



## PROPOSITIONS DE CAMPAGNE

Le temps de la campagne présidentielle, *La Semaine juridique*, *Édition générale* (JCPG) et le Club des juristes créent une rubrique éphémère portant sur certaines des propositions de candidats. Le professeur Jean Hauser nous fait l'honneur d'ouvrir les débats.

Nicolas Molfessis

268

# Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question ?

**POINTS-CLÉS** → Le mariage homosexuel n'est rien s'il n'est pas accompagné par une reconnaissance de l'homoparentalité → À supposer qu'on l'admette c'est l'ensemble du droit des personnes qu'il faut revoir car un coup de baguette magique électorale ne suffira pas



**Jean Hauser,**  
professeur émérite de  
l'université Montesquieu –  
Bordeaux IV (CERFAP)

## 1. 2012 : 0

On ne saurait ramener, comme le font les candidats, la question du sexe en droit des personnes à celle du mariage homosexuel et de l'homoparentalité, si ce n'est que les expressions sont commodes et véhiculent ce qu'il faut de revendications d'un côté et de crainte de l'autre (on supposera qu'on veut faire quelque chose sinon...).

En réalité la question du sexe (dont celui des anges...) irrigue l'ensemble du droit des personnes non seulement national mais encore européen dans la mesure où la différenciation sexuelle est un des fondements de cette branche du droit. Pour autant la réalité de situations différentes n'est pas une nouveauté et, contre les adversaires de tout changement, on peut souligner que le mot même de mariage a recouvert dans l'histoire et la géographie des réalités concrètes très profondément diverses et des fonctions non moins variées.

Ce qui est nouveau c'est la revendication d'une reconnaissance par le droit et on peut la dater clairement de l'acceptation du changement de sexe à l'état civil (ceux qui s'y opposaient dans les années 1991 avaient

bien vu venir la suite...). Cette revendication se situe dans un mouvement beaucoup plus vaste (la tendance à la conventionnalisation du droit familial, visible partout, et maintenant bien étudiée, serait un sujet plus digne que les confettis individualistes sur lesquels on va discuter !) – sur lequel les candidats à l'élection devraient se prononcer plutôt que de se polariser sur le sujet facile du mariage - qui est celui de l'équilibre entre l'intervention du droit, qui suppose des définitions, et la liberté de la vie privée qui n'en supporte pas, équilibre jamais trouvé définitivement (les débats en 1884, sur la réintroduction du divorce, disparu depuis 1816, ont été extrêmement vifs... et puis 1912 sur la recherche de paternité, 1972 et la réforme Carbonnier que certains encensent aujourd'hui mais qui a suscité à l'époque de violentes critiques etc). Le sujet, rajeuni par l'introduction des théories dites du « gender » qui font du sexe une superstructure sociale (au sens marxiste du terme !) dont le droit ne devrait pas tenir compte, a maintenant suscité une abondante littérature, nourrie par des partisans représentatifs de groupes de pression dans tous les sens.

En droit français, si le Pacs a ouvert la voie à une reconnaissance officielle d'un couple de même sexe, les tentatives pour obtenir de la part des jurisprudences, nationale ou européenne, une reconnaissance expresse d'une famille équivalente ont toutes échoué, même si ses partisans, à l'affût du moindre signe, soutiennent régulièrement que c'est chose faite (pendant un temps la voie jurisprudentielle n'est pas condam-

nable et elle assure les transitions entre les mentalités mais vient un moment où ses inconvénients habituels se révèlent surtout quand les combattants sont à l'affût des plus petites décisions des modernes juges de Château-Thierry... il est vrai que F.Gény note que le bon juge Magnaud s'est ensuite présenté aux élections) ! Demain toute consécration du mariage homosexuel sera, cette fois, une réforme de la parenté sauf habileté stratégique qui ne fera que retarder le problème.

## 2. 1, 2, 3...

La première question méthodologique est celle de la *distinction ou non entre le couple et la parenté* devenue parentalité pour certains.

