

LES PERSONNES ET LA FAMILLE

Bulletin du CERFAP

Actualité du CERFAP, de l'IDM et de l'IDS

LE THÈME : LA LOI DU 17 MAI 2013 ET LE « MARIAGE POUR TOUS » 2

DROIT FRANÇAIS 2

La loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe : une loi démocratique et respectueuse des droits et libertés fondamentaux. Adeline Gouttenoire 2

Le point sur la loi du 17 mai 2013. Marie Cresp 2

L'impact démographique du pacte civil de solidarité et le mariage pour tous. Nicolas Belliot 3

Le mariage pour tous : le refus de célébrer pour personne. Laurent Bloch 4

Les incidences de la loi ouvrant le mariage aux homosexuels en droit des couples. Stéphanie Moracchini-Zeidenberg 5

La révolution symbolique du droit de la filiation. Julie Téral 7

La loi du 17 mai 2013 et les discriminations : progression, stagnation ou régression ?. Marie Cresp 8

Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Jean-Pierre Laborde 11

DROIT COMPARÉ 12

Le mariage et la filiation homosexuels en droit espagnol : perspectives 8 ans après le vote de la loi. Montserrat Pereña-Vicente 12

Le mariage entre personnes de même sexe au Brésil et en Argentine. Taciana Cahu Beltrão 13

Le mariage homosexuel en droits constitutionnels comparés. Gaetan Escudey 14

Un autre sens de l'expression « mariage pour tous » en droit mauricien. Goran et Shivani Georgijevic 15

ACTUALITÉ SCIENTIFIQUE 17

Ouvrages 17

Articles et notes 18
Conférences et communications 19
Organisation de colloques 20

CERFAP 21

Distinction 21
Missions 21
Doctorat 22

IDS 23

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé 23
Santé et concurrence : vers une nouvelle conception marchande de la santé ? 23
Fête de la science 2013 : Testez votre cerveau 23
Vin, droit et santé 23

IDM 24

4^e conférence de l'ODPE : « Nouveaux comportements sociaux, nouvelles conduites à risque : une protection de l'enfance en question ? » 24
Rencontres médico-juridico-sociales autour de l'enfant RMJS 24
DU Protection de l'enfance 24

CERFAP **Centre européen d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes**

Université Montesquieu-Bordeaux IV
Avenue Léon-Duguit – 33608 Pessac cedex
salle E 131
cerfap.u-bordeaux4.fr
cerfap@u-bordeaux4.fr
téléphone / télécopie : 05 56 84 54 90

Directeur : Adeline Gouttenoire
Directeur adjoint : Marie Lamarche

Les personnes et la famille **Bulletin du CERFAP**

ISSN 1622-1141

16^e année
novembre 2013, n° 15

Directeur de la publication : Adeline Gouttenoire
Conception et réalisation : Marc Bodin



novembre 2013, n° 15 – 16^e année

CERFAP
Centre européen d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes

LE THÈME

LA LOI DU 17 MAI 2013 ET LE « MARIAGE POUR TOUS »

DROIT FRANÇAIS

LA LOI OUVRANT LE MARIAGE AUX COUPLES DE MEME SEXE : UNE LOI DEMOCRATIQUE ET RESPECTUEUSE DES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

Quoiqu'on ait pu en dire, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est l'exemple même d'une loi démocratique. Il faut en effet rappeler que la voix du peuple qui doit être à l'origine des lois est celle qui se manifeste dans les urnes et non pas celle que l'on entend dans la rue... L'ouverture du mariage aux couples homosexuels était une promesse du candidat Hollande, élu par la majorité des Français en mai 2012 et le projet de loi déposé par son Gouvernement a été adopté par les parlementaires issus des élections législatives du mois de juin de la même année. C'est donc bien la volonté de la majorité des français qui est au fondement de la loi du 17 mai 2013, conformément aux principes gouvernant la démocratie.

La décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi dite « mariage pour tous » du Conseil constitutionnel permet par ailleurs d'affirmer que cette modification profonde de notre droit de la famille n'était contraire à aucun principe fondamental. Contrairement à ce que les députés et sénateurs avaient pu prétendre dans le cadre de leur saisine, le Conseil constitutionnel a clairement affirmé que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ne méconnaît aucun principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, car un tel principe n'existe pas ! Le Conseil constitutionnel considère en outre qu'il n'existe aucun principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère, qui s'opposerait à l'admission d'une filiation doublement maternelle ou doublement paternelle désormais permise par l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels. Le Conseil a solennellement rappelé, à ce propos, que l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe n'a ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un droit à l'enfant puisque ces derniers seront soumis, comme ceux qui sont formés d'un homme et d'une femme, à une procédure destinée à constater leur capacité à recueillir un enfant en vue de son adoption.

Selon la Constitution, les conditions d'accès au mariage comme à l'adoption constituent des choix relevant de la compétence du législateur dans lesquels le Conseil constitutionnel n'a pas à interférer. De la même manière que le Conseil avait, au cours des années précédentes, refusé de condamner les choix législatifs qui réservaient l'accès au mariage et à l'adoption aux couples hétérosexuels, il ne saurait aujourd'hui remettre en cause les choix inverses.

La loi du 17 mai 2013, comme toute œuvre législative,

n'est sans doute pas exempte de critiques : elle peut être plus moins appréciée selon les opinions politiques, morales ou religieuses de chacun, et elle peut d'un point de vue technique être considérée ou non comme une réussite, mais elle n'en constitue pas moins une des évolutions les plus marquantes de notre droit de la famille moderne.

Adeline GOUTTENOIRE 

LE POINT SUR LA LOI DU 17 MAI 2013 - MARIAGE POUR TOUS : QUE CHANGE LA LOI ?

Les mesures principales

Dire que la loi du 17 mai 2013 a autorisé en France la conclusion de mariages entre personnes de même sexe, c'est tout dire et en même temps ne rien dire.

C'est tout dire parce que là est son apport essentiel. L'article 143 du Code civil (ci-après C.civ.) dispose que « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». En France, il est désormais possible aux couples homosexuels de choisir entre le pacs et le mariage (*Les incidences de la loi ouvrant le mariage aux homosexuels en droit des couples*, Stéphanie Moracchini-Zeinderberg), chacun pouvant peser les avantages et inconvénients respectifs des statuts et opter pour celui qui lui convient le mieux. Reste à voir quelle en sera la pratique démographique (*L'impact démographique du pacte civil de solidarité et le mariage pour tous*, Nicolas Belliot).

La France rejoint ainsi d'autres pays comme une partie des Etats-Unis, l'Espagne (*Le mariage homosexuel en droits constitutionnels comparés*, Gaëtan Escudey) ou bien encore le Brésil ou l'Argentine (*Le mariage entre personnes de même sexe au Brésil et en Argentine*, Taciana Cahu Beltrão). L'expression « mariage pour tous » qui ici s'est généralisée pour désigner l'accès des couples homosexuels au mariage recouvre à l'île Maurice un tout autre sens et renvoie au libre choix des formes du mariage pour chaque communauté ou religion (*Un autre sens de l'expression « mariage pour tous » en droit mauricien*, Goran et Shivani Georgijevic).

Mais **c'est ne rien dire** car, si l'on veut que ce changement fonctionne, ce qui n'est pas du goût des maires résistants (*Le mariage pour tous, le refus de célébrer pour personne*, Laurent Bloch), encore faut-il en tirer toutes les conséquences sur le plan juridique. Quelles sont celles que le législateur de 2013 a d'ores et déjà actées ?

En ce qui concerne le couple, il a bien fallu étendre les *empêchements à mariage*. Si une femme ne pouvait jusqu'à présent se marier avec son père, son frère, son oncle ou son neveu, elle ne pourra pas le faire avec sa mère, sa sœur, sa tante ou sa nièce (art. 161, 163 et 164 C. civ.). Sur le plan du droit international, et afin de favoriser la conclusion de mariages homosexuels en dépit de leur interdiction par d'autres pays, le législateur français a autorisé la conclusion de telles unions entre un Français et un étranger, y compris lorsque le pays de ce dernier le

prohiberait. Cette faveur ne pourra toutefois pas tenir en échec les conventions internationales (*Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Jean-Pierre Laborde).

Pour ce qui est de la filiation, (*La révolution symbolique du droit de la filiation*, Julie Terel) l'adoption conjointe est désormais possible pour les couples homosexuels mariés. La loi a également ajouté une possibilité : celle d'adopter l'enfant de son conjoint. Il est en outre précisé qu'il est possible de le faire y compris lorsque l'enfant a lui-même été adopté par son conjoint, ces dispositions n'étant pas réservées aux couples de même sexe (art. 345-1 C. civ.). Du côté de l'adoption simple, le législateur a pris le contrepied d'une jurisprudence inopportune pour explicitement autoriser l'adoption simple d'un enfant faisant déjà l'objet d'une adoption plénière (art. 360 C. civ.).

Les mesures secondaires

Par ailleurs, le législateur en a profité pour adopter d'autres mesures non nécessairement en lien direct et principal avec l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

En matière de couple, il a par exemple intégré dans le code la pratique de l'*usage du nom de son conjoint*, tout en la mettant au goût de l'égalité des sexes. Désormais, cette coutume n'est plus réservée à l'épouse mais à chacun des deux conjoints, sachant qu'il est possible, à titre d'usage seulement, de substituer ou d'ajouter son nom d'époux à son propre nom (art. 225-1 C. civ.). L'organisation procédurale du mariage a également été quelque peu revue : le choix de la commune de célébration a été assoupli, la mairie du lieu de domicile de l'un des parents pouvant désormais accueillir la célébration (art. 74 et 75 C. civ.). Enfin, la conclusion du mariage est désormais désignée comme se déroulant lors d'une célébration républicaine au cours de laquelle il ne sera plus fait lecture de l'article 220 du Code civil relatif à la solidarité des époux quant aux dettes ménagères.

En matière de filiation, le législateur a introduit une certaine reconnaissance du parent social, c'est-à-dire le *beau-père* ou la *belle-mère* de l'enfant. S'il en va de son intérêt et si la relation a été suffisamment stable et forte avec l'enfant, le juge aux affaires familiales peut fixer les relations entre l'enfant et cette personne (art. 371-4 C. civ.). La dévolution du nom de famille a également été modifiée. Désormais, le nom attribué dans l'hypothèse d'un défaut de choix ou de désaccord n'est plus celui du père mais celui des deux parents accolés dans l'ordre alphabétique.

Tout n'a pourtant pas été fait dans cette loi.

Ce que la loi ne change pas

A l'exception de l'adoption, les règles relatives à la filiation, qu'il s'agisse de son établissement ou de sa contestation, n'ont pas fait l'objet de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples homosexuels (art. 6-1 C. civ.). Il aurait en effet fallu revoir en profondeur les piliers fondateurs de la filiation justifiant par exemple la présomption de paternité. Le législateur n'a en outre pas souhaité inclure dans le débat national les dispositions relatives à la *procréation médicalement assistée* ou la *gestation pour autrui*. Celle-ci demeure prohibée en droit français (art. 16-7 C. civ.) et celle-là est toujours réservée

aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins. Reste à voir ce que l'avenir apportera...

Marie CRESP 

L'IMPACT DEMOGRAPHIQUE DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE ET LE MARIAGE POUR TOUS

Avec la loi sur le « mariage pour tous », La France est devenue, avec les Pays-Bas, le seul pays à avoir autorisé le mariage aux couples de même sexe, quelques années après avoir instauré un partenariat enregistré accessible à tous les couples, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels. Aux Pays-Bas, ces lois ont été votées respectivement en 1998 et 2001. Et, comme pour la France, le pacte civil de solidarité a été maintenu après l'ouverture du mariage aux couples homosexuels (la question de sa suppression n'a même pas été évoquée) et, dès lors, l'ensemble des couples dispose de deux modes de légalisation de leur union, dont les implications sont quasiment semblables.

Reprenons tout d'abord sur le pacs et l'importance qu'il a prise dans la société française. En effet, nul n'irait contester aujourd'hui son succès retentissant. Le nombre de contrats enregistrés n'a cessé d'augmenter depuis son instauration en 1999, atteignant en 2010 plus de 205 000, le situant à un niveau assez proche du nombre de mariages célébrés cette même année en France (240 000). Pourtant, le pacs a mis du temps à s'installer et, en se diffusant sur le territoire et dans des groupes sociaux moins enclins au départ, le profil des partenaires s'est peu à peu modifié, pour se rapprocher de celui des mariés (d'après le sociologue W. Rault). Ainsi, ce sont bien les couples hétérosexuels qui ont massivement contribué à son succès. Leur part n'a d'ailleurs cessé d'augmenter et ils représentent ces dernières années plus de 95% des nouveaux pacsés !

Le nombre annuel de pacs entre personnes de même sexe s'est accru lui aussi au fil des ans, plus modestement, et oscille entre 3000 et 9000 chaque année, la part des couples d'hommes (60%) étant toujours plus élevée que celle des couples de femmes (40%). Une étude récente et très éclairante de l'Insee a tenté d'estimer le nombre de couples homosexuels en France et la part parmi eux, de ceux qui sont pacsés. En 2011, environ 200 000 personnes se déclaraient en couple de même sexe et, si cette part est faible parmi les plus jeunes où l'union est généralement plus récente et les unions plus fragiles, parmi ceux de plus de 35 ans, 55% des personnes sont pacsées. Ce qui revient aussi à dire que près de la moitié de ces personnes ne sont pas pacsées alors qu'elles pourraient l'être. Peut-on alors imaginer qu'elles se marieront demain ?

Depuis 2010, et la suppression d'une disposition fiscale avantageuse pour les nouveaux pacsés et les nouveaux mariés, il semblerait que le recours au pacs et sa saisonnalité caractéristique s'atténuent (pacs enregistrés massivement en milieu d'année). Toutefois, ces résultats portent sur des données incomplètes depuis que la possibilité d'enregistrer des pacs a été accordée aux notaires, les derniers chiffres n'étant à ce jour pas connus. Comme pour le pacs et conformément à ce que l'on a pu observer dans d'autres pays, il est probable que certains couples « pionniers », déjà pacsés ou non, se tourneront

très rapidement vers cette nouvelle forme de légalisation qui leur est désormais accessible, tandis que d'autres, la majorité, attendront quelques temps, une fois que les effets médiatiques seront dissipés, pour voir comment la société aura réagi à cette réforme particulièrement clivante dans la population française. Pour cette raison, et compte tenu des estimations du nombre de couples de même sexe de l'Insee, le nombre de mariages entre personnes de même sexe devrait être relativement modeste, tout du moins au cours des premiers mois ou années. Rien n'exclut non plus que le pacs devienne, comme pour certains couples hétérosexuels, un « mariage à l'essai » (toujours selon le sociologue W. Rault). Plus de 80 000 pacs entre partenaires hétérosexuels ont ainsi été rompus par le mariage des partenaires précédemment pacsés.

Revenons maintenant sur la comparaison avec la situation des Pays-Bas : l'ouverture du mariage pour les couples homosexuels a fortement majoré le nombre annuel d'unions légitimées, une grande partie des partenariats ont alors été remplacés par des mariages. Cependant, après quelques années, ce nombre total d'unions s'est stabilisé à un niveau proche de celui du nombre des partenariats qui avaient pu être enregistrés chaque année avant l'ouverture du mariage pour ces couples. Cependant, le partenariat est encore privilégié par une partie des couples car sa facilité de dissolution présente un avantage non négligeable par rapport au mariage. D'ailleurs, aux Pays-Bas, certains couples homosexuels ou non, convertissent leur mariage en partenariat (la loi l'autorise) afin de faciliter par anticipation les formalités de rupture de leur union !

Autrement dit, en imaginant une évolution analogue en France, le nombre total d'unions homosexuelles enregistrées (pacs et mariages) devrait pendant quelques années dépasser le nombre de pacs entre personnes de même sexe enregistrés ces dernières années (de 7000 à 9000). Le nombre de mariages parmi ces unions dépendra alors du choix de ces couples d'investir ou non le mariage, et d'apparaître publiquement dans un contexte qui pourrait freiner la volonté de certains couples vivant notamment en dehors des grands centres urbains. La question de la publicité et du caractère public/privé devient une distinction majeure entre le pacs et le mariage, d'autant plus que les pacs peuvent désormais être enregistrés chez un notaire, dans la plus grande discrétion, sans la nécessité de se rendre au tribunal d'instance.

Nicolas BELLIO 

maître de conférences en démographie
Comptasec-IEDUB, UMR CNRS 5114

LE MARIAGE POUR TOUS : LE REFUS DE CÉLÉBRER POUR PERSONNE

La récente consécration du mariage pour tous a échauffé les esprits pendant de longs mois. Que l'on soit d'accord ou non avec l'évolution de la loi, il est désormais acquis que le mariage entre personnes du même sexe est un droit reconnu par les lois de la République. Le match est terminé.

