

REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN



HÔTEL DE VILLE



LIBERTÉ ÉGALITÉ FRATERNITÉ

**Numéro 34
2024-1**



Le 11 juillet 1984, le Bureau Municipal de la Ville de Saint-Pierre a adopté le présent règlement. Le 11 juillet 1984, le Bureau Municipal de la Ville de Saint-Pierre a adopté le présent règlement. Le 11 juillet 1984, le Bureau Municipal de la Ville de Saint-Pierre a adopté le présent règlement.

La Revue

I. RÉDACTION

- Olivier DUPÉRÉ, Maître de conférences en droit public à l'Université de la Réunion (direction générale) ;
- Loïc PEYEN, Maître de conférences en droit public à l'Université Toulouse I Capitole (responsable des chroniques de jurisprudence administrative française de l'Océan Indien) ;
- Randianina RADILOFE, Docteur en Droit (responsable des chroniques de droit public malgache).

II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

– Règles de forme à respecter pour chaque proposition de contribution

Toutes les propositions de contributions doivent être adressées sous forme de document Word (ou équivalent), en respectant les seules conditions suivantes (destinées à faciliter la mise en forme en vue de la publication) :

- espacement : 0 pt ; 0 pt ; Interligne simple ;
- un saut de ligne unique entre chaque élément du corps de texte (paragraphe, titre) / aucun saut de ligne entre les notes de bas de page ;
- corps de texte : Times New Roman 14 / note de bas de page : Times New Roman 12 / le tout doit être justifié ;
- les titres (formats : I. blabla ; A. blabla ; 1. blabla ; a. blabla,...) doivent figurer en gras, avec un retrait égal à 1,25 centimètre.
- chaque proposition doit comporter la mention des prénoms, noms ainsi que des titres et/ou fonctions de l'auteur

Les références bibliographiques doivent être formatées en reproduisant le format, ou en cas d'impossibilité en s'inspirant du format des exemples suivants :

- CJUE, 22 septembre 1992, *Petit*, aff. C-153/91, *Rec.* p. I-4879, points 10 à 13.
- Trib. (UE), 10 décembre 2002, *Dr. Karl Thomae GmbH c/ Commission*, aff. T-123/00, *Rec.* p. II-5193, point 4.
- CEDH, Gr. ch., 6 octobre 1979, *Kibali c/ France*, req. n° 11/50689.
- Civ. 1^{re}, 7 avril 1998, *RCDIP* 1998, n° 644, note D. ANNOUSSAMY ; *D.* 1998, n°287, note B. AUDIT.
- Ass. Plén., 30 janvier 2001, pourvoi n°00-13277, *Bull.* n° 19.
- CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, req. n°146028.
- CAA Bordeaux, 30 janvier 2001, *M. Planchenault*, req. n°07BX1234.
- TA Saint-Denis, 3 janvier 1998, *M. Hoareau*, req. n°1234567.
- Affaire du *Timor Oriental* (Portugal c/ Australie), arrêt, C.I.J., *Rec.* 1995, p. 90.
- J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne. Carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002.
- Y. PETIT, « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *RTDE* 2006, n° 4, p. 593.
- R. MEHDI, « Les retombées de la Communauté de droit dans les Etats de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 377.

En raison du format désormais exclusivement électronique de la revue, les auteurs peuvent tout à fait insérer des liens hypertexte, **en note de bas de page exclusivement** et en respectant le modèle suivant : « URL : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Hyperlien> – dernière consultation le 9 juillet 2020) ».

– Tribunes, Articles, Actes, Recensions bibliographiques

Les propositions de contributions doivent être adressées à l'adresse électronique suivante : olivier.dupere@univ-reunion.fr

Les Tribunes sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*. Elles ne doivent pas excéder deux pages.

Les propositions d'Articles reçues, seront soumises à l'examen d'un Comité de lecture de deux membres, choisis par le Directeur de la *Revue* en raison de leur expérience dans le domaine concerné. Les avis de ceux-ci devront être favorables sans réserve, pour que la proposition soit acceptée pour publication. Aucune limite n'est fixée *a priori* quant au nombre de pages ou de caractères, mais le Comité de lecture et le Directeur se réservent, à ce propos, le droit d'exiger toute modification qu'ils jugeraient raisonnable.

Les Actes sont publiés sous la responsabilité scientifique des organisateurs de la manifestation dont ils ont vocation à présenter les résultats, avec l'accord du Directeur de la *Revue*.