Si on la retient on est alors obligé de constater qu'il ne peut s'agir que d'une étape provisoire, comme le droit en connaît beaucoup (en ce sens l'évolution des droits des enfants, ci-devant adultérins, depuis 1955 jusqu'à 2005 est symbolique d'étapes successives pendant un quart de siècle), qui traduit bien l'idée de Ripert selon laquelle les lois sont des traités de paix entre des forces contraires. Telle est la méthode suivie lors de la loi Pacs en 1999 puisque aucune conséquence ne peut encore en être tirée quant à la filiation. La différenciation sexuelle du couple y demeure une donnée de la filiation et la reconnaissance du couple homosexuel se limite au mode de vie et n'atteint pas le mode de procréation.

Contre une telle méthode on peut avancer plusieurs arguments. Tout d'abord l'évolution considérable de ces dernières années a conduit à dissocier complètement le mode de vie des parents et le statut des enfants. L'autorité parentale échappe complètement à ce lien. Il faudrait donc, si l'on continue sur ce chemin, retenir une nouvelle distinction méthodologique entre la fabrication des enfants qui resterait sexuée et celle de leur vie qui ne le serait pas. C'est le sens du combat indirect, mené actuellement en jurisprudence, sur l'organisation de la vie des familles homoparentales à base de « bricolages » d'adoptions ou de délégations-partages d'autorité parentale, voire de rétro-délégations, alors que l'enfant est né d'opérations que, par ailleurs, on interdit ou même qui constituent des infractions pénales... On conviendra, quelle que soit l'opinion finale, que le procédé n'est pas satisfaisant ?

La seconde question méthodologique qui pourrait bien être au centre des discussions de demain est celle de *choisir entre un statut spécifique de l'union homosexuelle comportant les mêmes conséquences que celles de l'union hétérosexuelle ou une homogénéisation dans le vocabulaire comme dans les conséquences.*

Enfin la troisième devrait imposer de *s'interroger complètement sur les conséquences* de ce qu'on va faire au-delà des injonctions médiatiques et des démonstrations intellectuelles qui laissent aux juristes le service après-vente des idées les plus brillantes des autres.

### 3. 2 ou 1 ?

La première piste est celle du *Pacs en matière patrimoniale*, doté peu à peu des mêmes conséquences que celles du mariage, sans que cette assimilation soulève des oppositions majeures comme en 1999. Il serait donc concevable, au besoin en changeant de nom (on hésitera à proposer « pacte civil d'union »), de poursuivre sur ce terrain, ce qui pourrait être un échappatoire pour candidats élus mais soucieux de ne pas trancher trop vite (centristes ou repentis de tous les bords ?). Hormis le fait que la méthode serait quelque peu hypocrite – mais on peut ici faire l'éloge de l'hypocrisie – (après tout,



en 1884, ne ressusciter que le divorce pour faute alors que le droit français avait connu d'autres formes a conduit rapidement à l'hypocrisie des fausses lettres d'injure...) elle posera le problème du sens des revendications des couples homosexuels. Si cette revendication est uniquement technique, soit avoir un statut et pouvoir établir la filiation des enfants, la réponse devrait suffire mais, dans ce domaine, l'affichage symbolique est au moins aussi important que le contenu du texte et la solution serait certainement déficitaire sur ce point (le pacs

symboles souvent contradictoires de notre société, ce que les juristes ne savent pas trop faire.

La seconde piste, qui paraît nourrir le débat simpliste de la campagne présidentielle, consiste à *homogénéiser les statuts* en satisfaisant ainsi les revendications concrètes et symboliques de certains groupes. Elle pose, pour le juriste, un problème de vocabulaire et de classement redoutable. Certes on peut toujours dire que les mots n'ont que le sens qu'on veut bien leur donner mais le mot « mariage » n'est tout de