Certains maires semblent toutefois bien décidés à jouer les prolongations en refusant de célébrer de telles unions. Il est vrai que le Président Hollande, poussé dans ses retranchements par certains élus, avait pu, du bout des

lèvres, évoquer une clause de conscience. Si, évidemment, l'expression est terriblement maladroite, la clause de conscience renvoyant à des hypothèses, nous semble-t-il, bien plus graves, elle continue néanmoins de hanter les esprits. Un sénateur a ainsi déposé, le 27 mai dernier, une proposition de loi tendant à ce que les maires et les autres officiers d'état civil puissent invoquer la clause de conscience pour être dispensés de l'obligation de célébrer un mariage homosexuel.

Rappelons simplement qu'il y a quelques années, le député-maire de Bègles en célébrant dans sa mairie une union homosexuelle avait subi, à juste titre, les foudres des autorités publiques. Les lois de la République étant les mêmes à Bègles que sur le reste du territoire, il n'était évidemment pas possible pour M. Mamère d'imposer sa conception personnelle du mariage.

Il est étonnant que ceux qui ont dénoncé le comportement de cet élu, répétons-le, à juste titre, soient aujourd'hui si prompts à demander, au nom de leur conviction, une exception. Certains invoquent, pour justifier leur dérobade, les lois naturelles, la morale, les bonnes mœurs, les convictions religieuses, voire la famille, autant de standards, de règles ou de préceptes qui doivent rester sur le seuil de la mairie. Le maire représente l'ensemble de ses administrés, ses actes engagent sa commune et nous semble-t-il, en tant qu'officier d'état civil, il est tenu d'appliquer la loi. Que se passerait-il si demain un maire refusait de célébrer des mariages au motif qu'il y voit une institution affreusement bourgeoise et démodée ? Ce caprice serait dénoncé avec force, chacun comprenant que les idées du maire sur le mariage ne concernent que lui. Que se passerait-il si, demain, un maire, au nom de ses convictions, refusait de célébrer un mariage mixte ? Aussitôt les associations de lutte contre le racisme crieraient à la discrimination et la condamnation médiatique serait immédiate, précédant de peu la condamnation judiciaire. Quelle différence avec le refus de célébrer un mariage homosexuel ? Y aurait-il des motifs de discriminations plus dignes que d'autres ?

Le maire ne peut refuser de célébrer un mariage que s'il existe une opposition régulièrement formée ou des empêchements à mariage, ou encore si les formalités administratives requises par le Code civil n'ont pas été effectuées. En dehors de ces hypothèses, le refus de célébrer le mariage constitue une voie de fait justifiant la compétence du président du Tribunal de grande instance pouvant statuer en référé. Le magistrat a alors le pouvoir de délivrer une injonction au maire de procéder à la célébration, si nécessaire sous astreinte. De plus, l'élu s'expose à une action en responsabilité pouvant se solder par une condamnation à des dommages et intérêts. Un tel refus expose également le maire à des sanctions pénales. L'article 432-1 du Code pénal dispose que « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Ce texte souffre toutefois de la concurrence de l'article 432-7 qui sanctionne le délit de discrimination. Les peines encourues sont identiques mais le procès médiatique est assuré. Enfin, afin de convaincre les derniers récalcitrants, l'article L. 2122-16 du Code général des collectivités territoriales prévoit des sanctions disciplinaires qui vont de la suspension temporaire à la révocation. C'est peut-être cette dernière menace qui sera la plus dissuasive pour un certain nombre d'élus. Il est en

effet évident que, derrière les postures, se cachent souvent des considérations électoralistes. A quoi bon être élu pour être ensuite suspendu ou révoqué ?

Pour conclure, rappelons simplement que les conseillers municipaux peuvent se voir déléguer des fonctions en matière d'état civil, notamment la célébration des mariages. N'est-ce pas là la mesure la plus sage pour les maires « objecteurs de consciences » ? Mais il est vrai qu'un tel comportement ne fera pas la une des journaux et le courageux maire ne pourra s'afficher en défenseur des valeurs familiales, son acte de résistance prenant alors la forme anonyme d'une délégation de fonction. Or, en politique, chacun l'aura compris, la gloire médiatique étant brève, elle ne peut se déléguer...

Laurent BLOCH 

LES INCIDENCES DE LA LOI OUVRANT LE MARIAGE AUX HOMOSEXUELS EN DROIT DES COUPLES

Parmi beaucoup d'autres questions, la loi n°2013-403 du 17 mai 2013 pose celle de la survivance d'un modèle de couple qui aurait pu être conçu comme transitoire, le pacs. Entre les trois modèles de couple – mariage, pacs, concubinage –, il est habituel de dégager une logique inversement proportionnelle entre protection et liberté. Autrement dit, plus l'individu recherche la protection dans et par le couple, plus il doit consentir à aliéner une part importante de sa liberté. Dans le mariage, cette protection passe ainsi par la contribution aux charges du mariage et le bénéfice des devoirs personnels (ex. : devoir de secours), la protection du logement familial, la vocation successorale et la pension de réversion, la prestation compensatoire en cas de divorce... Bref une protection pendant et après le mariage. En contrepartie, la liberté de chacun se trouve entravée notamment par le maintien du caractère judiciaire du divorce, mais également par la solidarité ménagère et fiscale.

A l'autre extrémité, le concubinage associe liberté – tant patrimoniale que personnelle, pendant la vie commune et dans la séparation – et faible protection. Le contentieux des ruptures de concubinage le montre bien et les juges sont de plus en plus réticents à faire bénéficier les épris de liberté, du bricolage autour de l'enrichissement sans cause et de la société créée de fait... Finalement, la protection minimale accordée aux concubins (bénéfice des droits sociaux et transfert du bail d'habitation) s'explique historiquement dans un contexte de mortalité et précarité brutales.

Entre-temps, la création du pacs et l'ouverture d'un choix aux couples de même sexe a permis de justifier l'absence de tout rapprochement entre concubinage et mariage. L'évolution allait en revanche dans le sens d'un rapprochement entre pacs et mariage : assouplissement du divorce d'un côté, accroissement des droits des partenaires de l'autre.

Qu'en sera-t-il avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ? Plusieurs scénarii sont envisageables.

Premier scénario : disparition programmée du pacs - Il s'agit là d'un scénario de l'ordre de la science-fiction, puisqu'il supposerait de faire disparaître un statut personnel en cours d'utilisation. Dans cette version, il

faudrait maintenir le pacs comme statut transitoire – pour autant qu'on puisse qualifier de « transitoire » une période s'étendant sur plusieurs décennies... Une sorte de monde parallèle, aux interactions avec les deux statuts « permanents » difficilement prévisibles.

Deuxième scénario : fusion du pacs dans le mariage

Pour préserver la liberté de chacun, le choix devrait rester entier : les partenaires devraient ainsi opter entre le mariage ou le retour à l'informel concubinage.

Une telle solution conduirait probablement à remanier le régime du mariage. Pacs et mariage sont aujourd'hui très semblables dans leurs conditions de formation (empêchements, interdiction de la bigamie, protection des majeurs vulnérables...) et leurs conséquences pendant la vie commune (devoirs mutuels, solidarité, et même dans les possibilités d'aménagement du régime des biens...). Les véritables différences résident dans les conditions et conséquences de la séparation du couple. Les questions qui se poseraient existent déjà : déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, maintien du principe de la prestation compensatoire (en voie de marginalisation dans la pratique) ?

Troisième scénario : maintien des trois statuts

- Y a-t-il de la place pour trois statuts du couple dans notre société ? L'étude des choix faits par les couples hétérosexuels dans la dernière décennie s'avère ici intéressante et en particulier le constat du succès du pacs. Si l'on reprend les chiffres établis par l'INED pour l'année 2011 (en France métropolitaine), on remarque que les couples hétérosexuels qui ont formalisé leur union ont choisi à 63% le mariage et – tout de même – à 37% le pacs. Il existe ainsi une réelle attractivité du pacs, même lorsque la voie du mariage est ouverte. Dans la mesure où les empêchements sont désormais similaires, il est donc raisonnable de penser que le pacs survivra à la loi du 17 mai 2013. Cela étant, les couples homosexuels pourraient marquer une préférence encore plus nette pour le mariage, dans la mesure où il reste pour le moment la seule voie d'accès à une parentalité partagée, par le recours à l'adoption conjointe ou l'adoption de l'enfant du conjoint (enfant conçu naturellement ou par le recours à la PMA). Au Canada, après dix ans de mariage pour tous, l'expérience a ainsi montré que les couples homosexuels ont déserté l'union civile (notre pacs) pour le mariage¹. En Belgique, où une loi de 2003 a également ouvert le mariage aux homosexuels, la tendance est semblable. Parmi les couples homosexuels ayant choisi de formaliser leur union en 2010, 49% ont choisi le mariage ; ce taux n'est que de 37% dans la population générale (hétérosexuels et homosexuels confondus)². Il y a donc une place pour chacun des trois statuts. Mais, alors que les couples hétérosexuels s'orientent de plus en plus vers les partenariats, les couples homosexuels montrent pour l'instant leur attachement, qui n'est sans doute pas que symbolique, pour le mariage.

Adde Tableau comparatif page suivante

Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG 

¹ D. Goubau, *Le mariage pour tous, dix ans après... L'expérience canadienne*, Dr. Famille 2013, dossier 34.

² Source : statistiques du Service public fédéral économie.

TABLEAU COMPARATIF DES TROIS MODELES DE COUPLE

	MARIAGE	PACS	CONCUBINAGE
FORMATION DU COUPLE			
Condition d'âge	18 ans (dispense du procureur de la République pour motifs graves)	18 ans	Pas d'âge minimum
Empêchements	Prohibition inceste et polygamie	Prohibition inceste et polygamie	Néant
Majeurs protégés : - sauvegarde de justice - curatelle - tutelle	Oui Avec autorisation du curateur ou du juge Avec autorisation du juge ou du conseil de famille	Oui Déclaration : libre Convention : avec assistance Déclaration : avec autorisation du juge ou du conseil de famille Convention : avec assistance	Oui Oui Oui
Formalités	Célébration en mairie	Convention enregistrée	Néant
RAPPORTS PATRIMONIAUX			
Régime légal	Communauté réduite aux acquêts	Séparation de biens	Séparation de biens
Aménagements communautaristes	Communauté universelle (notamment)	Option pour le régime de l'indivision, ou indivision des acquêts	Convention indivision
Aménagements séparatistes	Séparation de biens (notamment)		
Droits sur le logement	Protection du logement familial	Néant	Néant
Obligations réciproques	Contribution aux charges du mariage à proportion des facultés respectives (sauf convention contraire)	Aide matérielle à proportion des facultés respectives, sauf convention contraire	Néant
Solidarité des dettes	Entretien du ménage et éducation des enfants, sauf : - dépenses manifestement excessives - crédit et emprunt (sauf sommes modestes ou consentement des deux époux)	Besoins de la vie courante, sauf : - dépenses manifestement excessives - crédit et emprunt (sauf sommes modestes ou consentement des deux partenaires)	Non
RAPPORTS PERSONNELS ET FAMILIAUX			
Devoirs	- Respect, fidélité, secours, assistance - Communauté de vie	- Assistance - Communauté de vie	Néant
Nom d'usage	Oui (substitution ou adjonction)	Non	Non
Etablissement filiation	Présomption de paternité du mari (sauf époux homosexuels)	Néant	Néant
Accès à la PMA	Oui (sauf époux homosexuels)	Oui (sauf époux homosexuels)	Oui
Adoption	- adoption conjointe - adoption de l'enfant du conjoint	Aucune adoption commune possible	Aucune adoption commune possible
REGIME FISCAL ET SOCIAL			
IRPP	Imposition commune et solidarité	Imposition commune et solidarité	Imposition séparée
ISF	Imposition commune sauf résidence séparée	Imposition commune	Imposition commune si concubins notoires
Droits sociaux	- Ayant-droit - capital décès - pension réversion, parfois allocation veuvage	- Ayant-droit - capital décès - néant	- Ayant-droit - néant - néant
SEPARATION			
Modalités	Divorce judiciaire	Déclaration au greffe (3 mois délai)	Néant
Conséquences possibles	- Prestation compensatoire - Dommages-intérêts	Dommages-intérêts	Dommages-intérêts
Droit au bail	Cotitularité de plein droit	Pas de cotitularité, mais en cas d'abandon ou décès du titulaire, le bail est transféré à l'autre	Pas de cotitularité Concubinage notoire depuis au moins 1 an : en cas d'abandon ou décès du titulaire, le bail est transféré à l'autre
DECES			
Vocation successorale	¼ pleine propriété (ou totalité en usufruit, sauf présence d'enfants non communs)	Néant	Néant
Fiscalité successorale	Exonération	Exonération	60% (abattement 1594 €)
Logement après décès	- jouissance gratuite un an - attribution préférentielle - droit viager sur le logement (sauf testament)	- jouissance gratuite un an - attribution préférentielle si prévue par testament	Néant

LA REVOLUTION SYMBOLIQUE DU DROIT DE LA FILIATION

La loi du 17 mai 2013 n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est une véritable révolution pour le droit de la famille en général, et pour le droit de la filiation en particulier. Néanmoins, certains droits nouveaux risquent, en l'état, de ne pas être véritablement effectifs.

Il est à noter que la loi dite *mariage pour tous* a des répercussions sur l'ensemble du droit de la famille et pas uniquement sur l'institution maritale. Le législateur a en effet profité de l'occasion pour insérer dans cette réforme diverses dispositions relatives en particulier au nom de famille de l'enfant (art. 311-21 et 311-23 C. civ.), notamment en cas d'adoption (art. 357, 357-1 et 363 C. civ.).

Par ailleurs, l'article 371-4 du Code civil relatif au droit de l'enfant d'entretenir des relations avec les tiers a également été complété. Sur ce point, aucun droit nouveau n'est créé au profit du beau-parent ; seulement, la disposition invite désormais le juge aux affaires familiales à faire davantage attention à sa situation au moment de la séparation. Le beau-parent n'est certes pas érigé au même rang que les ascendants pour lesquels le maintien des relations personnelles est un droit de l'enfant reposant sur la seule existence du lien de parenté (art. 371-4 al. 1 C. civ.). Il n'en demeure pas moins que le beau-parent, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, n'apparaît dès lors plus comme un simple tiers, il se voit accorder une place spécifique³. La particularité de la place du beau-parent ressort avec une acuité toute singulière si l'on s'attache à la possibilité qui lui est désormais offerte de former une tierce-opposition à l'adoption de son ex-bel-enfant (art. 353-2 al. 2 C. civ.). Il est en effet remarquable de constater que l'ex-beau-parent peut maintenant, certes sous de strictes conditions, s'opposer à ce que l'enfant bénéficie d'une double filiation.

Nonobstant ces dispositions générales, le législateur a ouvert la porte de l'homoparenté, même s'il n'a pas placé les couples homosexuels à égalité avec les couples hétérosexuels du point de vue de la filiation⁴. En ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, la loi ne pouvait pas leur interdire l'accès à l'adoption sans encourir une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme⁵. L'accès à la parenté marque alors le véritable bouleversement du droit positif français même s'il passe par le recours à la filiation fictive qu'est l'adoption. En effet, les liens fondés sur la vérité socio-affective se voient consacrés par la reconnaissance théorique de l'homoparenté, les personnes homosexuelles mariées pouvant désormais adopter conjointement un enfant (I) et adopter l'enfant de leur conjoint (II).

³ Le beau-parent va toutefois se retrouver en concurrence avec les droits des ascendants, de l'autre parent légal s'il existe et éventuellement des autres beaux parents que l'enfant a eu ou va avoir. Et, bien que le droit au maintien des relations avec les tiers soit un droit de l'enfant, l'enfant tend à devenir l'objet des revendications individualistes des adultes.

⁴ Le titre VII du livre premier du Code civil est exclu par l'article 13-1 de la loi du 17 mai 2013.

⁵ CEDH, gr. ch., 19 févr. 2013, *X et a. c/ Autriche*, n°19010/07 ; CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n°25951/07.

I. - L'adoption conjointe par un couple de personnes de même sexe

Droit applicable - Depuis 1966, une personne célibataire, quelle que soit son orientation sexuelle, a la possibilité d'adopter un enfant. En revanche, pour adopter conjointement, le Code exige que les requérants soient mariés (art. 346 C. civ.). C'est ainsi qu'en autorisant le mariage par un couple homosexuel, le législateur lui a en même temps ouvert l'accès à l'adoption conjointe.