Les Recensions bibliographiques sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*.

NB 1 – En sus des règles de forme générales, les propositions d'Articles devront comporter un résumé en français, un résumé en anglais, ainsi que l'indication des mots-clés les plus pertinents selon l'auteur.

NB 2 – Les responsables scientifiques d'Actes, dans la mesure où ces exigences complémentaires de forme seraient remplies d'un point de vue global, pourront décider de dispenser de leur respect les auteurs intervenus dans le cadre de la manifestation qu'ils ont organisé.

– Chroniques de jurisprudence

Les équipes de chroniqueurs sont constituées par les responsables de chaque chronique.

Les rejoindre suppose l'invitation ou l'acceptation d'une proposition par ces derniers, qu'il est possible de contacter aux adresses électroniques suivantes : loic.peyen@ut-capitole.fr; romain.loir@univ-reunion.fr; randiradilofe@yahoo.fr

III. PUBLICATIONS

Les opinions exprimées dans la *Revue juridique de l'Océan Indien* n'engagent que leurs auteurs, et aucunement les responsables de cette dernière.

Toute copie, reproduction ou utilisation de la *Revue juridique de l'Océan* doit être effectuée dans le strict respect du Code de la propriété intellectuelle.

Tables des matières du numéro 34

I – Articles

Le droit de la responsabilité civile à Maurice – Les évolutions liées à l’arrêt de la Cour suprême *A.R. Mir & Ors vs IBL Ltd & Ors* (2023 SCJ 195).....7

Goran GEORJIGEVIC

Les enjeux de la clause de dédit-formation pour les parties au contrat de travail à Madagascar.....23

Ny Rantotiana Liantsoa RANDRIAMORA

II – Actes

Journée d’études organisée par le Centre de Recherche Juridique de l’Université de La Réunion, le 12 mai 2023

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe – Quels impacts juridiques, dix ans après son entrée en vigueur ?

Présentation de la journée d’études.....59

Céline KUHN et Cathy POMART

Mariage pour tous : de l’ouverture de l’adoption aux revendications relatives à la procréation.....61

Éléonore CADOU

La parenté et la loi « Mariage pour tous » Réflexions sur l’établissement de la filiation.....79

Céline KUHN

Un second souffle pour le changement de sexe ?.....**95**

Sophie PARICARD

Sexe, état civil et immutabilité de l'état des personnes.....**107**

Cathy POMART

Le droit au mariage, un nouveau droit de l'Homme ?
Éléments de réponse d'un constitutionnaliste.....**123**

Rémi BARRUÉ-BELOU

Le regard de la Cour de justice de l'Union européenne
sur le droit au mariage pour tous.....**135**

Laura DRUMEL

Rapport de synthèse.....**153**

Pascal PUIG

Articles

DROIT DES OBLIGATIONS

Le droit de la responsabilité civile à Maurice Les évolutions liées à l'arrêt de la Cour suprême *A.R. Mir & Ors vs IBL Ltd & Ors* (2023 SCJ 195)

Goran GEORGIJEVIC

Senior Lecturer

Université de Maurice (Département de Droit, Faculté de Droit et Gestion)

Résumé :

L'arrêt de la Cour suprême de Maurice *A. R. Mir & Ors vs IBL Ltd & Ors* 2023 SCJ 195 nous offre plusieurs enseignements. Tout d'abord, il s'inscrit dans un courant jurisprudentiel bien établi qui définit la faute délictuelle à Maurice *in abstracto*, comme un comportement contraire à ce qu'une personne moyenne, prudente et raisonnable aurait fait dans les mêmes circonstances. Ensuite, l'arrêt reprend implicitement les trois critères cumulatifs pour écarter la responsabilité délictuelle du commettant pour la faute qu'aurait commise son préposé, posés dans le jugement de la Cour suprême de Maurice *Dookhy M. & ORS vs SBM* 2007 SCJ 1, esquissant les contours de la notion d'abus de fonctions par le préposé. Enfin, l'obligation du juge mauricien, rappelée par le *Privy Council*, de préciser chaque chef de préjudice pour lequel une somme est allouée à la victime n'a pas été respectée dans le jugement analysé.