« Demain toute consécration du mariage homosexuel sera, cette fois, une réforme de la parenté sauf habileté stratégique qui ne fera que retarder le problème. »

ne sert qu'à moins de 10 % à des couples homosexuels. Quand on voit ce que fut, en 1999, l'affichage de la revendication on mesure qu'elle était largement aussi symbolique que concrète). On touche là un aspect délicat, propre au droit des personnes et de la famille à notre époque, qui a, en partie, cessé d'être à finalité concrète pour devenir une sorte de vitrine permanente des

même pas n'importe quoi historiquement et, en si bon chemin, on peut liquider toute la langue française et toute la terminologie juridique. Si demain les meubles en ont assez d'entendre sur leur passage *res mobilis, res vilis*, ils pourront revendiquer de s'appeler « immeubles » et si les animaux obtiennent un statut ils pourront revendiquer de s'appeler *personnes* ! La re-

vendication symbolique est, de plus, sans issue réelle. Quoi qu'on fasse, et même si la distinction n'a plus d'existence juridique, on retrouvera le lendemain le clivage inévitable entre les couples (et entre les choses qui bougent et les choses qui ne bougent pas !). Il n'est même pas sûr qu'il ne fasse pas l'objet d'une revendication des adversaires car, si la discrimination consiste à traiter de manière différente des personnes placées dans des situations semblables, on pourrait tout aussi bien soutenir qu'elle consiste aussi à dénommer de façon semblable des situations différentes. La revendication symbolique est à double entrée (on peut probablement pronostiquer que, le lendemain d'une loi assimilationniste, on retrouvera la revendication d'une reconnaissance civile du mariage tel que retenu dans certaines religions : catholique, musulmane etc...) et conduit d'ailleurs à d'insondables contradictions.

En ce sens il aurait été plus clair et même plus glorieux de revendiquer un vrai statut – sans imitation – pour le couple homosexuel en s'appuyant sur l'équivalence de son rôle social et sur la liberté de la vie privée sans faire l'impasse sur une différence naturelle mais cela supposait un débat concret dont on peut être sûr qu'il ne sera pas mené à l'occasion des élections ! Le symbolisme par copiage peut être aussi la négation de l'indépendance d'esprit.

## 4. 2 ou 3 ?

Si, sans prendre parti sur le choix précédent, on part du principe d'une équivalence ou d'une assimilation entre les couples, il faut d'emblée détruire l'idée que tout cela se fera d'un coup de baguette juridique magique en un unique article : « le mariage ne suppose pas la différence de sexe » ou « encore le couple homosexuel bénéficie d'un statut analogue à celui du couple marié ».

Il n'y aura évidemment pas de difficultés pour le statut patrimonial lequel est depuis un moment déjà assexué (le dernier refuge des traditionalistes ? Le mariage homosexuel : La Bastille et Versailles ?). Il n'y en aura pas non plus pour le divorce sauf à noter que la différenciation sexuelle sociologique dans la répartition des créanciers et

## Pour aller plus loin

- Pour une vision d'ensemble équilibrée, V. Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité, ss. dir. H. Fulchiron : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

- En droit européen, V.not. Sexe, sexualité et droits européens, ss. dir. O. Dubos et J.-P. Marguenaud : Pédone, 2007 ; Du pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ? ss. dir. J. Flauss-Diem et G. Fauré : PUF, coll. CEPRISCA, 2005.

- Sur l'ensemble, Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil ss.dir. P. Bloch et alii : Economica, 2006.

débiteurs en matière de prestation compensatoire devrait en partie disparaître... (la revanche des hommes en même temps qu'ils perdent leur titre) !

Le tableau est totalement différent pour ce qui est du droit de la filiation et les candidats, plutôt que des imprécations pour estrades électorales, feraient bien de réfléchir avant...de ne pas tenir leurs

que les gens mariés et ce jusqu'en 2006, d'oublier les personnes protégées en leur permettant de se marier et non de se pacser, de retenir comme régime de base l'indivision dont le juriste néophyte sait qu'il est le pire des régimes de gestion, etc...Nul doute que la cohorte des non-juristes qui se précipite sur notre sujet ne manquera pas d'affirmer que les conséquences sont sans importance, quitte ensuite à tirer sur les pianistes.