Absence de droit à l'enfant - Au même titre que les couples hétérosexuels, les couples homosexuels sont soumis à « *une procédure destinée à constater leur capacité à accueillir un enfant en vue de son adoption* »⁶. Aussi doivent-ils préalablement obtenir un agrément administratif⁷ (art. 353-1 al. 1 C. civ.). L'obtention de l'agrément n'implique ensuite pas nécessairement que le couple se voit confier un enfant en vue de son adoption. En effet, il ne s'agit là que d'une faculté, les dispositions de la loi nouvelle n'ayant « *ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un droit à l'enfant* »⁸.

Effectivité - La question de l'effectivité du droit à l'adoption conjointe pour un couple de personnes de même sexe peut ensuite se poser. En effet, ce droit risque d'être ébranlé par la difficulté à se voir confier un enfant en vue de son adoption. Le nombre d'enfants pouvant bénéficier d'une adoption en France est faible. De là, il s'en suit souvent un recours nécessaire à l'adoption internationale, recours qui risque d'être limité par les pays étrangers. En effet, certains pays ont d'ores et déjà affirmé leur refus de consentir à l'adoption de leurs enfants par des personnes homosexuelles. La Russie notamment a, par une réaction politique teintée d'homophobie, promulgué une loi le 3 juillet 2013⁹ excluant l'adoption par les personnes de même sexe unies par un mariage, mais également par les personnes célibataires vivant dans un pays autorisant l'union maritale homosexuelle¹⁰.

II. - L'adoption de l'enfant du conjoint homosexuel

Droit antérieur - L'accès à la co-parenté par un couple de personnes de même sexe, s'il existait avant la loi du 17 mai 2013, était néanmoins très relatif et se limitait à l'adoption simple des enfants majeurs du compagnon. En effet, étant donné que l'article 365 du Code civil opère un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptant¹¹, l'adoption simple des enfants mineurs du concubin était impossible, sauf à l'assortir d'une délégation-partage au profit du parent

⁶ Cons. constit., déc. n°2013-669 DC, 17 mai 2013, n°52.

⁷ L'orientation sexuelle des requérants ne peut être un motif de refus : CEDH, 22 janv. 2008, *E. B. c/ France*, n°43546/02.

⁸ Cons. constit., 17 mai 2013, préc., n°52.

⁹ Loi fédérale n° 167-FZ.

¹⁰ La loi du 17 mai 2013, en conférant des droits nouveaux à une catégorie de personnes (les couples homosexuels mariés), aboutit finalement à priver une catégorie plus large de personnes – les célibataires – d'un droit existant antérieurement.

¹¹ L'article 365 du Code civil est conforme à la Constitution : Cons. const., déc. n°2010-39 QPC, 6 déc. 2010.

biologique ! C'est pourquoi la Cour de cassation avait condamné l'adoption simple des enfants mineurs du concubin¹².

Réforme - A l'instar d'une personne hétérosexuelle mariée, une personne homosexuelle mariée peut désormais adopter l'enfant de son conjoint, qu'il s'agisse de l'enfant par le sang (art. 345-1 C. civ.) ou de l'enfant adoptif (art. 345-1, 1bis et 360 al. 3 C. civ.).

Effectivité - Là encore se pose la question de l'effectivité de ce droit. Les couples de personnes de même sexe ne peuvent pas, par essence, procréer ensemble. S'offrent alors deux possibilités : d'abord, l'un des conjoints peut avoir un enfant d'une précédente union hétérosexuelle, auquel cas l'adoption peut se heurter au refus de l'autre parent légal (art. 348 C. civ.); ensuite, le couple homosexuel peut concevoir un enfant par le biais d'une technique de procréation médicalement assistée. Cependant, l'accès à la PMA en France reste réservé aux couples hétérosexuels¹³ et la maternité de substitution est prohibée (art. 16-7 C. civ.). Aussi le couple doit-il nécessairement se rendre à l'étranger pour réaliser ce qui est interdit sur le territoire français. L'on ne peut que rester dubitatif face à cette « *délocalisation procréative* »¹⁴ à laquelle la nouvelle loi invite et qui semble faire oublier que l'adoption est avant tout une institution destinée à la protection de l'enfance et non à la réalisation des appétences des adultes. Quoi qu'il en soit, le juge n'est en aucun cas obligé de prononcer l'adoption. Il peut en effet se réfugier derrière la contrariété à l'ordre public ou encore derrière l'intérêt de l'enfant (art. 353 al. 1 C. civ.) pour refuser la demande.

Critique - La reconnaissance de la parenté homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 est une conséquence logique de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. L'étude des règles désormais applicables montre toutefois qu'il y a une réelle différence entre le normatif et le factuel. Les droits accordés aux couples de personnes de même sexe sont surtout symboliques avant d'être, pour l'heure, véritablement effectifs. Il n'en demeure pas moins que la conception de la parenté en ressort profondément modifiée, car déssexualisée et purement volontaire. Un enfant peut désormais être rattaché à une seule ligne, maternelle ou paternelle et avoir, soit deux filiations maternelles, soit deux filiations paternelles, excluant par là-même toute possibilité d'établir le second lien biologique. Il faut alors en déduire que ce n'est désormais plus l'altérité sexuelle des parents, mais l'altérité sexuelle des rôles joués par chacun d'eux auprès de l'enfant qui importe. C'est en ce sens que la loi du 17 mai 2013 opère une véritable révolution, mais elle reste surtout emblématique. Le législateur est peut-être allé trop loin, ou pas assez

justement pour que l'égalité recherchée soit effective. La loi du 17 mai 2013 est-elle alors la boîte de Pandore ou le Saint Graal de l'égalité ?

Julie TEREL 

LA LOI DU 17 MAI 2013 ET LES DISCRIMINATIONS : PROGRESSION, STAGNATION OU REGRESSION ?

Pour l'ensemble des défenseurs du mariage pour tous, la loi du 17 mai 2013 a mis fin à une discrimination qui fermait la porte de cette institution ancestrale aux couples homosexuels. En ce sens, cette réforme constitue bien une avancée. Poser la question de savoir si ce texte constitue au mieux une stagnation et, au pire, une régression, semble donc pour le moins contradictoire, voire provocateur. Alors ? Alors, à bien y regarder, la question n'est pas si simple, non seulement au regard de la définition juridique particulière de la discrimination, mais encore au regard de la logique générale du droit.

L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 définit la discrimination directe comme « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.* »¹⁵. Pour qu'il y ait discrimination au sens juridique du terme, il faut donc qu'une situation soit comparable à une autre, traitée défavorablement et pour une des causes énumérées par la loi. Dans le langage courant au contraire, elle recouvre plus largement ce qui tend à « *séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal* »¹⁶. Même si les deux acceptions se recoupent le plus souvent, il ne s'agit pas d'une corrélation systématique. Une discrimination peut être perçue par une partie ou l'ensemble de la société, sans qu'elle ne soit caractérisée en droit. De même et à l'inverse, il peut y avoir discrimination au sens juridique du terme sans qu'elle soit perçue par la société.

Constitue par exemple pour la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), une discrimination juridique, le fait d'autoriser l'adoption aux couples hétérosexuels qu'ils soient mariés ou concubins, mais de l'interdire aux couples homosexuels vivant en concubinage stable¹⁷. Dans ce cas, en effet, l'accès à l'adoption n'est pas déterminé par le statut du couple, marié ou en union libre, mais par sa sexualité ou l'identité sexuelle de ses membres. Sur ce point, le droit français antérieur à la loi du 17 mai 2013 n'était pas discriminatoire puisque seuls les couples mariés pouvaient adopter, à l'exclusion de

¹² Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n°04-15.676 et n°06-15.647.

¹³ Des procréations assistées sauvages sont néanmoins pratiquées sur le territoire français, mais alors il n'y a pas d'anonymat du donneur, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Une décision du 29 juillet 2013 illustre cela puisqu'alors un donneur de gamète, qui avait reconnu l'enfant ainsi conçu, a ensuite sollicité auprès du JAF de Nantes l'octroi d'un droit de visite, ce qui lui a été, à juste titre, accordé (droit de visite médiatisé).

¹⁴ Expression empruntée à L. Brunet, note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, D. 2009, 340.

¹⁵ Voir également l'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. »

¹⁶ Le Grand Robert de la langue française.

¹⁷ CEDH, gr. ch., 19 février 2013, aff. X et a. c/ Autriche, n°19010/07.

l'ensemble des couples de concubins, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels¹⁸. Le problème était alors que seuls les couples hétérosexuels pouvaient entrer dans un processus d'adoption puisque le mariage était refusé aux homosexuels. La question se reportait donc sur le point de savoir si la fermeture du mariage à ces couples constituait une discrimination.

Indubitablement considérée comme telle par la partie de la population favorable à ce changement, aucune juridiction de l'ordre juridique français ou européen n'a osé l'affirmer. Ce refus du pouvoir juridictionnel d'intervenir dans une question relevant de la souveraineté nationale n'exclut pas pour autant que le droit français ne fût pas discriminatoire. Les deux premières conditions de la discrimination étaient remplies puisqu'il y avait bien différence de traitement¹⁹ pour une des raisons énumérées par la loi, à savoir l'orientation sexuelle. Restait à déterminer si les couples homosexuels et hétérosexuels sont dans une situation comparable au regard du mariage. Ils ne sont pas dans une situation identique, précisément parce que les uns sont composés de personnes de même sexe, les autres de sexe différent. Or, cette seule et unique différence objective séparant un couple composé de deux personnes de même sexe d'un autre composé de deux personnes de sexe différent, a trait à la procréation : les couples homosexuels peuvent, par nature et en principe, souverainement procréer alors que les couples hétérosexuels ne le peuvent qu'à l'aide d'un ou plusieurs tiers. Le point était donc de savoir si cette divergence pouvait justifier une différence de traitement dans l'accès au mariage. Ni le mariage ni la filiation ne se réduit à la procréation et à la vérité biologique. Toutefois, les liens historiques entre mariage, filiation, procréation, vérité biologique, présomption ou apparence de vérité biologique perdurent en droit positif, comme l'illustre la présomption de paternité qui signifie que les enfants nés pendant le mariage ont en principe pour père le mari (art. 312 C. civ.). Pour cette raison, l'existence d'une discrimination au sens juridique du terme ne pouvait être incontestablement caractérisée. Il n'en restait pas moins qu'elle était vécue comme telle par une partie des Français²⁰ qui demandait donc une ouverture du mariage aux couples de même sexe.

Pour cette raison, la loi du 17 mai 2013 a libéralisé l'accès au mariage, indifférenciant l'identité sexuelle des époux dans la *conclusion* d'une telle union. Le législateur a cependant conservé une différence de traitement quant à ses *effets*. En raison des liens sus-évoqués entre mariage

et filiation, aujourd'hui encore essentiellement basée sur le modèle hétérosexuel, cette réforme aurait dû impliquer une refonte profonde et globale de notre droit de la filiation, si on avait voulu que le mariage homosexuel entraînant les mêmes effets sur ce plan que pour des époux hétérosexuels. Or, et comme chacun le sait, en raison tant de l'ampleur et de la force des oppositions que de toutes les questions subséquentes qui en découlaient et que d'aucuns ne voulaient affronter, la loi a exclu de son champ d'application les dispositions relatives à la filiation à l'exception toutefois de l'adoption. Autrement dit, et alors pourtant qu'ils relèvent d'un seul et unique statut, les couples mariés homosexuels *ont les mêmes droits* que leurs homologues hétérosexuels y compris pour l'adoption, *sauf* pour ce qui touche la filiation et la procréation médicalement assistée. Cette exclusion des couples homosexuels mariés des effets du mariage quant à la filiation et la procréation médicalement assistée a ainsi créé un mariage à deux vitesses : l'un aux effets pleins et entiers réservé aux couples hétérosexuels, l'autre aux effets limités pour les couples homosexuels. Ainsi, les couples homosexuels au sein duquel un enfant naîtra ne se verront pas appliquer la présomption de filiation. Ils ne pourront pas non plus accéder à une procréation médicalement assistée.

Le fait que des personnes appartenant pourtant à un seul et même régime juridique n'aient pas les mêmes droits en raison de leur sexualité apparaît ainsi directement discriminatoire. En effet, dès lors que le mariage est ouvert à tous les couples, la différence de traitement entre couples mariés homosexuels et couples mariés hétérosexuels se fait uniquement au regard de l'identité sexuelle de ses membres, ce qui se rapproche fort de la définition juridique de la discrimination. Le Conseil Constitutionnel ne l'a pourtant pas reconnu²¹.

Dès lors, la question de savoir si la loi du 17 mai 2013 constitue une progression, une stagnation ou au contraire une régression en termes de discrimination n'est plus aussi provocatrice qu'elle y paraît. Elle souligne au contraire toute l'ironie de cette réforme résultant du décalage entre actualité médiatique et rationalité juridique. Avant elle, la scène médiatique soulignait l'existence d'une discrimination alors que la rationalité juridique ne permettait pas de conclure de manière aussi catégorique à cette qualification. Avec cette réforme, le rapport s'est inversé : l'actualité médiatique passe discrètement sur les revendications des homosexuels non satisfaites par la loi quant à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui alors que l'analyse rationnelle du droit tend à souligner l'existence d'une discrimination directe.

Or, et parce qu'il ne peut et ne doit y avoir de discrimination

¹⁸ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n°25951/07.

¹⁹ Si l'alignement du pacs sur le mariage n'a cessé de se faire, il n'en demeure pas moins que le rapprochement entre ces deux modes de conjugalité n'est pas total, le pacs n'offrant par exemple pas les mêmes règles, non seulement pour ce qui concerne la filiation et l'adoption, mais aussi sur le plan successoral, fiscal, ou bien encore de l'usage du nom du conjoint.

²⁰ Avec toutefois des nuances selon les époques et les questions posées par les instituts de sondages, les résultats n'étant pas les mêmes selon qu'il était ou non question de l'adoption : début 2013, 60 % des personnes interrogées se déclaraient favorables au mariage gay et 46% seulement au droit à l'adoption pour les couples gays, source : http://www.ifop.com/?option=com_publication&type=poll&id=2106.

²¹ Cons. Constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, considérant 44 : « il résulte de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit »

juridique plus légitime qu'une autre, le mariage pour tous tel qu'il existe en droit positif ne peut être que provisoire. En effet, l'ouverture du mariage aux homosexuels, et la possibilité pour eux d'adopter, traduit, en termes juridiques, une reconnaissance sociale de l'aptitude de ces couples à être des parents au même titre que les couples homosexuels en même temps qu'elle marque la dissociation entre lien de filiation et procréation. Et si l'on veut un système juridique cohérent et exempt de toute critique en termes de discriminations, il faudra tôt ou tard tirer toutes les implications juridiques de cela, de préférence avant une possible condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme qui reste cependant incertaine en raison de la grande marge d'appréciation laissée aux Etats en la matière. Pour autant, la construction de la famille juridique de demain ne pourra échapper à des choix politiques²² qui ne devront pas déboucher sur des discriminations juridiques.

Pour ce faire, devra tout d'abord être réglée la question du ou des modes de création des enfants dans les couples homosexuels²³, c'est-à-dire à la fois de leur procréation et de leur gestation. En ce qui concerne les couples de femmes, il semble que la barrière de la PMA sera plus facilement levée. Les raisons en sont multiples. Cette prohibition sera de moins en moins tenable, car source d'un double risque de discrimination : directe quant à la différence de traitement de ces couples alors que leur situation diffère peu des couples hétérosexuels qui ont d'ores et déjà recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur ; mais aussi indirecte, en raison du tourisme procréatif qui se pratique déjà et qui ne manquera pas de se développer et soulignera ainsi l'inégalité économique que le droit positif crée quant aux couples de femmes qui ont les moyens financiers d'accéder à une procréation médicalement assistée à l'étranger de celles qui ne le peuvent. Deux questions délicates feront alors probablement l'objet de vifs débats : celle concernant le financement par la Sécurité sociale de ces procréations²⁴ ainsi que celle de l'anonymat du donneur qui reviendra de nouveau dans le débat.