Mots-clés

Responsabilité civile délictuelle – Faute – Commettant – Préposé – Préjudice moral

Abstract :

The judgment of the Supreme Court of Mauritius *A. R. Mir & Ors vs IBL Ltd & Ors* 2023 SCJ 195 contains few important messages. First of all, it forms part of the well-established case law according to which a civil fault is defined in *abstracto*, i. e. defined as a behavior not in conformity with what might be expected

from an average, careful and reasonable person in the same circumstances. Second of all, the analyzed judgement confirms implicitly the conditions for civil non-liability of the principal for the torts committed by his agent, those conditions having been clearly set out in the case of *Dookhy M. & ORS vs SBM* 2007 SCJ 1 dealt with by the Supreme Court of Mauritius. Third of all, the obligation to specify the amount granted for each type of harm suffered by the victim, imposed upon the Supreme Court of Mauritius by the Privy Council, has not been respected

Keywords :

Liability – Civil Tort – Mauritius – Fault – Principal – Agent – Moral Injury

Introduction

Le 31 janvier 2005, un employé d'une agence de sécurité, aidé de deux complices, a cruellement assassiné un client de cette même agence, en le ligotant, battant et brûlant vif, tout cela dans le but de voler ses cartes de crédit et des liquidités.

La Cour suprême de Maurice considère que le contrat conclu entre l'agence de sécurité et la défunte victime directe était un contrat générant pour celle-là une obligation d'assurer la sécurité des biens du client et non celle d'assurer la sécurité de sa personne : *“Moreover, a close scrutiny of the said contract shows that the object was primarily in relation to securing the property rather than the safety of any persons. Clause 5.11 of the contract reads as follows: “the sole function of the security services and security personnel provided by the company is to minimise the risk of loss or damage by fire, theft, burglary, vandalism, riot or civil commotion”*¹. C'est pourquoi, en toute logique, dans leur argumentation, les demandeurs en justice fondent leur demande sur les articles 1382 et 1384 du Code civil relatifs à la responsabilité délictuelle, aucun contrat pour assurer la sécurité de la personne n'ayant été conclu entre la victime directe et l'agence de sécurité.

Par ailleurs, dans l'arrêt analysé, la question de la faute délictuelle d'une société commerciale participant à la gestion de l'agence de sécurité a été soulevée. Il fut affirmé que celle-là, qui assurait la gestion de celle-ci, avait mal effectué ladite gestion et, ce faisant, ne s'était pas comportée comme elle aurait dû dans les circonstances données.

La Cour suprême débute son raisonnement en rappelant la définition de la faute donnée par Planiol, mais sans rappeler l'ouvrage dans lequel figure celle-ci : *« la faute est un manquement à une obligation préexistante »*. Elle rappelle aussi la définition proposée par Mazeaud : *« en droit français la faute délictuelle a des contours très précis ; notion subjective, elle se caractérise par la volonté de causer le dommage »* ; *« La faute quasi délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances ‘externes’ que l'auteur du dommage »*².

¹ Il convient de remarquer que les contrats de prestation de services de sécurité des biens sont répandus à Maurice. Ces services étant appelés *fast response services* et sont proposés par des agences de sécurité telles que Brinks, Caudan Sécurité, etc. à des individus et entreprises à Maurice.

² La Cour suprême de Maurice décrit l'ouvrage duquel cet extrait a été repris comme suit : *« Mazeaud in Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile, Tome Premier, 5^{ème} édition »*.

La Cour affirme ensuite, en s'appuyant sur le raisonnement de Starck, que la faute délictuelle commise par la direction d'une société commerciale peut être imputée à sa société commerciale : « *Les directeurs, les membres des assemblées etc sont les 'organes' de la personne morale, ils 'incarnent' en quelque sorte la société, l'association etc. La faute de l' 'organe' s'identifie, donc, avec la faute de la personne morale elle-même. Celle-ci pourra être condamnée à réparer en vertu de l'article 1382, comme ayant commis une faute personnelle* »³.

Dans l'affaire analysée, la Cour cite également l'arrêt *Pigneguy and Anor v. Yemen Ltd* de 1943 rendu par le *Privy Council*, dans lequel il a été rappelé que la faute délictuelle à Maurice devait être définie en se tournant vers le droit français : “*It was common ground in argument before their Lordships that the principles upon which liability depended were to be found in the French Civil Code, sections 1382 to 1384*”⁴.

La faute est ainsi définie à Maurice comme ce qu'une personne raisonnable et prudente n'aurait pas fait dans les mêmes circonstances⁵.