Quelle réflexion doit d'abord être menée ? L'admission d'une union homosexuelle (mariage ou union autonome) rend obsolète la totalité du droit de la filiation et une bonne partie du droit des PMA etc... Cette révision concerne les modes juridiquement autorisés de « fabrication » des enfants et ensuite les modes d'établissement de la filiation de ces enfants qu'on ne peut qu'évoquer sommairement.

*Quant au cadre général :*

- Il faut d'abord abroger l'interdiction des mères porteuses ou de substitution puisque les couples d'homme seront naturellement (le droit ne peut pas tout malgré la théorie du « gender ») obligés d'y recourir ce qui

## « L'admission d'une union homosexuelle (mariage ou union autonome) rend obsolète la totalité du droit de la filiation et une bonne partie du droit des PMA. »

promesses ou de les tenir mal. Jamais la fameuse théorie des dominos n'aura été aussi vraie que dans ce débat et l'unification complète n'est guère concevable dans l'immédiat.

## 5. 2 ou 3 ou epsilon ?

Comme à l'habitude dans ce type de matière on peut penser que le pire va se produire dès lors que la maxime est « satisfaisons les apparences », pour le concret on verra après. Il faut tout de même rappeler que, nantie d'une méthodologie juridique aussi « élevée », la loi de 1999 a trouvé moyen de rendre les pacés plus solidairement responsables des dettes du ménage

justifiera un remboursement par le droit de la sécurité sociale sous la menace d'une discrimination.

- Il faut ensuite abolir toutes les restrictions au recours à la PMA qui exigent un homme et une femme dans un couple, voire simplement un couple puisque cette exigence devient sans signification faute de modèle de référence (ce qui implique de revoir soigneusement le Code de la santé publique sur ce point) sinon on aura une revendication des célibataires.

- Il faut évidemment faire de même avec le droit de l'adoption qui admet déjà l'adoption par une personne seule mais, quand l'adoption est effectuée par un couple, comporte des conditions qui deviendraient illogiques.

### Quant au droit de la filiation :

Dans la mesure où, par définition, le rapport biologique n'est plus le fondement du droit de la filiation tout est à revoir pour le candidat parent qui n'est pas le parent biologique. Là encore deux pistes sont concevables.

Ou bien on utilise le seul mode fictif de filiation actuellement disponible et organisé qu'est l'adoption. Revue entièrement, elle peut effectivement servir à établir tous les liens possibles entre les compagnons, compagnes, enfants etc... quel que soit leur mode de fabrication (ce qui est déjà, en partie, le cas de l'adoption simple). Elle présentera l'inconvénient, déjà aperçu, d'un « déficit » de symbolisme, voire d'un reproche d'ostracisme, avec un régime particulier, même si ses conséquences sont celles du droit commun de la filiation. L'opération consisterait à ouvrir un large procédé de création d'un lien de filiation par la seule volonté et sans imitation de la nature. Il faudrait alors revoir non moins largement les possibilités de révocation de l'adoption sans prendre modèle sur les actions en contestation d'état puisque la preuve biologique serait sans utilité. Admettre la simple résolution potestative n'est guère imaginable, refuser toute résolution (sur le modèle des articles 311-19 et 311-20 en matière de PMA) ne l'est pas non plus.

Ou bien on procède à une *totale assimilation* et c'est tout le droit de la filiation qu'il faut revoir, soit par extension point par point, soit par réforme globale. On peut ainsi, par exemple, estimer que la présomption de paternité n'a plus lieu d'être ou, au contraire, admettre qu'on l'étend à tous, ce qui devrait conduire à la débaptiser en « présomption de parenté » qui résulterait du mariage sauf à aller encore plus loin (puisque on en est au vocabulaire !) et admettre une présomption de paternité ou une reconnaissance de paternité en faveur d'une femme et, inversement, la preuve d'une maternité à l'égard d'un homme (les groupes qui soutiennent l'utilisation neutre du mot « mariage » iront-ils jusqu'à revendiquer l'utilisation des mots père et mère sans référence au sexe ?). Bien entendu c'est tout le régime des actions d'état qu'il faut revoir, les contestations fondées sur l'absence de lien biologique ne pouvant plus résumer, à elles seules, les refus de filiation.