Quoi qu'il en soit, cet accès des couples de femmes à la procréation médicalement assistée laissera les couples d'hommes face à leur impossibilité physiologique de gestation. La question sera alors de qualifier cette inégalité de fait, et notamment de savoir si l'on pourrait la considérer comme un handicap justifiant ainsi une intervention positive du système juridique pour rétablir une certaine égalité, ou bien au contraire si cette différence par laquelle la nature de l'homme ne l'a pas doté d'un utérus, et ne peut donc porter en gestation des enfants, sera entérinée comme

telle. S'opposeront ici deux finalités du système juridique : d'un côté, celle de lutter contre les inégalités de fait et, de l'autre, celle de hiérarchiser les intérêts plus ou moins antagonistes des membres de la société afin de pouvoir les faire vivre ensemble harmonieusement. La société ne pourra échapper à ce choix politique ultime car, tant que la science n'aura pas permis d'inventer un moyen de créer les enfants autrement que dans l'utérus d'une femme, la place et le rôle de l'identité sexuelle ne pourront être totalement neutralisés. Pour cette raison, les théories du genre se heurteront nécessairement à la nature sexuée de l'enfantement et à la diversité des situations juridiques ainsi créées. A un moment ou à un autre, il faudra nécessairement trancher le conflit entre, d'un côté, les intérêts des couples d'hommes homosexuels voulant avoir des enfants et, de l'autre, ceux des enfants à naître d'une gestation pour autrui et des femmes gestatrices.

And last but not least, après avoir répondu à tous ces préalables, il faudra ensuite, et surtout, prolonger ce débat de la conception des enfants dans un couple homosexuel par celui de la construction du lien juridique de la filiation homoparentale. En ce domaine, il est permis de laisser libre cours à l'imaginaire juridique avec pour seules contraintes la définition technique de la discrimination et la construction cohérente du système juridique. Pour bâtir le droit de la famille de demain, deux voies sont alors envisageables.

Soit l'on décidera de créer un seul et unique modèle de filiation, commun aux couples parentaux homosexuels et hétérosexuels, calquant ainsi le modèle existant de la filiation hétérosexuelle sur la filiation homosexuelle. Dans ce cas, l'enfant aura deux pères ou deux mères. Dans ce cas de figure, il faudra également s'interroger sur l'éventuel statut juridique que l'on voudrait attribuer à la gestatrice et/ou au(x) géniteur(s), revenant ainsi à la question de l'anonymat, question qu'il faudra traiter globalement, c'est-à-dire en incluant la PMA avec tiers donneur, la GPA et l'accouchement sous X.

Soit l'on préférera inventer un modèle de filiation totalement nouveau et propre aux enfants nés dans un couple homoparental. Un enfant d'un couple homosexuel pourrait soit, s'il est né dans un couple composé de deux hommes, avoir un couple de pères et une mère individuelle ou un couple de mères selon les situations de fait, soit, s'il est né dans un couple composé de deux femmes, un couple de mères et un père individuel ou un couple de pères. Cette voie ne serait envisageable que s'il on accepte le principe selon lequel traiter différemment ne veut pas nécessairement dire moins bien traiter, c'est-à-dire si l'on préfère l'équité dans la diversité au lieu de l'égalité dans l'identité. Il resterait alors à en dessiner toutes les implications juridiques, que ce soit en terme successoral ou d'autorité parentale mais aussi à le combiner avec le principe actuel d'égalité des filiations. Enfin, cette évolution ne serait acceptable qu'à condition de ne pas créer de nouvelles discriminations au détriment cette fois des enfants « traditionnels » ou adoptés qui n'auraient que deux parents (que ces derniers soient ou non du même sexe).

Tout ceci souligne ce que l'on oublie peut-être trop facilement : que le raisonnement en termes de discrimination est complexe et doit pour cette raison être manié avec prudence et, surtout, sans jamais se départir d'une analyse globale du système juridique.

²² Voir par exemple, Irène Théry, *C'est l'égalité des sexes qui bouleverse la famille*, L'express, avril 2013, n°3225, Entretien, p. 18 s.

²³ Ici, il ne peut plus seulement être question des couples mariés ; il faut aussi intégrer des couples de concubins si l'on ne veut pas créer une nouvelle discrimination juridique. En effet, le droit de la filiation et de la PMA ont été adoptés pour les couples hétérosexuels, mariés ou en concubinage. Par conséquent et afin d'éviter une discrimination, il ne sera pas possible d'accorder des droits aux couples mariés homosexuels et de pas le faire aux concubins homosexuels alors que les concubins hétérosexuels ont déjà ces droits.

²⁴ Question qui se posera également dans le cadre de la gestation pour autrui.

**QUELQUES BREVES OBSERVATIONS SUR LES
DISPOSITIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE
DE LA LOI N°2013-404 DU 17 MAI 2013
OUVRANT LE MARIAGE AUX COUPLES
DE PERSONNES DE MEME SEXE**

Il faut le dire d'emblée, on s'attendait assez peu à ce que le législateur, en ouvrant désormais la possibilité de se marier aux personnes de même sexe, précise, ce qu'il n'avait jamais éprouvé le besoin de faire jusque là, que les conditions de fond du mariage relèvent, pour chacun des époux, de sa loi personnelle. Cette solution en effet faisait l'objet d'une jurisprudence constante, appuyée sur une lecture bilatéralisante de l'article 3, alinéa 3, du Code civil et de la qualification, guère contestable, des conditions de fond du mariage en élément du statut personnel.

On s'y attendait d'autant moins que c'est précisément pour le mariage entre personnes de même sexe que cette solution traditionnelle pouvait causer de grandes difficultés puisqu'il existe en la matière un véritable « risque de droit comparé », la grande majorité des législations continuant à ne pas autoriser ce type d'union. Dès lors l'application distributive de sa loi à chacun des candidats au mariage risquait fort d'empêcher d'assez nombreux mariages entre personnes de même sexe.

En réalité, on avait tort de ne pas s'attendre à cette intervention du législateur car, si celui-ci voulait faire échapper le mariage entre personnes de même sexe aux foudres des lois personnelles prohibitives, il devait commencer par rappeler la solution de principe, pour l'assortir d'une exception quand les conjoints sont de même sexe et que la loi de l'un ou de l'autre risque de les empêcher de se marier. Et c'est précisément ce qu'il a fait.

Si, en effet, le premier alinéa du nouvel article 202-1 du Code civil énonce que « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle », le second alinéa ajoute aussitôt que « Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».


Il est donc clair que, sous réserve bien sûr des conditions requises, c'est un véritable droit au mariage qui est ainsi consacré, puisque précisément le deuxième alinéa permettra ce mariage alors même que la loi nationale d'un des deux conjoints s'y opposerait, voire les lois nationales de l'un et de l'autre dès lors que la loi du domicile ou de la résidence d'au moins l'un d'entre eux l'autorisera. Assurément, la règle est fort souple, qui autorise le professeur Fulchiron à écrire, plaisamment, que « dès lors qu'un lien minimum permet la célébration du mariage sur le territoire français, le mariage pourra valablement y être contracté *more gallico* » (*Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013*, JCP G 2013, n° 658, p. 1123) et elle vaudra pareillement pour la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, étant par ailleurs précisé qu'une disposition spéciale de la loi, à l'article 21, réserve de son côté un sort particulièrement libéral à la reconnaissance des mariages célébrés antérieurement à la loi du 17 mai 2013. Seule aurait été peut-être plus permissive encore la compétence de la loi du lieu de la célébration du mariage. Pour autant le droit au mariage n'est pas exactement le mariage sans droit, et la règle de conflit nouvelle ainsi énergiquement instaurée ne va pas dissiper toutes les difficultés.

Tout d'abord, la loi autorisant le mariage se substituera-t-elle purement ou simplement à la loi personnelle ou aux lois personnelles prohibitives ou celles-ci reprendront-elles leur empire pour toutes les conditions autres que celles tenant au sexe ? La deuxième solution est de loin la plus vraisemblable mais elle n'est pas absolument certaine. En second lieu et surtout, une circulaire récente de la Chancellerie, du 29 mai 2013, s'appuyant sur l'autorité des traités, précise que le mariage entre personnes de même sexe n'est pas plus envisageable que naguère chaque fois qu'une convention internationale se réfère à la seule loi nationale des conjoints pour ce qui est des conditions de fond du mariage. Or, ces conventions sont au nombre de onze et elles nous lient à des Etats pour certains relativement voisins, avec la population desquels les relations sont assez étroites. Comme la renégociation de ces conventions poserait bien d'autres problèmes, il est donc à craindre pour les personnes concernées que leur projet de mariage ne puisse se réaliser, chaque fois que la loi nationale concernée sera prohibitive, sauf à considérer que les lois n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe sont désormais contraires à notre conception de l'ordre public international puisqu'elles ne reconnaissent pas l'égalité des couples et des orientations sexuelles. Il n'est cependant pas certain, au moins à court terme, que la jurisprudence aille jusque là. Le droit au mariage pour tous trouverait ici ses limites.

Il est vrai que le droit au mariage reprend beaucoup de force en ce qui concerne les conditions de forme. S'agissant en effet de la célébration du mariage, l'article 202-2 nouveau du Code civil, reprenant le principe classique de compétence de la *lex loci celebrationis*, énonce que « le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ». La règle figurait déjà l'article 171-1 du Code civil, qui dispose que « le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration », ajoutant qu'« il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises ». Restait toutefois l'hypothèse de Français domiciliés ou résidents dans un pays n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe, quand les autorités diplomatiques ou consulaires françaises dans ce pays n'ont pas non plus le pouvoir de procéder à des mariages. Dans ce cas et dès lors bien sûr qu'un des futurs conjoints est Français, le nouvel article 171-9 du Code civil, issu de la loi du 17 mai 2013, autorise la mariage en France devant un officier de l'état civil français, celui du lieu de naissance ou de la dernière résidence de l'un ou l'autre des conjoints ou celui du domicile ou de la résidence des parents de l'un ou de l'autre des conjoints ou, à défaut, celui qui est choisi par le couple. Il s'agit là sans aucun doute d'une des dispositions qui marquent le plus nettement le souci de favoriser la liberté du mariage, en l'élargissant à un véritable droit au mariage.

Pour autant, la loi du 17 mai 2013 reste étrangement silencieuse sur un terrain pourtant important. Les tout premiers auteurs à commenter la loi reprochent en effet au législateur français de s'être « totalement désintéressé, du moins à l'échelle du droit international privé, des effets à venir d'une telle union » (S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, *La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*,

Perspectives de droit international privé, D. 2013, Chr. pp. 1756 et s., spécialement p. 1757). Il est vrai que, tout au moins pour ceux d'entre eux qui ne relèvent pas d'un rattachement spécifique, le rattachement des effets du mariage entre personnes de sexe différent, à savoir la compétence de la loi nationalité commune, à défaut de la loi du domicile commun, à défaut de la loi du for, peut tout à fait être transposé au mariage de personnes de même sexe mais, il est vrai tout autant que, dans certaines hypothèses, il sera délicat, quand elle sera pourtant normalement compétente, d'appliquer aux effets du mariage une loi qui n'en reconnaîtra pas le principe. Où l'on voit que les destinées du mariage entre personnes de même sexe seront d'autant meilleures en droit international privé que le risque de droit comparé se transformera en chance, quand le nombre de pays autorisant ce mariage ne sera plus aussi nettement minoritaire qu'il l'est encore aujourd'hui. Tel est le sort de toutes les législations pionnières.

Jean-Pierre LABORDE 
président honoraire de l'Université
Comptresec-IEDUB, UMR CNRS 5114

DROIT COMPARE

LE MARIAGE ET LA FILIATION HOMOSEXUELS EN DROIT ESPAGNOL : PERSPECTIVES 8 ANS APRES LE VOTE DE LA LOI

La vertigineuse rapidité avec laquelle une société passe en trente ans d'un système matrimonial (où le mariage catholique est le seul qui produit des effets civils, créant un lien indissoluble en l'absence de divorce), à un système de mariage civil ouvert aux couples de même sexe (où le divorce express exige comme unique condition un délai de trois mois depuis la célébration), demanderait, pour sa pleine compréhension, une étude sociologique qui dépasse le propos de ces quelques impressions. Ce qui est sûr, c'est que la loi espagnole a subi de si profondes transformations en la matière et que la réglementation du mariage du XXI^e siècle ne ressemble plus en rien à celle qu'elle avait à la fin du XX^e siècle.

Ce changement s'est produit autour de trois évolutions majeures : la reconnaissance d'effets civils pour les couples homosexuels et le progressif rapprochement entre le statut de l'union de fait et le mariage ; la transformation du mariage indissoluble en un lien extrêmement fragile, vu que l'on reconnaît le divorce sans cause ni culpabilité qui peut être demandé indifféremment par n'importe lequel de deux conjoints ; et, enfin, l'ouverture du mariage civil aux personnes de même sexe.

Le tortueux système de répartition de compétences entre l'Etat et les communautés autonomes n'a pas empêché que toutes, avec compétences ou non en matière de droit civil, approuvent des lois sur les couples, régulant les effets des unions de fait entre personnes de même ou de sexe différent. Néanmoins, c'est précisément cette disparité de compétences qui entraîne que les effets sont très différents selon la loi autonome applicable. Ainsi, dans la législation catalane, le statut des couples, homosexuels ou

hétérosexuels, se rapproche-t-il fortement de celui du mariage, reconnaissant les mêmes effets, y compris sur le plan successoral, alors que dans des communautés sans compétences en matière de droit civil comme celle de Madrid, la loi se limite à réglementer les conditions de l'union et la possibilité de passer des pactes entre les partenaires, mais sans aligner ses effets sur ceux du mariage.

Cette disparité de législation qui existe en matière d'union de fait disparaît quand il s'agit du mariage vu que, en accord avec l'art. 149.1.8 de la Constitution, les formes de mariage sont de la compétence exclusive de l'Etat. En application de cet article, le Parlement a voté la loi 13/2005 du 1^{er} juillet qui, avec une réforme *a minima*, a permis la célébration du mariage entre personnes du même sexe, de même que l'adoption conjointe ou successive.

Huit ans ont été nécessaires pour que le Tribunal constitutionnel confirme que la loi sur le mariage homosexuel de 2005 est pleinement conforme à la Constitution. La décision n'a pas fait l'unanimité des magistrats mais, après plus de 22 000 mariages célébrés depuis l'entrée en vigueur de la loi (chiffres de l'Institut national de la statistique), une solution différente aurait provoqué un chaos juridique presque insoluble, notamment en ce qui concerne la détermination des filiations ayant pour origine l'adoption ou le recours aux techniques de reproduction assistée.

C'est là que se situe le nœud gordien de la réforme : l'établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. La loi de 2005 se réfère uniquement à l'adoption, mais elle doit être complétée par la loi 14/2006 du 26 mai, sur les techniques de reproduction humaine assistée (LTRHA). Cette loi permet aux femmes seules d'accéder à la PMA, sans tenir compte de leurs orientations sexuelles et sans exiger comme condition l'existence d'un problème d'infertilité.

Dès le début, le système a révélé ses carences, du fait que les dispositions du Code civil sur la détermination de la filiation n'ont pas été réformées, et s'appliquent à la LTRHA sans les ajustements et modifications qu'exigerait la reconnaissance de la filiation pour un couple de même sexe.

En ce qui concerne les couples de femmes, celles-ci étant les usagères de la PMA, les dysfonctionnements sont moindres. Quand un couple hétérosexuel a recours à la PMA, il n'est pas nécessaire de passer par une adoption. La filiation se détermine automatiquement par rapport aux deux procréateurs. Néanmoins, dans la première rédaction de la loi de 2006, pour les couples homosexuels, la femme qui n'a pas porté l'enfant devait recourir à une procédure d'adoption. De ce fait, la LTRHA a été modifiée en 2007 pour permettre à la femme mariée à celle qui se soumet à la PMA de bénéficier aussi de la détermination de la filiation par simple déclaration. Ainsi est évitée la procédure d'adoption. Mais la similitude n'est pas complète, en comparaison avec les couples hétérosexuels, étant donné que ceux-ci bénéficient de la présomption de paternité alors que dans le cas d'un mariage de deux femmes n'a pas été établie cette présomption (présomption de comaternité, telle qu'elle existe, par exemple, dans la législation québécoise).

Par ailleurs, la pratique a révélé d'autres « dysfonctionnements » qui n'ont pas été résolus d'un point de vue légal. Quand deux femmes veulent avoir un enfant, elles souhaitent souvent participer biologiquement, l'une apportant l'ovocyte, l'autre menant à terme la gestation. La


littéralité de la loi de 2006 se réfère exclusivement à l'apport de sperme du mari mais non à l'apport d'ovocyte de l'épouse de la femme soumise au PMA, ce qui laissait ce cas « hors de la loi ». La question n'a pas été réglée formellement sinon par la voie du fait consommé.

Il faut aussi considérer les problèmes de la fécondation assistée *post mortem*, admise par la loi de 2006, mais dont le texte se réfère uniquement au mari prédécédé, en permettant que la détermination de la filiation d'un fils conçu après sa mort avec son matériel reproducteur se fasse par rapport à lui. Est-ce que la filiation de la femme apportant l'ovocyte, décédée avant l'insémination ou l'implantation de l'embryon pourra se déterminer de la même façon ? Il est surprenant que la LTRHA, postérieure à la loi sur le mariage homosexuel, ne fasse pas allusion à cette question.