Selon la Cour suprême de Maurice, les demandeurs en justice n'ont pas réussi à prouver la faute délictuelle de la société commerciale participant à la gestion de l'agence de sécurité ayant employé le meurtrier⁶. En d'autres termes, elle considère qu'il n'a pas été prouvé que cette société commerciale, qui assurait la gestion de l'agence de sécurité, ne s'était pas comportée comme elle aurait dû dans les circonstances données.

Se posait ensuite à la Cour la question de la responsabilité délictuelle de l'agence de sécurité en tant que commettant, pour la faute de son employé-meurtrier en tant que préposé. La Cour suprême cite à l'appui de son raisonnement son arrêt *Bigara and Ors v. Nouvelle Societe of Huiliere & Ors* de 1931⁷. En puisant dans cette décision, la Cour parvient à la conclusion que le commettant de l'employé-meurtrier dans la présente affaire n'a pas commis de faute d'insuffisante vérification de l'employé avant son emploi, ni une faute consistant dans un manque de surveillance. Selon la Cour, les demandeurs en justice n'ont pas réussi à prouver une telle faute.

³ La Cour suprême de Maurice décrit l'ouvrage duquel cet extrait a été repris comme suit : « *Starck, Droit Civil, Obligations (1972)* ».

⁴ 1943 MR 104.

⁵ A “*duty to act as a reasonably prudent man would in the circumstances, and this is best judged by those who are familiar with the local conditions*”.

⁶ “*As rightly pointed out by learned senior counsel for defendant no.1 none of these particulars have been substantiated by the evidence on record*” [...] “*For the reasons given above the plaintiffs have failed to prove faute against defendant no.1*”.

⁷ 1931 MR 76.

La Cour suprême de Maurice avance aussi l'argument suivant lequel le commettant ne peut être tenu responsable, car le préposé a agi en dehors de ses fonctions. Elle cite son arrêt *Maurice Grizzel v. La Société de Roches Brunes and anor* de 1956, et notamment le paragraphe suivant : « *Mais quand peut-on dire qu'un préposé est ou n'est pas dans l'exercice des fonctions auxquelles il est employé ? Sur ce point les auteurs ne sauraient poser de règle ni formuler des présomptions dont le législateur ne parle pas. Il s'agit d'une pure question de fait ; elle est donc abandonnée à l'appréciation des juges du fond* »⁸.

La Cour rappelle que dans certains arrêts français, plutôt anciens, le commettant a été tenu responsable au plan délictuel pour le préjudice causé par son préposé abusant de ses fonctions : “*In No. 270 of Encyclopédie Dalloz, supra, several cases are quoted in which the courts have held the employer to be liable for an abusive exercise by his employee of the duties of his employment*”. Néanmoins, elle refuse sagement de s'y référer : “*It will serve no useful to quote them as the facts in none of them are the same as those in the present case*”.

Dans l'affaire analysée, la Cour suprême de Maurice a déclaré le commettant (l'agence de sécurité) civilement irresponsable pour la faute commise par son employé-gardien, eu égard à l'abus de fonctions commis par ce dernier. Elle a justifié sa position à cet égard en se référant à un arrêt de la Cour de cassation dont la référence n'est pas donnée : « *En cas de vol commis par le gardien de l'occupant d'une villa dépendant de ce domaine et réquisitionnée à son profit, c'est à bon droit que le juge du fond écarte la responsabilité du propriétaire du domaine en sa qualité de commettant du gardien, aux motifs que c'est à l'aide d'un fait étranger à l'accomplissement de ses devoirs de gardien que celui-ci a commis l'acte dommageable qui revêt un caractère personnel et entièrement indépendant de sa fonction de gardien qui ne l'autorisait pas à pénétrer dans la villa réquisitionnée* Gaz.Pal. 1954.2.232 ».

La question de la réparation du préjudice par ricochet de la mère de la défunte victime a aussi été discutée devant la Cour suprême, qui a facilement constaté la souffrance psychologique aiguë de celle-ci : “*Mr Mir's late mother became a recluse as a result of the murder and blamed plaintiff no.1 for sending Mr Mir to Mauritius to his untimely death. The grief and depth of loss, which has been fully placed on record, is an important factor to be borne in mind*”.

La question de la souffrance physique de la victime directe s'est aussi posée dans la présente affaire : “*There is also a claim for the pain and suffering endured by Mr Mir at the hands of defendant no.4 prior to his death*”.