## Propositions de candidats

La question du statut du couple homosexuel et plus largement de la famille homosexuelle mobilise les candidats à l'élection présidentielle. Ainsi, François Hollande énonce dans la proposition 31 de son projet : « J'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels ». La proposition a reçu un accueil très favorable de la part des associations qui militent pour la reconnaissance des droits des homosexuels.

Nicolas Sarkozy se déclare en revanche défavorable au mariage homosexuel ou à l'adoption par des couples de même sexe. Il rejette en effet l'idée d'inscrire dans la loi une nouvelle définition de la famille et considère qu'il n'est pas opportun de remettre en cause l'institution essentielle qu'est le mariage, au motif qu'« en ces temps troublés », la société a besoin de repères. Il précise toutefois que les couples homosexuels pacés bénéficient désormais des mêmes avantages en termes de succession et de fiscalité que les couples mariés.

## 6. 1134 ou la seconde mort d'Emmanuel Gounot

En réalité pour les filiations non biologiques ainsi consacrées c'est tout un régime de type conventionnel qu'il faudrait construire avec de redoutables questions sur les résolutions ou résiliations, sur l'effet des conventions passées entre les membres du couple sur les enfants « commandés » ou « programmés » et sur les relations entre les deux systèmes. En ce sens le mouvement ainsi très sommairement décrit est inséparable de la conventionnalisation en général du droit des personnes.

Mais il est illusoire de penser qu'on s'arrêtera au droit civil. Croit-on un instant que le régime fiscal favorable à la filiation biologique sera maintenu alors que la filiation volontaire pourra abriter toutes les constructions et montages (la rédaction actuelle, franchement hostile à l'adoption simple, de l'article 786 CGI pourrait faire école...) ? On peut en dire autant du droit social.

## 7. 00000...

Ce qu'il ne faudrait pas faire :

- légiférer sous la pression des groupes socio-politiques ou communautaristes, de tout bord, qui ne défendent que leurs intérêts comme c'est leur rôle ;
- légiférer sous la pression du « cela se fait toujours ailleurs » ce qui, pour l'instant, est statistiquement faux en Europe et dans le monde et justifierait alors bien d'autres assimilations inadmissibles ;

- légiférer sans mesurer toutes les conséquences collatérales sur d'autres points de principe du droit familial : sera-t-il encore logique de refuser d'accueillir les mariages polygamiques alors qu'on aura accueilli les mariages homosexuels ? Mesurer que tous les principes retenus en matière de procréation médicalement assistés deviendront peu ou prou obsolètes ou au moins à revoir et que la mondialisation de la fabrication des enfants sera ainsi approuvée ;

- légiférer sans parcourir tous les autres codes et ensembles législatifs ce qui conduit à un désordre de plusieurs années avant d'y voir clair (V. le pacs qui vient seulement, par ex., d'être intégré dans le Code des étrangers... 13 ans après la loi !)

- enfin, et c'est peut-être le plus délicat, oublier que l'ouverture à la seule volonté des adultes de la fabrication des enfants, sans aucune référence à la nature, conduit à une nouvelle analyse de l'enfant devenu un enfant purement potestatif dont l'intérêt pourrait passer au second plan malgré d'innombrables affirmations contraires.

Le droit de la famille a connu d'autres épreuves et rien n'est éternel. La République laïque a su jadis répondre à bien d'autres débats. Le rêve d'une famille définie de façon « neutre » n'est pas forcément un cauchemar mais pas non plus la terre promise. La décision politique de principe – qui mériterait mieux qu'une campagne électorale – devra s'accompagner d'une préparation juridique soignée si l'on décide de franchir le pas. À défaut il faut inviter les juristes à décliner toute responsabilité et à être les greffiers intransigeants des conséquences qui se produiront. ■