Néanmoins, ce sont les couples homosexuels d'hommes qui dénoncent le plus souvent la persistance d'une discrimination. La possibilité d'adopter conjointement étant quasi inexistante, la seule possibilité pour un couple d'hommes de mener à bien un projet parental est de recourir à la gestation pour autrui (GPA), interdite par la loi espagnole.

Cette interdiction n'a pas empêché que, de plus en plus souvent, des couples espagnols recourent à cette technique dans des pays où elle est autorisée. Fraude à la loi ou non, l'Etat a donné une solution à ces cas d'enfants « *made in USA* » et l'a fait sans toucher à l'interdiction légale de la GPA. Par l'Instruction du 5 octobre 2010, le Ministère de la Justice admet l'inscription au Registre civil espagnol des enfants nés par GPA à l'étranger, à condition que soit présentée une résolution judiciaire du tribunal compétent du pays où elle a été réalisée et où est déterminée la filiation de l'enfant. Arguant de l'intérêt supérieur du mineur, le Ministère de la Justice lance un message très clair : « Si vous allez dans un autre pays pour passer un contrat interdit dans l'ordonnancement juridique espagnol, ne vous en faites pas, quand vous reviendrez le contrat produira tous ses effets sur le territoire espagnol ». Avec cette solution, outre l'aberration juridique d'une instruction qui s'oppose à une loi impérative, se produit une évidente discrimination de type économique par rapport aux couples homosexuels qui ne peuvent recourir à la GPA en pays étranger en raison de son coût. Que se passera-t-il s'ils recourent à la GPA en territoire espagnol ? Dans ce cas, il n'existera pas « l'intérêt supérieur du mineur » et on ne pourra déterminer la respective filiation des parents d'intention ?

On peut observer que l'incorporation du mariage et de la filiation homosexuelle dans l'ordonnancement juridique espagnol a été du « n'importe quoi » technique, vu que l'on n'a pas modifié la régulation de la détermination de la filiation dans le code civil qui se base, précisément, sur la recherche de la vérité biologique, alors que, pour les couples homosexuels, la reconnaissance de la filiation peut seulement s'appuyer sur la volonté ou une fiction éloignée de la réalité biologique reposant sur cette volonté. Des réformes de cette importance exigent de mûrir, puis une pure technique législative, pour éviter que, sous couvert de palier de prétendues discriminations, on en crée d'autres.

Montserrat PEREÑA VICENTE 
Professeur à l'Université
Roi Juan-Carlos (Madrid)

LE MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE AU BRÉSIL ET EN ARGENTINE

L'Argentine a été le premier pays d'Amérique latine à ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Durant plusieurs années, un débat jurisprudentiel a eu lieu sur la question de savoir si cette union était compatible avec la législation en vigueur. Finalement, c'est le législateur qui a tranché en adoptant la loi du 22 juillet 2010. Plusieurs parties du Code civil ont ainsi été modifiées. Notamment, il convient de noter la substitution significative de certains termes, tels qu'époux, homme, femme, père et mère, qui ont été remplacés par cocontractants, consorts ou conjoints. Désormais, en Argentine, « le mariage se conclut dans les mêmes conditions et produit les mêmes effets entre les cocontractants, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent »^{25 26}.

Quelques années plus tard, c'est au Brésil que le mariage a été ouvert aux personnes de même sexe. Cependant, l'évolution n'a pas eu lieu à la faveur d'une loi, comme en Argentine ou plus récemment en France, mais à partir de plusieurs décisions des Hautes juridictions brésiliennes. En effet, le droit brésilien, de même que le droit européen des droits de l'Homme, est principalement de source jurisprudentielle.

Ouverture de l'union stable aux personnes de même sexe - C'est, dans un premier temps, par une décision du 4 mai 2011 que la Cour constitutionnelle brésilienne a étendu aux personnes de même sexe le droit d'accéder à l'Union stable. En droit brésilien, l'Union stable est une forme publique de relation, de caractère informel, mais dont le but est identique : fonder une famille. La Cour constitutionnelle brésilienne a procédé par analogie pour rendre sa décision, en appliquant aux personnes de même sexe les dispositions de l'article 1723 du Code civil brésilien qui dispose que : « *L'Union stable est caractérisée par la vie commune, publique, continue et durable de l'homme et de la femme dans le but de fonder une famille* »^{27 28}.

Selon le juge constitutionnel, l'un des objectifs de la République brésilienne est de promouvoir le bien-être de tous, sans distinction de race, d'origine, de couleur, de sexe, d'âge ou de toute autre forme de condition ou de situation. Dès lors, il n'était pas possible de procéder à une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle

²⁵ Cons. art. 2° de la Loi n.26.618/2010 < Sustitúyese el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma :

Artículo 172 : Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente>

²⁶ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

²⁷ ADI/DF n° 4277 ADPF/RJ n° 132

²⁸ Au Brésil, la cour constitutionnelle (Conseil constitutionnel, en France) s'appelle Tribunal fédéral suprême (STF)

des personnes. Elle aurait porté atteinte à ce que les Brésiliens appellent « le droit au libre développement de la personnalité ».

De plus, l'une des valeurs primordiales de l'État démocratique brésilien se trouve être le constitutionnalisme fraternel. Ce concept doit être compris comme l'obligation positive de l'État d'assurer la protection des personnes vulnérables, et en particulier les catégories sociales historiquement défavorisées. De même que la Cour européenne des droits de l'Homme procède à la protection catégorielle des plus faibles en leur offrant, le cas échéant, plus de droit, le juge constitutionnel brésilien a pris en compte la situation de ce groupe social spécifique, pour faire évoluer l'état du droit²⁹.

Ouverture du mariage aux personnes de même sexe - Peu de temps après, c'est par une décision du 1^{er} février 2012 que la Haute cour de justice³⁰ a ouvert le mariage aux personnes de même sexe en se fondant sur les principes constitutionnels d'égalité, de non-discrimination, de dignité humaine, du pluralisme et de libre planification familiale. De la même manière que la Cour constitutionnelle, la Haute cour de justice a procédé par analogie pour déduire que les dispositions du Code civil brésilien n'interdisaient pas expressément le mariage aux personnes de même sexe³¹.

Taciana CAHU BELTRÃO 

LE MARIAGE HOMOSEXUEL EN DROITS CONSTITUTIONNELS COMPARES

La question du mariage homosexuel – novatrice en France, surannée dans certains Etats et encore inconsiderable dans d'autres – a fait l'objet de récentes décisions de la part du Tribunal constitutionnel espagnol, du Conseil constitutionnel français et de la Cour suprême américaine. Dans le cadre de cette brève analyse, nous nous concentrerons sur le raisonnement des cours constitutionnelles quant à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Ne seront donc pas traitées les questions procédurales ou les questions relatives aux effets du mariage. Si le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol ont, sans grande surprise, récemment déclaré conforme à leur Constitution l'ouverture, par le législateur national, du mariage aux couples de même sexe (I), la Cour suprême américaine vient quant à elle de se lancer dans une voie plus périlleuse : l'interdiction d'une définition hétérosexuée du mariage et l'incitation à la reconnaissance des mariages homosexuels, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme (II).

I. - La prévisible constitutionnalité de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe

Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa décision du 6

²⁹ Sur le constitutionnalisme fraternel : Leite, Glauco Salomão. *Jurisdição Constitucional, ativismo judicial e minorias* : O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva in *Manual do Direito Homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰ Cour de Cassation en France

³¹ REsp n° 11833/RS

novembre 2012, a déclaré conforme à la Constitution espagnole la loi du 1^{er} juillet 2005 par laquelle fut ouvert le mariage aux couples homosexuels. Les juges espagnols ont ainsi refusé le grief tiré de la violation de l'article 32 de la Constitution espagnole de 1978 qui prévoit que l'homme et la femme ont le droit de contracter mariage. Ils ont considéré que l'option choisie par le législateur en matière matrimoniale relève de la marge d'appréciation que reconnaît la Constitution espagnole et que l'article 32 doit être interprété conformément à une acception du mariage de plus en plus étendue dans la société espagnole et dans la société internationale, bien qu'elle ne soit pas acceptée unanimement. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels est donc jugée conforme à la Constitution grâce à une interprétation évolutive de l'institution du mariage.

Ce raisonnement a été suivi, cinq mois plus tard, par le Conseil constitutionnel français qui a également estimé, dans une décision du 17 mai 2013, que la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe était conforme à la Constitution. Les sages ont considéré que la définition hétérosexuée du mariage ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'elle n'intéresse « *ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics* ». En outre, le Conseil a jugé que la loi adoptée par le Parlement n'est pas attentatoire à la liberté du mariage et au droit au maintien des conventions légalement conclues en ce qu'aucune atteinte aux droits acquis nés de mariages antérieurs n'a été constituée. Enfin, sur le grief tiré de la violation du quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 relatif au respect, par la France, des règles de droit international public, le Conseil considère qu'il n'a pas à « *examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France* », confirmant ainsi la décision IVG du 15 janvier 1975 selon laquelle le contrôle de conventionalité n'appartient pas au Conseil constitutionnel mais à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. Dès lors, reprenant sa décision du 28 janvier 2011, les sages de la rue Montpensier ont estimé « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation (entre les couples homosexuels et hétérosexuels)* » et ont ainsi déclaré les dispositions de l'article 202-1 du Code civil conformes à la Constitution. Cette décision vient donc confirmer la compétence exclusive du législateur français en matière de liberté matrimoniale. Si aucune exigence constitutionnelle n'obligeait ce dernier à ouvrir le mariage aux couples de même sexe, rien ne lui empêchait de faire l'inverse... Lâcheté ou sagesse du Conseil, chacun sera libre de se faire son avis.

Il est toutefois certain qu'une telle pusillanimité n'a pas été adoptée par les juges de la Cour suprême américaine, qui ont, par deux décisions du 26 juin 2013, déclaré inconstitutionnels une loi fédérale et un amendement fédéré qui prévoyaient une définition hétérosexuée du mariage.

II. - La délicate inconstitutionnalité d'une définition hétérosexuée du mariage


Dans la première décision, *United States c/ Windsor*, la Cour suprême américaine a déclaré contraire au cinquième

amendement de la Constitution américaine la section 3 du *Defense of Marriage Act (DOMA)*. Cette loi fédérale a été adoptée le 3 janvier 1996 à la suite de la décision de la Cour suprême d'Hawaï *Baehr c/ Miike* – qui a considéré l'interdiction du mariage homosexuel contraire à la Constitution hawaïenne – afin d'éviter que cette décision ne s'impose à d'autres Etats fédérés. Cette loi prévoit que dans la détermination de la signification de n'importe quelle loi votée par le Congrès ou de n'importe quelle décision, le mot « *mariage* » signifie seulement une union légale entre un homme et une femme, et le mot « *conjoint* » se réfère seulement à une personne du sexe opposé. En des termes vigoureux, les juges suprêmes ont estimé que le *DOMA* viole le principe de sécurité juridique et d'égalité devant la loi et constitue une privation d'une partie essentielle de la liberté et de la dignité. C'est ainsi qu'a été abolie la définition hétérosexuée du mariage au niveau fédéral, ce qui revient à faire bénéficier les couples de même sexe des mêmes avantages fédéraux que les couples de sexes différents.

Dans la seconde décision, *Hollingsworth c/ Perry*, la Cour suprême a considéré que l'amendement constitutionnel californien adopté par un référendum d'initiative populaire le 4 novembre 2008, connu sous le nom de *Proposition 8*, était contraire au quatorzième amendement de la Constitution américaine qui assure l'égalité de protection des citoyens devant la loi. Cette proposition visait à définir le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme afin de rendre inconstitutionnelle la loi californienne du 17 juin 2008 ayant ouvert le mariage aux couples homosexuels. La Cour suprême californienne a validé ce référendum par une décision du 26 mai 2009. Toutefois, celui-ci a été déclaré contraire à la Constitution américaine par la Cour fédérale de San Francisco le 4 août 2010, confirmée le 21 février 2012 par la Cour d'appel fédérale. Les juges fédéraux ont rappelé que le principe d'égalité devant la loi exige que l'Etat démontre un but légitime afin de retirer un droit ou un avantage à un groupe de personnes sans le retirer à un autre. La suppression injustifiée de la désignation officielle de mariage aux couples de même sexe, tout en continuant à leur reconnaître les mêmes droits et obligations, est donc constitutive d'une atteinte au quatorzième amendement. La Cour suprême, dans sa décision du 26 juin 2013, considère qu'il ne peut être fait de recours contre la décision de la Cour fédérale, ce qui a pour conséquence de consacrer l'inconstitutionnalité de la *Proposition 8*. La portée de la décision de la Cour est cependant à minimiser : si elle impose à l'Etat californien d'annuler cet amendement constitutionnel, elle n'impose toutefois pas à tous les Etats fédérés d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

Le raisonnement des juges américains dans ces deux affaires est comparable à celui des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme qui ont estimé dans l'affaire *Schalk et Kopf c/ Autriche* du 24 juin 2010 que l'article 12 de la Convention relatif au droit mariage est applicable aux couples de même sexe sans pour autant imposer aux Etats parties de l'ouvrir à leurs ressortissants. Le respect de la marge nationale d'appréciation et des particularismes nationaux, dans une matière aussi sensible que le droit de la famille, semblent nécessairement contraindre ces cours à adopter une position en demi-teinte à l'encontre des Etats fédérés américains et des Etats membres du Conseil de l'Europe. Entre fédéralisme américain et intégration européenne, la question du mariage homosexuel pose des difficultés similaires. Reste

à savoir si l'internationalisation du dialogue des juges permettra d'y apporter des réponses similaires.

Gaetan ESCUDEY 
CRDEI, EA 4193

UN AUTRE SENS DE L'EXPRESSION « MARIAGE POUR TOUS » EN DROIT MAURICIEN

En France, l'expression « mariage pour tous » est liée à la récente loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ; désormais, le mariage peut être contracté par « tous », c'est-à-dire par les couples hétérosexuels aussi bien que par les couples homosexuels.

A l'heure actuelle, les mariages homosexuels ne sont pas d'actualité à l'île Maurice. Pour autant, l'expression « mariage pour tous » révèle en République de Maurice un sens qui diffère considérablement de celui actuellement en vogue en France. A Maurice, l'expression « mariage pour tous » reflète l'idée que tous les citoyens de Maurice, quelle que soit la communauté à laquelle ils appartiennent ou la religion qu'ils pratiquent, puissent opter pour la forme de mariage qui leur convient le plus. Un tel « mariage pour tous » a généré des formes de mariage étrangères au droit français.

A Maurice, plusieurs communautés et religions cohabitent pacifiquement depuis plus de deux siècles, à savoir les Hindous, qui sont la communauté et la religion majoritaire, les Musulmans et les Chrétiens catholiques qui appartiennent aux groupes des Créoles, des « Chinois » (descendants des travailleurs venus de Chine) ou des Franco-mauriciens. Cette multiplicité de la population mauricienne fait que le mariage à Maurice n'est pas un concept uniforme mais une institution protéiforme.

Avant 1982, la seule forme de mariage qui produisait des effets juridiques était le mariage civil contracté devant un représentant de l'autorité publique. Or, cette forme de mariage n'avait pas la cote au sein des communautés hindoue et musulmane, traditionnellement habituées aux mariages contractés selon les règles de la religion. « On assistait donc, avant l'adoption de la réforme, à une *inadéquation de la règle de Droit*, eu égard aux mœurs, aux coutumes et aux croyances d'un grand nombre de mauriciens. » (R. GARRON, *La réforme du Code Napoléon relative aux mariages civils et religieux*, Mauritius Law Review, n° 4, 1982, p. 155). La complexité de la société mauricienne, c'est-à-dire les coutumes et religions très différentes, ont rendu nécessaire une réforme du droit mauricien. La réforme du Code civil mauricien de 1981 et la loi connue sous le nom de *Civil Status Act* 1981 se sont fixés pour objectif d'établir les formes de mariage appropriées à chaque communauté et religion à Maurice. En ce sens, les deux lois de 1981 ont introduit en droit mauricien un « mariage pour tous ».

Les réformes de 1981 ont attaché des effets juridiques aux mariages religieux, alors que, jusque là, seuls les mariages civils étaient susceptibles de produire des effets juridiques. Outre le mariage civil, minutieusement réglementé dans le Code civil mauricien et le *Civil Status Act*, les citoyens mauriciens peuvent aussi contracter un mariage religieux produisant les effets d'un mariage civil. De plus, la réforme de 1981 a créé la possibilité d'enregistrer les mariages religieux passés et de leur conférer ainsi certains effets

juridiques. Finalement, sensible aux demandes de la communauté musulmane à Maurice, le législateur avait introduit en droit mauricien, en 1981, une institution *sui generis*, à savoir le mariage religieux qui était censé produire des effets juridiques particuliers.