La Cour suprême de Maurice constate que l'évaluation du montant de la réparation du préjudice moral ne va pas sans difficultés : « *Certes, quand on pose*

⁸ 1956 MR 215.

le problème d'une manière brutale, quand on demande, par exemple 'combien vaut la douleur causée à un père par la mort de son fils?' on est tenté de répondre 'cela ne se mesure pas' ; mais alors on est toujours aveuglé par la même erreur; quand on répond 'cela ne se mesure pas' on veut simplement dire que l'argent ne peut pas effacer une pareille douleur ; or, là n'est pas la question. Il est certain que les souffrances morales sont plus ou moins graves. Si, dès lors, on admet qu'une somme d'argent peut procurer des satisfactions d'ordre moral susceptibles dans une certaine mesure de remplacer dans le patrimoine moral la valeur qui en a disparu, il est certain que les juges devront allouer des sommes plus ou moins importantes selon les circonstances ». La Cour rappelle qu'un argument similaire a été avancé dans l'arrêt *Gokhool SD v. Groupement Francais d'Assurances* de 2009⁹ : “*In Gokhool SD v. Groupement Francais d'Assurances [2009 SCJ 412] Domah J encapsulated the issue as follows: 'The ground norm is what justice should be given to such family to fill the blank created, get themselves on their feet and enable them to achieve their balance so that they may go on with their lives'.*”. Finalement, la Cour a esquissé une ébauche de critère pour l'évaluation du montant des dommages et intérêts censés compenser un préjudice moral : “*In Patel & Ors v. Beenessreesingh and Sicom Ltd [2012 UKPC 18] the Judicial Committee of the Privy Council held, '25. In the nature of things moral damage is incapable of precise assessment and there is inevitably a large subjective element in the process. But where a consistent pattern can be discerned in past awards of moral damage by the courts of Mauritius, the award should broadly follow that pattern, subject to adjustments reflecting (i) relevant differences in the facts, and (ii) any decline in the value of money since the earlier decisions'.*”.

En se basant sur les circonstances concrètes de l'affaire, la Cour suprême a accordé une réparation de 3.000.000 roupies à la mère de la victime décédée¹⁰.

L'arrêt analysé comporte une confirmation, et une évolution jurisprudentielle qui ne manque pas d'interroger. En ce qui concerne la faute délictuelle du préposé tout d'abord, son appréciation se fait certes suivant l'approche *in abstracto* classique en droit mauricien, mais la Cour profite de l'espèce pour réaffirmer implicitement les conditions d'irresponsabilité du commettant pour cette faute (I). En ce qui concerne la réparation des préjudices moraux ensuite, la Cour préfère une approche globale de ces préjudices (en lieu et place du raisonnement chef par chef pourtant exigée en droit mauricien), ce qui

⁹ 2009 SCJ 412.

¹⁰ “*In the present case I consider that a total award of Rs 3 million rupees as moral damages to plaintiff no.1 and no.2 following the murder of a loved one who was in the prime of life is just and reasonable*”; “*Defendant no.4 is ordered to pay Rs 3 million in damages to plaintiff no.1 and no.2, with the latters' costs*”.

pourrait traduire sa volonté de contourner les difficultés persistantes que pose l'évaluation quantitative des préjudices de ce type (II).

I. La faute délictuelle du préposé : une réaffirmation jurisprudentielle

Tout en confirmant explicitement l'appréciation *in abstracto* classique en droit mauricien s'agissant de la notion de faute délictuelle (A), l'arrêt analysé confirme implicitement les conditions d'irresponsabilité du commettant pour la faute délictuelle de son préposé (B).

A. La confirmation explicite d'une appréciation *in abstracto* de la faute délictuelle

L'arrêt de la Cour suprême de Maurice *A. R. Mir & Ors v. IBL Ltd & Ors* consacre une appréciation *in abstracto* de la faute délictuelle à Maurice¹¹, inspirée du droit civil français, qui y exerce une *persuasive authority*¹². Certes, il existera

¹¹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 2020, 14^{ème} édition, p. 238, § 241 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations 2021*, Dalloz, 2020, 13^{ème} édition, p.365, § 798.

