droit international privé*
Rev. dr. sanit. et soc. : *Revue de droit sanitaire et social*
Rev. sc. crim. : *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*
RFAS : *Revue française des affaires sociales*
RFD adm. : *Revue française de droit administratif*
RFDC : *Revue française de droit constitutionnel*
RJPF : *Revue juridique personnes et famille*
RTD civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*
RTD eur. : *Revue trimestrielle de droit européen*
RTDH : *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*
S. : *Recueil Sirey*
Sect. : section
Soc. : arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Somm. : partie sommaires commentés du Recueil Dalloz
TA : jugement d'un tribunal administratif
TGI : jugement d'un tribunal de grande instance
TI : jugement d'un tribunal d'instance
US : arrêt de la Cour suprême des États-Unis

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire 3

Introduction 5

CONCEPTS CLÉS

CHAPITRE I

La non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle 9

Le principe de non-discrimination 9

Discrimination et différence de traitement 9
Les formes de la discrimination : directe ou indirecte 12
Le caractère arbitraire de la différence de traitement 14

L'orientation sexuelle en droit 16

L'orientation sexuelle et les autres motifs visés par le droit des discriminations 22
La prohibition des discriminations en raison de l'orientation sexuelle 25

Les textes internationaux 25

Le droit européen et le droit communautaire 26

CHAPITRE II

Le droit interne 31

Le droit privé et la lutte contre les discriminations 32

L'incrimination des actes et des pratiques discriminatoires 33
Les obstacles à l'apprehension du phénomène discriminatoire 33
Les limites tenant aux outils juridiques et aux domaines concernés 33

Le renforcement des outils de lutte contre les discriminations 36

La poursuite pénale des discriminations 36
La réparation civile du préjudice résultant de la discrimination 37
L'orientation sexuelle et le droit privé 38

PARTIE 1

LA VIE SOCIALE ET PROFESSIONNELLE 43

CHAPITRE I

L'incrimination des discours et des actes homophobes 47

Les discours de haine 47

Les infractions à caractère homophobe 48

CHAPITRE II
L'emploi et le travail 51

L'accès à l'emploi 54
La discrimination à l'embauche 54
Le fichage de l'orientation sexuelle 55

La relation de travail 57
Le règlement intérieur et les notes de service 57
Les droits des salariés en cours d'emploi 59
La sanction du salarié homosexuel 60

Le harcèlement en relation avec l'orientation sexuelle 62
L'origine commune des pratiques de harcèlement « à connotation sexuelle » 62
La mesure du harcèlement à l'encontre des gays et lesbiennes 64
La protection contre les comportements constitutifs d'un harcèlement 65
Le harcèlement sexuel 66
Le harcèlement moral 72
La protection selon l'auteur du harcèlement 77

La perte de l'emploi 78
Le licenciement 79
La démission 84

PARTIE II
LA VIE PRIVÉE ET LA VIE DU COUPLE 91

CHAPITRE I
Le droit au respect de la vie privée et le droit à l'image 93

La protection spécifique de l'homosexualité dans le cadre de la vie privée 93

L'homosexualité en tant que composante de la vie privée 93

Une protection renforcée du droit à l'image 95

L'ambiguïté d'une protection spécifique 97

CHAPITRE II
La vie du couple 101

Le concubinage 101
L'égal accès au statut 102
L'exigence de respect de l'égalité et le régime des libéralités 108

Le pacte civil de solidarité 111
Les droits patrimoniaux 115
Les droits extrapatrimoniaux 122
Le droit des étrangers 130

Le mariage civil 132
Les arguments opposés au mariage des couples homosexuels 135
L'accès indifférencié des couples de même sexe au mariage 156

PARTIE III
LA VIE FAMILIALE ET LA FILIATION 173

CHAPITRE I
L'adoption 179

L'adoption par un seul individu 179
L'adoption plénière 179
L'adoption simple 184

L'adoption conjointe par un couple de même sexe 189
Une impossibilité légale 189
La reconnaissance en France du droit d'adopter accordé à l'étranger à un couple de même sexe 191

CHAPITRE II
L'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation 195

Les relations avec l'enfant du partenaire de même sexe 198
Les droits du « beau-parent » de même sexe durant la vie commune 199
Les droits du « beau parent » de même sexe lors de la dissolution du couple 201

La création d'un lien de filiation homoparentale 202
Une redéfinition naturaliste du droit de la filiation 203
Une reconnaissance conforme aux caractères du droit commun de la filiation 212

CHAPITRE III
L'exercice des droits parentaux 227

Le choix du parent résident 227

Le droit de visite et d'hébergement 230

L'illégitimité de toute référence à l'orientation sexuelle du parent 231
La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme 232
La portée de l'illégitimité de la référence à l'orientation sexuelle 234

Conclusion 239

Bibliographie 241

Abréviations utilisées dans l'ouvrage 271