I. - Mariage civil

Le Code civil mauricien régit les **conditions de fond** pour la validité d'un mariage civil. Ainsi, l'article 144 du Code civil mauricien fixe l'âge nécessaire pour contracter un mariage civil à 18 ans révolus, mais un mineur « âgé de plus de 16 ans pourra contracter mariage avec le consentement de ses père et mère ou de celui des deux qui exerce exclusivement l'autorité parentale » et « à défaut de père et mère ou de celui qui exerce l'autorité parentale, il est loisible au Juge en Chambre d'accorder une dispense d'âge au mineur lorsqu'elle est nécessaire à l'intérêt de celui-ci » ; les futurs époux doivent consentir au mariage et ce consentement doit être libre ; un second mariage ne peut être contracté avant la dissolution du premier ; le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants en ligne directe, entre les alliés dans la même ligne ainsi qu'entre certains parents en ligne collatérale (frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu).

Les sections 18 et suivantes du *Civil Status Act* 1981 posent les **conditions de forme** pour la validité d'un mariage civil. Ainsi le projet de mariage doit-il être publié conformément à la section 19 de la loi. La section 20 du *Civil Status Act* autorise l'officier d'état civil à demander aux futurs époux les documents destinés à vérifier s'ils peuvent se marier en toute légalité, notamment leurs certificats de naissance, le certificat d'un mariage préalable (si l'un des futurs époux est divorcé) ainsi que le certificat de décès (si l'un des futurs époux est veuf). Cette formalité permet à l'officier d'état civil de vérifier si les conditions de fond prévues dans le Code civil mauricien sont remplies. La même section du *Civil Status Act* oblige l'officier d'état civil à informer les futurs époux du choix qui leur appartient relativement au régime matrimonial. La section 22 de la loi régit la procédure que les tiers sont tenus d'observer s'ils souhaitent objecter à la célébration d'un mariage civil. Cette procédure est confiée au Bureau de l'état civil (*Registrar of Civil Status*) et contrôlée par le Juge en Chambre, qui statue en appel contre la décision du Bureau. Le déroulement de la célébration du mariage est décrit aux sections 23 et 24 du *Civil Status Act*. Le mariage ne peut être célébré que si au moins dix jours se sont écoulés à partir de la publication du projet de mariage, mais doit l'être au plus tard trois mois après celle-ci, sinon une nouvelle publication sera nécessaire.

Les **effets** d'un mariage civil relèvent aussi du Code civil mauricien. Ainsi, les obligations de fidélité, de secours et d'assistance, de communauté de vie, de contribuer aux charges du ménage, de diriger la famille et d'assurer l'éducation des enfants sont d'ordre public et résultent des articles 212 et suivants du Code.

Les Chrétiens mauriciens sont la communauté religieuse la plus attachée au mariage civil. Pour des raisons d'ordre culturel, les Hindous et Musulmans à Maurice préfèrent célébrer les mariages conformes à leurs religions respectives. C'est pour cette raison là que le législateur mauricien a créé en 1981 le mariage religieux produisant les effets d'un mariage civil.

II. - Mariage religieux produisant les effets d'un mariage civil

Lors de la réforme en 1981, le législateur mauricien a pris en considération le fait que certaines communautés à Maurice, les Hindous et Musulmans notamment, préfèrent le mariage religieux, célébré par un dignitaire religieux, au mariage civil, célébré par un officier d'état civil. Par conséquent, le *Civil Status Act* a conféré les effets civils à un mariage religieux dans deux cas.

1. - Mariage religieux célébré par une personne habilitée

Les sections 25 à 27 du *Civil Status Act* réglementent les mariages religieux célébrés par une personne autorisée. En effet, un mariage religieux peut produire les effets d'un mariage civil, s'il est célébré par une personne autorisée par la loi. L'autorisation écrite est délivrée par le *Registrar of Civil Status*, s'il estime que le dignitaire religieux possède les connaissances et l'aptitude nécessaires. Le rôle endossé par le ministre du culte *avant* et *après* la célébration du mariage religieux est alors similaire à celui de l'officier d'état civil. Ainsi, avant la célébration du mariage religieux, le ministre du culte doit accomplir les mêmes formalités que l'officier d'état civil, dans le but de vérifier si les conditions de fond (âge, absence de bigamie), posées par le Code civil mauricien, sont réunies. En outre, il doit fournir aux futurs époux les mêmes informations que l'officier d'état civil. Finalement, le ministre du culte doit consigner le mariage, après sa célébration, dans le registre correspondant, qui doit être signé par les deux époux. Cette signature reflète le consentement réciproque des époux. L'enregistrement permet au mariage religieux de produire tous les effets d'un mariage civil. Par exemple, les époux seront soumis aux obligations impératives issues des articles 212 et suivants du Code civil.

2. - Mariage religieux célébré par une personne non habilitée

Il peut arriver qu'un mariage religieux soit célébré par un ministre du culte non habilité à célébrer les mariages religieux produisant les effets civils, mais que ce mariage produise tout de même ses effets (section 28 du *Civil Status Act*). Cela est possible grâce au concours d'un officier d'état civil, qui intervient *avant* et *après* la célébration du mariage religieux. D'abord, avant la célébration du mariage, le rôle de l'officier d'état civil consiste à vérifier si les conditions de fond pour la validité du mariage posées par le Code civil mauricien sont réunies ; si elles ne le sont pas, le mariage religieux éventuellement célébré ne produira pas les effets d'un mariage civil. Ensuite, l'officier d'état civil informera les futurs époux du choix qui leur appartient concernant le régime matrimonial. Enfin, après la célébration du mariage religieux, il doit l'inscrire sur le registre approprié. Cette inscription permettra au mariage religieux de produire tous les effets d'un mariage civil. Pendant la célébration religieuse, l'officier d'état civil ne fait *a priori* rien, mais il doit y assister personnellement.

III. - Mariage religieux produisant des effets spécifiques

Attacher aux mariages religieux les effets des mariages civils n'a pas suffi en 1981. D'une part, le législateur n'a

pas voulu laisser en dehors du droit les mariages religieux célébrés avant l'entrée en vigueur de la réforme et leur a conféré certains effets juridiques. D'autre part, il a pris en considération les exigences des Musulmans mauriciens qui désiraient pour eux un mariage totalement distinct de celui régi par les articles 144 et suivants du Code civil mauricien.

1. - Mariages religieux passés

On ne pouvait attacher les effets d'un mariage civil aux mariages religieux antérieurs à la réforme entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1982 parce qu'« ils ne remplissaient pas toutes les conditions des mariages civils » et parce qu'« on aurait, en outre, souvent contredit la volonté manifestée, dans le passé, par les parties, dont certaines avaient délibérément choisi de ne pas se marier civilement mais religieusement » (GARRON, *art. précit.*, p. 197). Le législateur mauricien a donc décidé de conférer aux mariages religieux passés les effets issus de la religion des parties (art. 228-3 C. civ. maur.). Les époux sont tenus des devoirs imposés par leur religion, ce qui exclut l'application des articles 212 et suivants du Code civil mauricien. Néanmoins, deux règles impératives viennent encadrer la règle précédente. Le mari a l'obligation principale de pourvoir, selon ses ressources, à l'entretien du ménage et d'assurer la subsistance et le logement de son épouse. De plus, le mari doit des aliments ou une indemnité compensatoire à son épouse au cas où la rupture du lien conjugal ne serait pas imputable à celle-ci. (art. 228-4 C. civ. maur.). « Le législateur a voulu éviter que certains hommes soient tentés d'éluider les responsabilités qu'impliqueraient pour eux le mariage civil, en se réfugiant, à cette seule fin, dans le mariage religieux » (GARRON, *art. précit.*, p. 209). Les enfants conçus ou nés dans un mariage religieux passé sont considérés comme les enfants légitimes (art. 228-8 C. civ. maur.).

Les mariages religieux passés n'ont pas été automatiquement validés : leur validation passe par une déclaration conjointe des époux à un officier du Bureau central de l'Etat civil, qui enregistrera le mariage dans le registre correspondant. La section 74 du *Civil Status Act* a aussi prévu une procédure pour le cas où un seul époux demanderait l'enregistrement du mariage religieux passé. Si le mariage religieux passé n'est pas enregistré, les articles 228-1 et suivants du Code civil mauricien relatifs au mariage religieux ne seront pas appliqués et les époux seront considérés par le droit mauricien comme de simples concubins (*Vide : Jugessur Mrs Shati & ORS contre Bestel Joseph Christian Yann & ANOR 2007 SCJ 106*).

2. - Mariages musulmans à venir

Les mariages musulmans à venir *étaient* réglementés par les sections 29 à 32 du *Civil Status Act* issues de la réforme de 1981. Les **conditions de fond** et de **forme** de ce mariage résultaient des règles de la religion. Néanmoins, le mariage musulman ne produisait *les effets juridiques prévus aux articles 228-1 et suivants du Code civil mauricien* que s'il était dûment enregistré dans le registre approprié. En 1981, le législateur voulait codifier les conditions pour la validité du mariage musulman afin d'éviter l'insécurité juridique. C'est pourquoi une Commission de juristes musulmans avait vu le jour. Outre la codification des règles de la religion musulmane, le rôle de cette Commission consistait à rendre des avis d'expert en cas de doute sur une règle issue de la religion musulmane. De même que pour les mariages religieux passés, les **effets** entre époux des mariages musulmans futurs découlaient des règles de la religion (art. 228-3 C. civ. maur.). Les époux étaient tenus des devoirs imposés par leur religion, ce qui excluait l'application des articles 212 et suivants du Code civil mauricien. Or, le mari avait l'obligation principale et impérative de pourvoir, selon ses ressources, à l'entretien du ménage et d'assurer la subsistance et le logement de son épouse. De plus, le mari devait des aliments ou une indemnité compensatoire à son épouse au cas où la rupture du lien conjugal ne serait pas imputable à celle-ci (art. 228-4 C. civ. maur.). Les enfants conçus ou nés dans un mariage musulman étaient considérés comme des enfants légitimes (art. 228-8).

« Cependant, comme l'usage de l'imparfait de l'indicatif le laisse entendre, il n'en va plus ainsi, car les art. 29 à 32 du *Civil Status Act* ont été abrogés en 1987 par une loi dont la constitutionnalité a été affirmée par la Cour suprême dans son arrêt du 15 mai 1990 » (E. AGOSTINI, *Heurs et malheurs du mariage à l'île Maurice, in Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, p. 23). Les mariages musulmans à venir ont été supprimés *en tant que catégorie juridique*. Il est intéressant de mentionner que les règles de la religion musulmane n'ont jamais été officiellement codifiées à Maurice, probablement en raison de l'hétérogénéité de la communauté musulmane dans notre pays (Comp. AGOSTINI, *art. précit.*, p. 30). Les sections 29 à 31 du *Civil Status Act* ont été réécrites en 1990. Elles prévoient la création d'un Conseil de famille musulman mais n'attachent plus aux mariages musulmans les effets juridiques figurant aux articles 228-1 et suivants du Code civil mauricien.

Goran et Shivani GEORGIJEVIC 

ACTUALITÉ SCIENTIFIQUE

NOVEMBRE 2013

OUVRAGES

Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, Liber amicorum, Montchrestien, 2012
Adeline Gouttenoire, *Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant*, p. 147-

160

Jean Hauser, *La famille dans l'île d'utopie – Livre 2 du Code civil intitulé « Des familles »*, p. 161-173

Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, LexisNexis-Dalloz, 2012, dir. Philippe Delmas Saint-Hilaire, Adeline Gouttenoire, Marie Lamarche, Christophe Radé, Bernard Saintourens, Jean-Christophe Saint-Pau &

Guillaume Wicker, 1060 p., ISBN 978-2-7110-1661-7, 98 €
Laurent Bloch, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique*, p. 737-762

Adeline Gouttenoire, *La capacité usuelle du mineur*, p.163-177

Marie Lamarche, *Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille*, p. 227-242

Parenté, filiation, origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, Bruylant, 2013, dir. Hugues Fulchiron et Jehanne Sosson

Jean Hauser, *Retour sur le sens du temps en droit de la famille*, p. 321-328

Julie Térél, *Interdire et sanctionner*, in *La maternité de substitution*, p. 174-184

Laurent Bloch, *Le contrat d'agence de voyages*: J.-Cl. resp. civ. et assur., fasc. 310-20, sept. 2013

10 ans d'application de la loi Kouchner: Revue générale de droit médical, n° spéc. 2013, 133 p., dir. des actes du colloque du 12 mars 2012

Marie Cresp, *Le temps juridique en droit privé – Essai d'une théorie générale*, PUAM, 2013, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, préface Jean Hauser, 462 p.

Jean Hauser, *La distinction des actions personnelles et des actions patrimoniales à l'épreuve du droit des personnes protégées*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 441-451

Diversité et actualité des aliments en droit moderne, in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, dir. Catherine Puigelier et préface de François Terré, p. 621-636

Le notaire, conseiller en filiation, en droit français, in *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Larcier, 2012, coll. Patrimoine et notariat, p. 203-217

Le service public de l'hospitalisation psychiatrique et la distinction des ordres de juridiction, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean du Bois de Gaudusson*, 2013, p. 1043-1058

Marie Lamarche: Rép. civ. Dalloz, v° *Pacte civil de solidarité*, 2012

avec Jean-Jacques Lemouland, v° *Mariage*: 1° *Généralités*, 2° *Conditions de formation*, 3° *Sanctions de l'inobservation des conditions de formation*, 4° *Effets*, actualisation à paraître nov. 2013

Les mesures judiciaires de crise entre époux, in *Lamy Droit des personnes et de la famille*, 2013

contributions (études 115 et 116), *Droit de la famille*, Dalloz, 2013, coll. Dalloz Action

et *SARL Océane voyages c/ V*: Resp. civ. et assur. 2012, comm. 142

Avant-propos: RGDM, n° spéc. 2013, p. 7-8, actes du colloque 10 ans d'application de la loi Kouchner (Bordeaux, 9 mars 2012)

Antennes-relais : le juge judiciaire ne répond plus: Resp. civ. et assur. 2013, alerte 7

Le règlement amiable. Point de vue d'un juriste: Médecine et droit mai-juin 2013, p. 89-92, in *Colloque CEPRISCA : Expertises judiciaires en responsabilité médicales et expertises CRCI*, Amiens 12 janvier 2012

C'est la rentrée! La même question revient : l'assurance scolaire est-elle obligatoire?: Resp. civ. et assur. 2012, focus 19

Avis CE, 17 septembre 2012, n° 360280 : histoire d'une réponse préjudiciable à une question préjudicielle: Resp. civ. et assur. 2012, focus 25

Quand la Commission des clauses abusives a de la suite dans les idées: Resp. civ. et assur. 2012, focus 31

Obligations d'information, note sous *CE, 24 sept. 2012, req. 339285*, Jurisdata 2012-021521: Resp. civ. et assur. 2012, comm. 315

Ma très « cher » Erika: Resp. civ. et assur. 2012, focus 36

Obligation d'information, note sous *CE 10 oct. 2012, req. 350426*, JurisData 2012-022715: Resp. civ. et assur. 2012, comm. 351

Préjudices corporels : de l'imagination des plaideurs à l'empathie du juge: Resp. civ. et assur. 2013, focus 1

Les hommes ne sont pas des femmes comme les autres: Resp. civ. et assur. 2013, focus 5

Obstétrique : accouchement difficile, note sous *Cass. 1^{re} civ. 13 déc. 2012, pourvoi n°11-27.347*, L. c/ SA Allianz et a.: Resp. civ. et assur. 2013, comm. 68

Antenne-relais : le juge judiciaire ne répond plus: Resp. civ. et assur. 2013, focus 7

Our body : une exposition nulle à tous points de vue: Resp. civ. et assur. 2013, focus 11

Chirurgie esthétique : obligation d'information, note sous *Cass. 1^{re} civ. 6 févr. 2013, pourvoi n° 12-17.423*: Resp. civ. et assur. 2013, comm. 125

Le printemps de l'action de groupe: Resp. civ. et assur. 2013, focus 16

Toujours plus d'information en matière de transport aérien et en matière d'assurance: Resp. civ. et assur. 2013, focus 19

Décès de la victime : « perte de chance de vie », note sous *Cass. crim. 26 mars 2013, pourvoi n° 12-82.600*, et *Cass. 2^e civ. 18 avr. 2013, pourvoi n° 12-18.199*, CPAM du Lot-et-Garonne: Resp. civ. et assur. 2013, comm. 167