¹² Le droit civil mauricien fait partie de ce groupe de régimes juridiques connus sous le nom de « droit mixte » ou « droit hybride » où se côtoient le droit civil et la *Common Law* <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php> (consulté le 9 juin 2022). Une partie des lois mauriciennes est rédigée en français et d'inspiration française, alors que l'autre est en anglais et d'inspiration anglo-saxonne. L'histoire de la République de Maurice, et notamment l'Acte de capitulation de 1810, signé entre le Royaume-Uni et la France, explique pourquoi le droit civil mauricien s'inspire, même de nos jours, du droit français (Law Reform Commission, *Background Paper, Reform of Codes*, octobre 2010, <https://lrc.govmu.org/lrc/?p=2479> (consulté le 1 juin 2023) ; P.-R. DOMINGUE, "The Historical Development of the Mixed Legal System of Mauritius during the French and British Colonial Periods", *Research Journal, Law, Management and Social Sciences*, University of Mauritius, 2002, Volume 4, p. 62 ; E. AGOSTINI, « Heurs et malheurs du mariage religieux à l'île Maurice », *Etudes offertes à Pierre Jobert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 21-22 ; L.-E.VENCHARD, « L'application du droit mixte à l'île Maurice », *Mauritius Law Review*, n° 4/1982, p. 31). Ainsi, l'article 8 de l'Acte de capitulation de 1810 prévoyait que la population de l'île conserverait sa religion, ses lois et ses coutumes (E. AGOSTINI, « Odogovornost za štetu od opasne stvari-primena francuskog prava na Mauricijusu », *Anali Pravnog Fakulteta u Beogradu*, n° 1-2/2004, p. 116-117). Le Code civil mauricien est rédigé en français, et de nombreux articles du Code civil mauricien sont, peu ou prou, identiques aux articles correspondants du Code civil français. Néanmoins, il n'est pas possible de nier l'autonomie du droit civil mauricien par rapport à son homologue français. D'une part, certains articles du Code civil mauricien sont étrangers au Code civil français ou sont différents de leurs pendants français. D'autre part, le Juge mauricien a la possibilité de consulter et citer des décisions appropriées de la Cour de cassation française afin de rendre son raisonnement le plus convaincant possible. Cependant, rien dans le système juridique mauricien ne l'oblige à

une faute délictuelle à Maurice lorsque, comme le souligne justement la Cour suprême dans l'arrêt analysé, une obligation énoncée dans une loi n'a pas été respectée. Celui qui excède la vitesse prescrite à la section 124 du *Road Traffic Act*¹³, par exemple, commet non seulement une faute pénale mais aussi une faute civile délictuelle. Ou encore, celui qui tue intentionnellement une personne et lui cause ainsi un préjudice corporel, commet une faute civile délictuelle en raison d'une violation de l'article 216 du Code pénal mauricien traitant de l'homicide volontaire (*murder*)¹⁴. Néanmoins, le droit civil mauricien n'exige pas la recherche de la violation d'une disposition de loi spécifique pour constater l'existence d'une faute civile délictuelle. Elle y est définie comme une erreur ou défaillance de conduite. Commet une faute délictuelle à Maurice celui qui ne s'est pas comporté comme il aurait dû le faire.

Pour apprécier si une personne a eu le comportement approprié, le droit civil mauricien a préféré l'appréciation de la faute délictuelle *in abstracto* à celle faite *in concreto*. L'appréciation *in concreto* de la faute délictuelle, où l'on prend en considération des caractéristiques purement personnelles de l'auteur du préjudice ainsi que son comportement dans la vie de tous les jours, conduirait à une exonération trop facile de ce dernier. Ainsi, aucune faute ne pourrait être reprochée à l'auteur d'un préjudice qui se serait comporté exactement de la même façon dont il se comporte dans sa vie de tous les jours, tout en sachant qu'il a l'habitude de s'y montrer désinvolte. En d'autres termes, ne pourrait commettre de faute délictuelle une personne imprudente et négligente dans ses propres affaires dans la vie de tous les jours¹⁵. En outre, si l'appréciation *in concreto* était consacrée en droit mauricien de la responsabilité délictuelle, les handicaps personnels de l'auteur du préjudice tels que le fait de mal voir, de ne pas distinguer les couleurs, d'être doté d'une intelligence inférieure à la moyenne, seraient pris en compte afin de l'exonérer de sa responsabilité délictuelle. C'est pourquoi le droit mauricien de la responsabilité délictuelle a adopté l'appréciation *in abstracto* de la faute délictuelle. L'arrêt analysé s'ajoute à une jurisprudence solidement

procéder ainsi. Les décisions de la Cour de cassation française ne seront citées dans les décisions mauriciennes que si le Juge mauricien les considère adaptées au contexte. Les décisions de la Cour de cassation française représentent à Maurice une *persuasive* et non une *binding authority* (v. par exemple : *Mangroo vs Dahal*, 1937, MR, 43 ; E. AGOSTINI, « Responsabilité du fait des choses – L'île Maurice est encore l'île de France », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 6. – v. aussi les jugements de la Cour suprême de Maurice *Jugessur Mrs Shati & ORS v. Bestel Joseph Christian Yann & Anor* 2007 SCJ 106 et *Naikoo v. Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 66 1972 comparés aux arrêts français Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 n° 68–10276 et Cass. crim. 17 March 1970 n° 69–91040.).

¹³ Act 22/1962.

¹⁴ Act 6/1838.

¹⁵ Notons aussi qu'une appréciation *in concreto* de la faute délictuelle à Maurice conduirait à une discrimination injustifiée entre les personnes prudentes dans leur vie de tous les jours et celles qui ne le sont pas, comme seules les premières seraient susceptibles de commettre une faute délictuelle en raison d'un comportement concret imprudent et négligent.

établie¹⁶. Ce type d'appréciation oblige le juge ou magistrat mauricien à comparer le comportement de l'auteur du préjudice avec le comportement d'une personne abstraite et moyenne, dite normalement prudente et avisée. Commet la faute délictuelle l'auteur du préjudice qui ne s'est pas comporté de la façon dont se serait comportée une personne moyenne, prudente et raisonnable. Dans l'arrêt de la Cour suprême *Neron Publications Co Ltd v. La Sentinelle Ltd & Ors* de 2020¹⁷ la Cour suprême de Maurice s'était penchée sur les circonstances de la publication d'un article de presse et n'était pas en mesure de constater quoi que ce soit, dans l'action du journal poursuivi en justice, de contraire à ce qu'un éditeur prudent et raisonnable aurait fait. Aucune faute délictuelle n'a pu être détectée par la Cour. Dans l'arrêt de la Cour intermédiaire de Maurice *D. Hurnam v. D. K. Dabee* de 2010¹⁸ la Cour écarte l'existence d'une faute délictuelle, comme l'envoi des jugements et documents par un citoyen intéressé à diverses institutions publics, qui n'a rien d'anormal ni de contraire à ce qu'un citoyen moyen et raisonnable aurait fait dans les mêmes circonstances. Force est de constater, tout de même, que quelques éléments concrets, n'étant pas strictement personnels à l'auteur du dommage, sont pris en considération dans l'appréciation *in abstracto*, et notamment la profession de ce dernier. En d'autres mots, dans l'appréciation *in abstracto* de la faute délictuelle à Maurice, le modèle de comparaison est une personne diligente et prudente exerçant la même activité que l'auteur du préjudice. On comparera, par exemple, le comportement du médecin ayant causé un préjudice à autrui, avec celui d'un médecin prudent et avisé, ou encore le comportement d'un ouvrier ayant causé un préjudice à autrui avec le comportement d'un ouvrier prudent et avisé. Dans l'arrêt *Belloquet L.F. & Anor v. Mungur I. (DR) & Ors* de 2019¹⁹, la Cour suprême de Maurice constate que le traitement médicamenteux appliqué à un garçonnet, ayant subi des convulsions et de graves lésions cérébrales lors de son traitement dans un hôpital public, n'était pas ce qu'un médecin prudent et raisonnable aurait ordonné dans les mêmes circonstances. D'autres combinaisons de médicaments auraient dû être prescrites à ce petit patient, afin de lui éviter des convulsions, le manque d'oxygène au cerveau ainsi que les lésions cérébrales irréversibles. Dans l'arrêt *Cundasamy v. The Government of Mauritius* de 2001²⁰, la Cour constate la faute d'un médecin du secteur public n'ayant pas enlevé le plâtre dans lequel se trouvait le bras d'un jeune patient, alors que les doigts de ce bras devenaient d'une couleur de plus en plus sombre d'un jour à l'autre, ce qui a mené vers l'amputation du bras. La Cour suprême constate que dans les mêmes circonstances, un médecin prudent et

¹⁶ *Neron Publications Co Ltd v. La Sentinelle Ltd & Ors* 2020 SCJ 63 ; *Belloquet L.F. & Anor v. Mungur I. (DR) & Ors* 2019 SCJ 218; *Cundasamy v. the Government of Mauritius* 2001 SCJ 60; *D. Hurnam v. D. K. Dabee* de 2010 INT 244.

¹⁷ 2020 SCJ 63.