L'assurance jetable: Resp. civ. et assur. 2013, focus 23

Assurance-vie : toujours au moins 2,76 milliards d'euros non réclamés: Resp. civ. et assur. 2013, focus 26

Marie Cresp, comm. sous *CJUE 6 juin 2013, MA BT DA c/ Secretary of State for the home Department*, aff. C-648/11: Jade

Adeline Gouttenoire, in *chron. Droit de la famille*: JCP G 2013, doctr. 38, n°^{os} 6 & 8-11

La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Dr. famille 2013, étude 3

La notion d'acte usuel: Journal du droit des

ARTICLES & NOTES

Geoffrey Barbier, *La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant*, étude à partir du colloque *La participation du mineur aux décisions le concernant*, Bordeaux (PJJ), 9 décembre 2011: AJ famille oct. 2012, pratiques p. 498-501

Laurent Bloch, *Les suites de la fermeture de l'espace aérien français par le fait d'une éruption volcanique*, note sous *Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012, SAS Thomas Cook c/ C*

jeunes, févr. 2013, p. 11-13 ; Rev. Justice Actualités, juill. 2012

Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille : Cah. Cons. const. 2013 n° 39, p. 63-77, in *Dossier : La Constitution et le droit des personnes et de la famille*

et Philippe Bonfils, *Droit des mineurs juin 2012-juin 2013* : D. 2013, pan. p. 2073-2080

Sophie Gromb-Monnoyeur, *La place des experts en accidents médicaux* : RGDM, n° spéc. 2013, p. 33-37, actes du colloque 10 ans d'application de la loi Kouchner (Bordeaux, 9 mars 2012)

Jean Hauser, *Personnes et droits de la famille* : chron. RTD civ. 2012 p. 85-112, p. 287-310, p. 502-524 et p. 709-719 ; et RTD civ. 2013, p. 85-108, p. 344-366 et p. 573-591

Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe – Le paradoxe de la tortue d'Achille : JCP 2012, éd. G, I, 1185 p. 2000-2005

Les bornes de la personnalité juridique en droit civil : Dr. famille 2012 n° 9, p. 12-18, colloque *La notion de personne en droit privé* organisé par l'Université catholique de Lyon et le C3RD, 31 mai 2012

Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétérition et procrastination : JCP 2012, éd. N, n° 46 du 16 nov. 2012, actualités 971, p. 7-10 ; Dr. famille 2013, dossier 7 p. 24-27

L'adoption est-elle devenue le factotum de la filiation ? : JCP 2012, éd. G, 1429 p. 2392

La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) : JCP 2013, éd. N, 1164, p. 31-42

Etats généraux du droit de la famille : l'enfant : Gaz. Pal. 2013, n° 88-89 p. 27-31, colloque organisé par le Conseil national des barreaux, 24-25 janvier 2013, maison de la Chimie (Paris)

Marie Lamarche, *Mariage, communauté de vie et nationalité : pas de révolution constitutionnelle* : Dr. famille 2012, alerte 25

Le centre notarial de droit européen a tenu son premier colloque à Lyon : « L'union conjugale en Europe : quelle place pour la volonté ? » : Dr. famille 2012, alerte 30

L'Argentine, laboratoire d'expériences législatives en droit des personnes ? A propos de l'autonomie en matière d'identité sexuelle et de mort : Dr. famille 2012, alerte 37

De la clandestinité de l'avortement à la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse. L'exemple du Maroc : Dr. famille 2012, alerte 43

Le notaire et le pacte civil de solidarité : précisions et incertitudes du décret du 20 août : Dr. famille 2012, alerte 49

De l'existence d'un préjudice moral réparable pour l'enfant à naître en application de la maxime infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur : Dr. famille 2012, alerte 56

Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : suite (et non fin) du feuilleton législatif : Dr. famille 2012, alerte 62

in chron. *Droit de la famille* : JCP G 2013, doct. 38, n° 1-2

Le nom, l'égalité des époux et le droit suisse, exemple de simplicité : Dr. famille 2013, alerte 1 p. 2

Hospitalisation psychiatrique et liberté sexuelle : l'une n'exclut pas l'autre – Vers la révolution sexuelle pour les personnes vulnérables ? : Dr. famille 2013, alerte 5 p. 3

Dispositions transitoires, « sécurité juridique » et paix des familles versus égalité des filiations ou les retentissements dans le temps de la jurisprudence Mazurek : Fabris c/ France, acte II : Dr. famille 2013 alerte 11

Mariage, pacte civil de solidarité et droit de l'entrée et du séjour des étrangers en France. Une nouvelle différence de traitement devant le Conseil constitutionnel : Dr. famille 2013, alerte 17

Un droit à la laïcité pour les enfants des crèches ? Jurisprudence Baby Loup et intérêt de l'enfant : Dr. famille 2013, alerte 22

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites » : la sévérité de la loi contractuelle face aux attraits de la conventionnalisation du droit de la famille, exemple relatif au changement de régime matrimonial : Dr. famille 2013, alerte 39

Des mariages et des mères : désobéissance civile et objection de conscience : Dr. famille 2013, alerte 43

Egalité femmes/hommes : un projet de loi-cadre et la question particulière des institutions familiales de droit maghrébin : Dr. famille 2013, alertes 48

Gestation pour autrui : deux femmes et un seul congé maternité : Dr. famille 2013, alerte 54

Stéphanie Moracchini-Zeidenberg, *La personne vulnérable et son enfant* : Dr. famille 2012, étude 17

Le responsable du fait du mineur : Resp. civ. et assur. 2013, étude 2

Veille de droit communautaire : Resp. civ. et assur. 2013, alerte 8

La CJUE, le relevé d'office et les droits de la défense, note sous CJUE, 1^{re} chambre, 21 févr. 2013, aff. C-472/11 : JCP 2013, éd. E, 1226

Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles de la CJUE, note sous CJUE, 1^{re} chambre, 14 mars 2013, aff. C-415/11 : JCP 2013, éd. E, 1331

Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire : Contr. conc. consomm. 2013, étude 9

Claire Quennesson, *La participation médicale du mineur aux décisions qui le concernent : la pratique bordelaise* : Dr. et santé nov. 2012 n° 50, chron. p. 667-681, étude à partir du colloque *La participation du mineur aux décisions le concernant*, Bordeaux (PJJ), 9 décembre 2011

CONFÉRENCES & COMMUNICATIONS

Jean Hauser, *Rapport de synthèse*, in *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, coll. Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, dir. Laura Weiller, p. 93-104, actes du colloque organisé le 4 février 2011 à la Faculté de droit et science politique de l'Université d'Aix-Marseille

Jean Hauser, *Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ?*, in *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Paris, Dalloz, 2012, coll. Thèmes et commentaires Actes, dir. Gilles Raoul-Cormeil, p. 13-24, colloque de la Faculté de

droit de l'Université de Caen Basse-Normandie organisé le 17 juin 2011

Jean Hauser, *Les grands-parents, subsidiaires, autonomes ou indépendants*, in *Les droits des grands-parents : une autre dépendance ?*, Dalloz, 2012, coll. Thèmes et commentaires Actes, p. 3-13

2^e journée du réseau régional de médecine légale (Session victimologie : *les violences faites sur les mineurs* ; Session thanatologie : *état des lieux et avancées*), vendredi 16 novembre 2012, Hôpital Pellegrin à Bordeaux :

Sophie Gromb-Monnoyeur, chef du Pôle médico-judiciaire du CHU de Bordeaux, *Introduction sur l'enfance en danger, à risque et maltraitée*

Larbi Benali, médecin légiste au CHU de Bordeaux, *Les violences sexuelles et La scène de crime : des indices matériels au cadavre*

Adeline Gouttenoire, *Autorité parentale et violence*

Adeline Gouttenoire, *Les droits de l'enfant et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, conférence prononcée le 30 novembre 2012 à Montpellier aux assises des avocats d'enfant *Le mineur, un délinquant majeur*

La réforme du nom de famille de l'enfant et de l'autorité parentale : dix ans après, colloque du Centre de droit privé fondamental (EA 1351, Université de Strasbourg), Strasbourg, 7 décembre 2012 :

Marie Lamarche et Jean-Marie Plazy, *Les bénéficiaires du double nom de famille : questions et solutions concrètes*

étudiants du Master 2 Droit privé fondamental, *Les doutes subsistants relatifs au double nom de famille*

Le 18 décembre 2012, Jean Hauser était l'invité du *Club du Châtelet*, autour du projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, aux côtés de Françoise Héritier, anthropologue et professeur au Collège de France. Cf. Les annonces de la Seine, 24 déc. 2012 n° 78, p. 19

ENM, interventions au bénéfice des auditeurs de la promotion 2012 dans le cadre des enseignements du Pôle Environnement judiciaire, Bordeaux, 7 janvier 2013 :

Adeline Gouttenoire, *L'autorité parentale*

Jean Hauser, *Les grandes mutations de la famille*

France bleu a invité Jean Hauser, le 11 janvier 2013 en matinale, à évoquer le projet de « mariage pour tous » : <http://www.infos-bordeaux.fr/2013/breves/jean-hauser-la-gestation-pour-autrui-est-entierement-liee-au-mariage-homosexuel-3815>

Jean Hauser, *La sociologie juridique et la réforme législative*, avec Irène Théry, in *Quel avenir pour la sociologie juridique au XXI^e siècle ?*, dir. Dominique Fenouillet, Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II), 18 janvier 2013

Adolescence et justice, 3^e colloque de l'Association de recherche clinique sur l'adolescence, Université de Bordeaux 2 (amphi Durkheim, place de la Victoire) :

Adeline Gouttenoire, *Adolescence et justice sous l'angle du droit*, 5 avril 2013

Sophie Gromb-Monnoyeur, *Prise en charge des*

victimes, 6 avril 2013

Laurent Bloch, in *Table ronde sur la Fin de vie : la Loi Léonetti est-elle suffisante ?*, organisé par Alliance 47 Agen Jusqu'au bout, accompagner la vie et le Réseau Pallissy, jeudi 11 avril 2013, site universitaire du Pin à Agen, amphitheâtre 200

Adeline Gouttenoire, *Histoire et actualité de la Convention internationale des droits de l'enfant*, cycle de conférences sur les *Droits de l'enfant*, 18 avril 2013 (16h-18h), IUFM de Bordeaux Caudéran, amphitheâtre Averroès

Jean Hauser, *L'esprit de la loi du 5 mars 2007 : les champs de protection et l'articulation des mesures*, in thème 1 : *Interroger la pertinence de la protection judiciaire : bilan et perspectives de la réforme de 2007*, colloque de l'IAE de l'Université de Limoges, en partenariat avec l'ADICOD et l'irfe, 1^{eres} assises de la tutelle en Limousin : *La protection des majeurs depuis la réforme de 2007 : rupture ou continuité ?*, Limoges, 6-7 juin 2013

Jean Hauser, *L'homme augmenté*, in colloque du Centre de recherches droits et perspectives du droit de l'Université Lille 2 Droit et santé, *L'homme augmenté face au droit*, Lille, 13-14 juin 2013

Adeline Gouttenoire, *Le droit européen des droits de l'homme*, in colloque de l'Université Grenoble-Alpes, *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, spéc. après-midi : *L'appréhension du lien familial par les droits régulateurs*, Maison de l'avocat de Grenoble, 28 juin 2013

Adeline Gouttenoire, *Rapport introductif*, in *Les droits des enfants*, cycle de colloques sur *La dynamisation des droits sociaux par le Comité européen des droits sociaux*, Université de Galatasaray (Istanbul, Turquie), 25 septembre 2013

Jean Hauser, *Le nouveau code civil roumain en droit des personnes : un code moderne classique*, in *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, colloque de la Faculté de droit de l'Université de Bucarest (Roumanie), 22-26 oct. 2013

ORGANISATION DE COLLOQUES

8 juin 2012 (Pôle juridique et judiciaire, Bordeaux), **Le divorce international après l'entrée en vigueur du Règlement Rome III**, organisé en partenariat avec le CRDEI et le Conseil régional des notaires de la cour d'appel de Bordeaux

Le biopouvoir – Au-delà de la loi de bioéthique : quels en sont les maîtres ?, organisé le 4 octobre 2012 au Pôle juridique et judiciaire, par l'Institut du droit de la santé en partenariat avec le CERFAP et le CERDARE, Les Etudes hospitalières et l'Association internationale Droit, éthique et sciences

Avant-propos de Laurent Bloch,

Conférence de Christian Byk

Table-ronde animée par Jean-Pierre Duprat, autour du livre du conférencier *Traité de bioéthique – Vers une nouvelle utopie civilisatrice*, Bordeaux LEH, sept. 2011,

ISBN 2-84874-218-2

La religion, 8^e Journées des masters recherche, 4 et 5 avril 2013, amphi 2N, Pôle juridique et judiciaire (Bordeaux, Pey-Berland – Actes publiés par la Faculté de droit et

science politique de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, avec une préface du Doyen Jean-François Brisson, disponibles en pdf sur le site du CERFAP (<http://cerfap.u-bordeaux4.fr/article199.html>)

CERFAP
Centre européen d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes

CENTRE EUROPÉEN D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES EN DROIT DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES

SECRETARIAT - BIBLIOTHEQUE

DU LUNDI AU VENDREDI
DE 8 H A 12 H 30
ET DE 13 H 20 A 16 H

Faute de pouvoir encore être disponible sur *Babord+* en raison de difficultés techniques en cours de résolution, la base documentaire du CERFAP sera bientôt disponible sur le site du CERFAP, dans un format pdf permettant une recherche par mots-clés.

DISTINCTION

Le 6 décembre 2012, le professeur Jean HAUSER a été reçu à l'Académie nationale des sciences, belles-lettres et arts de Bordeaux, comme membre résident, au fauteuil de Madame Arlette HIGONET-NADAL.

MISSIONS

Du 21 au 25 octobre 2012, le CERFAP a accueilli une délégation de l'Université Mohammed V Agdal (Rabat, Maroc) en la personne de M. le Doyen Lahcen Oulhaj, Mme le professeur Ilham Hamdai, M. le professeur Farid El Bacha et Mme Mina Bouaabid, juriste chargée de communication, dans le cadre de la signature d'une convention avec l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, et afin d'élaborer un partenariat scientifique en droit des personnes et de la famille

Le 7 décembre 2012, Jean Hauser et Marie Lamarche ont accompagné à Strasbourg les étudiants du master 2 Droit privé approfondi, dans le cadre d'un colloque sur *Dix ans d'application des lois du 4 mars 2002 relatives au nom de famille et à l'autorité parentale*

Du 14 au 16 mars 2013, Jean Hauser et Marie Lamarche ont été invités aux célébrations du centenaire du Dahir des obligations et contrats par la Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de l'Université Mohammed V Agdal, à Rabat (Maroc)

Les 8^e Journées des masters (4 et 5 avril 2013) ont été l'occasion de recevoir au CERFAP les professeurs Ilham Hamdai (Université Mohammed V Agdal, rabat, Maroc) et Montserrat Pereña Vicente (Université Roi Juan Carlos, Madrid, Espagne), ainsi que Walter Boente (Université de Lausanne, Suisse)

Le CERFAP a accueilli le professeur Malika Boulenouar (Ladren, Université d'Oran, Algérie) durant la semaine du 8 avril 2013

Au fil des années universitaires 2011-2012 et 2012-2013, le CERFAP a accueilli les professeurs Geneviève Schamps et Jean-Louis Renchon (Université catholique de Louvain, Belgique), Montserrat Pereña Vicente (Université Roi Juan Carlos de Madrid, Espagne)

RECHERCHE

PERSONNES VULNERABLES ET SANTE

Le CERFAP, en collaboration avec le CERDARE et le COMPTRASEC (Centre de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale), a obtenu un financement conséquent de la Région Aquitaine pour mener une recherche sur la thématique *Personnes vulnérables et santé* (convention n° 20121406008). Le budget alloué comprend, d'une part, une allocation pour une thèse, *Mineurs et secret*, réalisée par Claire Quennesson sous la direction d'Adeline Gouttenoire, et, d'autre part, le financement d'actions de recherche sur la thématique pendant trois ans.

Il a été décidé de consacrer la première année de la recherche au thème des soins contraints, en raison notamment des récentes évolutions législatives sur la question de l'hospitalisation sous contrainte. Cette recherche a pris la forme d'une étude approfondie de la jurisprudence judiciaire et administrative et d'une enquête au Tribunal de grande instance de Bordeaux sur les décisions (environ 500) rendues par les juges des libertés relativement aux hospitalisations sous contrainte. Ces recherches sont menées pour l'essentiel par Camille Pellicer, doctorante au CERFAP. Claire Quennesson a également contribué à la recherche sur la jurisprudence. Un colloque sur la thématique des soins contraints est prévu le 4 avril 2014 au Pôle juridique et judiciaire de Pey Berland.

RECEPTION (RECIPROQUE) DES INSTITUTIONS FAMILIALES EUROPE-MAGHREB LES EFFETS DE LA SEPARATION DES PARENTS POUR LES ENFANTS

Le présent projet s'inscrit dans la continuité d'une première étude du CERFAP sur *La réception par le droit français des institutions familiales algériennes*, en collaboration avec le LADREN (Université d'Oran, Algérie), qui portait particulièrement sur la réception par le droit français d'une institution familiale spécifique de droit musulman : la « kafala ». Après un premier séminaire de réflexion en juin

2008 réunissant tous les chercheurs associés au projet, les recherches avaient pu être véritablement construites et avaient donné lieu à un colloque qui s'est tenu à Bordeaux les 1^{er} et 2 octobre 2008, ainsi qu'à une publication à la revue *Droit de la famille*, n° spécial, janvier 2009.

Il est proposé d'étendre l'étude à d'autres partenaires :

- les pays du Maghreb : Maroc, Tunisie
- d'autres pays européens : Allemagne, Belgique, Espagne, Italie

Il est désormais envisagé d'étudier, dans le cadre de la thématique de la réception par un ordre juridique d'institutions familiales étrangères, la question particulière des **effets de la séparation des parents pour les enfants** :

- les aspects patrimoniaux (pension alimentaire ou institutions similaires),
- comme les aspects personnels (autorité parentale, résidence de l'enfant),
- et les liens qui peuvent exister entre ces aspects personnels et patrimoniaux.

Il est proposé de ne pas se cantonner à la réception par un ordre juridique européen des institutions familiales de droit musulman, mais d'effectuer plutôt un « regard croisé », permettant de s'interroger aussi sur la réception par les ordres juridiques maghrébins des droits européens (y compris les décisions de justice). C'est donc l'étude d'une réception réciproque du « droit des effets de la séparation des couples pour les enfants » qui est envisagée.

* **Dimension de droit international privé.** - La question de la réception, dans un ordre juridique donné, d'institutions étrangères est traditionnellement résolue par la mise en œuvre des mécanismes classiques de droit international privé : reconnaissance, exequatur, conflit de lois, conflits de juridictions, exception d'ordre public La recherche permettra ainsi de s'interroger sur l'adaptation de ces mécanismes à l'aspect particulier des effets du divorce pour les enfants, tant du point de vue des pays européens que de celui des pays du Maghreb.

** D'un point de vue théorique, le projet sera également l'occasion de mesurer l'influence des droits européens (droit de l'Union européenne et droit européen des droits de l'homme) sur cette question de la réception des institutions familiales étrangères. En effet, d'une part, on remarque que les droits européens conditionnent de plus en plus l'attitude des Etats membres à l'égard des jugements et situations juridiques émanant d'Etats tiers. D'autre part, à l'inverse, il sera intéressant de voir quel sort les pays du Maghreb réservent aux conceptions européennes du droit de la famille. La dimension de droit international se double donc d'une dimension de droit européen.

** D'un point de vue plus pratique, le projet permettra d'apporter des réponses au problème récurrent de l'enchevêtrement des sources normatives. On remarque en effet que les solutions sont souvent difficilement identifiables par les praticiens tant ces questions font l'objet de règles diverses (conventions bilatérales, conventions multilatérales, règles nationales, règles européennes...) difficilement hiérarchisables dans un contexte international.

* **Dimension pratique.** - Il convient de souligner l'importance pratique de cette recherche. On note un véritable besoin de réponses à des difficultés familiales que rencontrent tant les ressortissants européens que

maghrébins, notamment lorsque ce sont des couples « mixtes » qui se séparent. A ce titre, il convient d'envisager d'associer certaines institutions à notre projet, telles que : ambassades, consulats, Barreau, magistrature.

* **Dimension internationale** qui oblige à ne pas envisager la question d'un point de vue franco-français et qui ouvre vers une harmonisation des réponses tant maghrébines qu'euro-péennes.

MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTE

Le 21 octobre 2013, Madame Dominique Bertinotti, Ministre déléguée auprès de la Ministre des affaires sociales et de la santé, chargée de la famille, a installé quatre groupes de travail dont la mission est de faire des propositions en vue de la réforme de la famille prévue pour la fin du premier semestre 2014.

La présidence de l'un de ses groupes de travail portant sur *Protection de l'enfance et adoption* a été confiée à Adeline Gouttenoire. Ce groupe doit réfléchir aux moyens de stabiliser le parcours des enfants bénéficiant d'une mesure de protection de l'enfance, en particulier dans le cas où le retour dans leur famille d'origine n'est pas envisageable, ainsi qu'aux moyens de mieux faire correspondre le régime et les procédures de l'adoption à la réalité des demandes et des enfants adoptables (réflexion sur les conditions d'agrément, sur l'accompagnement des adoptants).

Le rapport sera prochainement disponible à la *Documentation française*.

Les autres groupes portent sur *Filiation, origines, parentalité* (sous la présidence d'Irène Théry), *De nouveaux droits pour les enfants* (sous la présidence de Jean-Pierre Rosenczweig), *Médiation familiale et contrats de co-parentalité* (sous la présidence de Marc Juston).

Avant mars 2014 sera présenté un projet de loi en conseil des ministres, pour une discussion devant le Parlement à la fin du premier semestre 2014.

DOCTORAT

PUBLICATION

Marie Cresp, *Le temps juridique en droit privé – Essai d'une théorie générale*, PUAM, 2013, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, préface Jean Hauser, 462 p.

PREMIERE INSCRIPTION

Katia Aribi, *La place de l'enfant mineur au sein de sa famille*, sous la direction d'Adeline Gouttenoire, 2012

Dambo Ba, *L'intérêt de l'enfant en droit de la famille sénégalais*, sous la direction d'Adeline Gouttenoire, 2013

Taciana Cahu Beltrão, *Les droits des enfants et de l'embryon dans le contexte des pratiques de la manipulation génétique*, sous la direction d'Adeline Gouttenoire, 2012

Kateryna Dolteska, *Comment le droit ukrainien pourrait-il s'inspirer du droit français pour développer le domaine de*

l'assurance responsabilité civile obligatoire ?, sous la direction de Laurent Bloch, 2013

Shivani Georgijevic, *Le droit à l'éducation des mineurs – Droits européens et africains des droits de l'homme*, sous la direction d'Adeline Gouttenoire, 2012

Annabelle Lauret, *Filiation et intérêt supérieur de l'enfant*, sous la direction d'Adeline Gouttenoire, 2013

Aïssata Nabaloum Dabo, *La protection juridique de la femme dans les codes de la famille des pays d'Afrique noire francophone : cas du Sénégal, du Burkina Faso et du Bénin*, thèse en cotutelle sous la direction de Noël A.

Gbaguidi (professeur à Ouagadougou, Burkina Faso) et Marie Lamarche

SOUTENANCE

Christophe Gris, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, sous la direction d'Adeline Gouttenoire

jeudi 19 décembre 2013, 10 heures, salle des thèses

jury : Adeline Gouttenoire, Marie Lamarche, Virginie Larribau-Terneyre (Université de Pau et des pays de l'Adour) et Pierre Murat (Université Pierre-Mendès-France, Grenoble)



INSTITUT DU DROIT DE LA SANTÉ

LOI N°2002-303 DU 4 MARS 2002 RELATIVE AUX DROITS DES MALADES ET A LA QUALITE DU SYSTEME DE SANTE

Dix ans d'application de la loi Kouchner - Organisée le 9 mars 2012 par l'IDS, et soutenue par la Faculté de droit et science politique et l'Ecole doctorale de droit de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, le CERDARE (Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'Etat), l'Institut des assurances de Bordeaux, le CERFAP, le Barreau de Bordeaux, la MACSF et Les études hospitalières, cette journée visait à faire le point des dix premières années d'application de la loi Kouchner, sur les échecs et les réussites de ce nouveau dispositif d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Mais, au-delà d'un simple bilan, cette manifestation a été l'occasion de se projeter dans les nécessaires réformes.

Revue générale de droit médical, n° spéc. 2013, 133 p., dir. Laurent Bloch

La démocratie sanitaire : mythe ou réalité ? - Soutenue par la faculté de droit et science politique de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, cette journée était portée par le CERDARE et l'IDS. Bien plus qu'un simple inventaire, elle fut l'occasion d'une réflexion sur la pertinence et la réalité de la démocratie sanitaire dans la pratique : dans quelle mesure l'existence d'un corpus juridique destiné à agir sur les comportements des acteurs de la santé et à leur imposer le respect de principes peut-il compenser le déficit de la culture démocratique ? Cette manifestation a conduit également à une analyse de la qualité de la norme elle-même : comment parler de démocratie quand la norme est complexe, illisible, inaccessible ?

Travaux à paraître chez LEH

SANTE ET CONCURRENCE : VERS UNE NOUVELLE CONCEPTION MARCHANDE DE LA SANTE ?

Colloque organisé par l'Association des étudiants en droit de la santé (AÉDS), avec le soutien de la Faculté de droit et science politique, des Etudes hospitalières, de GbnaPolycliniques et de l'Etablissement français du sang, en partenariat avec le CERFAP et le CERDARE, 12 avril 2013, Pôle juridique et judiciaire, amphi Duguit.

Laurent Bloch, co-directeur de l'IDS, a présidé la table-ronde sur *L'inoculation de la concurrence à la santé*

FETE DE LA SCIENCE 2013 TESTEZ VOTRE CERVEAU !

Avec la nouvelle loi de bioéthique, l'imagerie cérébrale peut servir à des fins d'expertises judiciaires. Ces techniques peuvent-elles détecter les mensonges, établir la culpabilité ou déceler la dangerosité ? Sont-elles suffisamment fiables au regard de l'impact qu'elles peuvent avoir sur l'issue d'un procès ?

Mini-conférence - Café des sciences, Cap Sciences à Bordeaux, 12 octobre 2013, avec Laurent Bloch, Dominique Liguoro (neurochirurgien CHU de Bordeaux) et Jan-Pieter Kongsman (neurobiologiste, CNRS)

VIN, DROIT & SANTE

L'ambition et l'originalité de cette manifestation reposent sur une approche à la fois comparatiste et pluridisciplinaire, associant des spécialistes, médecins et juristes, réunis autour de deux passions communes : le vin et la santé ! Les Etudes hospitalières et l'IDS se sont associés pour construire cette journée, avec le master 2 Droit de la vigne et du vin de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, et avec le soutien du Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux

1^{er} millésime - 5 octobre 2012, PJJ, amphi Duguit
Vin, droit & santé - Premier millésime, Première édition, Bordeaux, LEH, 2013, 80 p., 20 €, ISBN 9782848744636

Les effets de la loi Évin, Jean-Marc Bahans, directeur du master 2 Droit de la Vigne et du Vin, professeur associé à l'Université Bordeaux IV

Les méfaits de la loi Évin, Éric Agostini, agrégé des facultés de droit – IEP, avocat à la cour de Bordeaux

Territoires et identité de la bioéthique, Christian Byk, président du groupe de travail « Éthique des sciences » à la commission nationale française pour l'UNESCO et secrétaire général de l'association internationale Droit, Éthique et Science

Les sarmets d'Hippocrate, François Vialla, professeur de droit, directeur du CEERDS, directeur de la rédaction de la Revue Droit & Santé

Histoire des relations entre vin et mémoire : 15 ans déjà, Jean-Marc Orgogozo, professeur des universités, praticien hospitalier, CHU Pellegrin Bordeaux, responsable du pôle de Neurosciences cliniques

Le French Paradox : 20 ans après, avancées scientifiques et évolution de l'image du vin, Pierre-Louis Teissedre, professeur, université Bordeaux Segalen, faculté d'œnologie, unité de recherche Œnologie, EA 4577, USC1366, INRA, IPB, Institut des sciences de la vigne et du vin

2^e millésime - 4 octobre 2013, PJJ, amphi Duguit

Vins biologiques et signes distinctifs, Jean-Marc Bahans, Directeur du master 2 Droit de la Vigne et du Vin,

professeur associé à l'université Bordeaux IV
Méfais et retrait de la loi Evin, Eric Agostini, Agrégé des facultés de droit – IEP, avocat à la cour de Bordeaux

Vin et santé : différentes problématiques liées à l'étiquetage, Position et marge de manœuvre d'une organisation internationale, Tatiana Svinartchuk, Chef d'unité économie et droit, OIV

Droit pénal et vin : histoire d'une dualité. Le vin, un bien précieux ; le vin, un bien dangereux, Céline Mangematin, Maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Le vin comme facteur de santé économique, Florine Livat, Professeur à KEDGE Business School, Jean-Marc Figueat et Jean-Marie Cardebat, Professeurs à l'Université Montesquieu Bordeaux IV



INSTITUT DES MINEURS

4^E CONFERENCE DE L'ODPE « NOUVEAUX COMPORTEMENTS SOCIAUX, NOUVELLES CONDUITES A RISQUES : UNE PROTECTION DE L'ENFANCE EN QUESTION ? »

A Cenon, le vendredi 14 décembre 2012, Adeline Gouttenoire a présenté le rapport annuel de l'Observatoire départemental de la protection de l'enfance de la Gironde, dont elle est présidente. La matinée de cette manifestation était aussi consacrée à l'activité du Bureau « Enfance en danger », ainsi qu'aux articulations entre l'ODPE et l'ONED (Observatoire national de l'enfance en danger). L'après-midi, se sont succédé deux interventions : *Une anthropologie des conduites à risques*, par David Le Breton, professeur de sociologie (Strasbourg), et *Les adolescents d'aujourd'hui sont-ils des mutants ?*, par Patrice Huerre, psychiatre des hôpitaux.

RENCONTRES MEDICO-JURIDICO-SOCIALES AUTOUR DE L'ENFANT

Les Rencontres Médico-Juridico-Sociales autour de l'enfant sont organisées chaque année par l'Institut des mineurs, en partenariat avec le CERFAP, avec le soutien du Conseil général de la Gironde et de l'Association Docteurs Bru ; elles ont désormais lieu en septembre.

Les relations avec les parents de l'enfant pris en charge – Les rencontres du 7 septembre 2012 ont porté sur les relations avec les parents de l'enfant pris en charge, abordant ainsi une question souvent complexe pour les différentes personnes intervenant auprès de l'enfant et de sa famille.

La maltraitance passive – En 2013 (13 septembre), les RMJS ont connu un succès encore inégalé puisque plus de 1000 personnes ont assisté à la manifestation, qui a été délocalisée dans l'amphithéâtre Aula Magna. Ce succès témoigne de l'intérêt des acteurs girondins de la protection de l'enfance pour la formation en cette matière. En outre, le thème choisi : la maltraitance passive, a sans doute

contribué à l'intérêt des professionnels de tous horizons (éducatif, médical, social) pour cette journée. Cette question est en effet commune à toutes les personnes qui travaillent avec des enfants et suscitent de nombreuses interrogations et inquiétudes. La maltraitance passive est en effet plus difficile (et aussi plus longue) à caractériser que la maltraitance active, et suscite des réponses plus complexes. Les professionnels : médecins, psychologues, travailleurs sociaux, magistrat, mais aussi les universitaires, qui sont intervenus sur ce thème ont tenté de dessiner les contours de cette maltraitance passive en insistant sur ses conséquences désastreuses sur les enfants, en particulier lorsqu'elle dure plusieurs années. Des réponses à ce comportement parental négatif ont également été proposées.

Dans la suite logique de cette réflexion, la question du délaissement de l'enfant a été abordée. Elle fait l'objet dans le département d'une attention particulière, tendant à faciliter la prise en compte des situations d'enfants placés dont on peut penser qu'ils ne retourneront pas dans leur famille et pour lesquels un projet d'établissement de nouveaux liens doit être engagé dans les meilleurs délais. C'est la mission confiée à la nouvelle cellule de veille de prévention du délaissement parental qui a été présentée au cours des dernières RMJS.

DIPLOME UNIVERSITAIRE PROTECTION DE L'ENFANCE

Le DU protection de l'enfance va accueillir à compter de ce 25 octobre 2013 sa troisième promotion d'étudiants. Le succès de cette formation ne se dément pas puisque les inscriptions qui sont au nombre de 34 ont augmenté encore cette année.

Le bilan de l'année précédent s'avère très positif, tant du côté des étudiants (qui ont tous obtenu leur diplôme), que des enseignants qui apprécient la richesse des échanges avec les étudiants. Tous soulignent notamment l'intérêt du mélange entre étudiants de formation initiale et de formation continue.