¹⁸ 2010 INT 244.

¹⁹ 2019 SCJ 218.

²⁰ 2001 SCJ 60.

raisonnable aurait dû enlever le plâtre immédiatement afin de rétablir la circulation sanguine dans le bras et éviter l'amputation.

B. La confirmation implicite des conditions d'irresponsabilité du commettant pour une faute délictuelle de son préposé

La faute délictuelle commise par l'employé de l'agence de sécurité a soulevé aussi la question de la responsabilité du commettant pour la faute commise par son préposé. En effet, l'article 1384, alinéa 3 du Code civil mauricien dispose que les commettants sont civilement responsables « *du dommage causé par leurs [...] préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* »²¹. Le commettant peut être civilement responsable pour la faute délictuelle commise par son préposé si trois conditions cumulatives sont réunies.

Il faut, tout d'abord, une faute du préposé, ce dont témoignent les arrêts de la Cour suprême de Maurice *Gowry v. The State* de 1996²², *Vikas Trading Co. Ltd v. The Government of Mauritius* de 2001²³, *Dassruth R. P. v. Femi Publishing Co. Ltd. & Ors* de 2016²⁴ et *Jhugdambay B. v. Private Secondary Education Authority* de 2022²⁵. Dans l'arrêt commenté, la faute du préposé, un employé de l'agence de sécurité, a été prouvée.

La deuxième condition pour mettre en œuvre la responsabilité du commettant à Maurice, pour le fait de son préposé, est l'existence du lien de préposition²⁶. Traditionnellement, ce lien de préposition résulte de l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et directives à l'employé, de contrôler l'exécution du travail et d'appliquer des sanctions en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du travail²⁷. Le contrat de travail, comme celui qui existait dans l'arrêt analysé entre l'agence de sécurité et son employé-meurtrier, est une source de ce lien de préposition.

²¹ *Acms Ltd v. Blencowe M. C.* 2019 SCJ 179.

²² 1996 SCJ 135.

²³ 2001 SCJ 237.

²⁴ 2016 SCJ 56.

²⁵ 2022 SCJ 56.

²⁶ F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} édition, 2019, pp. 1125-1129, n° 1160-1162 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations 2021, op.cit.*, pp. 417-418, n° 830-832 ; L. TRANCHANT – V. ÉGÉA, *Droit des obligations 2022*, Dalloz, 25^{ème} édition, pp. 137-138.

²⁷ G. AUZERO – D. BAUGARD – E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, collection « Précis », 35^{ème} édition, 2021, p. 273, n° 200 ; E. PESKINE – C. WOLMARK, *Droit du travail 2022*, Dalloz, collection « Hypercours », 15^{ème} édition, 2021, p. 32, n° 46 ; F. GAUDU – F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail 2021*, Dalloz, collection « Cours », 7^{ème} édition, 2021, p. 75, n° 72 ; B. GAURIAU – M. MINE, *Droit du travail*, Sirey, 4^{ème} édition, 2021, pp. 145-146, n° 243.

Enfin, il faut qu'il existe un lien suffisant entre les fonctions de l'employé et le préjudice qu'il aurait causé à un tiers²⁸. En d'autres termes, le préjudice doit être causé à ce tiers par le préposé, à l'occasion de l'exécution d'une mission par le préposé au profit de son commettant. Ce n'était pas le cas dans l'arrêt analysé, car la fonction principale de l'employé de l'agence de sécurité consistait à protéger les biens des clients et non de porter atteinte à leur vie. Néanmoins, le lien entre le préjudice causé à la victime directe et aux victimes indirectes et, d'une part, et les fonctions du préposé, d'autre part, était évident : le préjudice a été causé pendant les heures du travail et sur le lieu du travail. Dans l'affaire analysée, la Cour suprême de Maurice évoque, à juste titre, le concept d'abus de fonctions. Néanmoins, de façon quelque peu étonnante, elle cite son arrêt *Grizzel v. La Société de Roches Brunes and anor* de 1956²⁹ où la question de l'abus de fonctions a été qualifiée de question de fait, abandonnée au pouvoir d'appréciation souveraine du juge ou du magistrat mauricien. L'arrêt phare *Dookhy M. & ORS v. SBM* de 2007, esquissant les contours de la notion d'abus de fonctions par le préposé³⁰, a été passé sous silence alors que la Cour suprême de Maurice y reprend avec clarté les trois conditions cumulatives qui caractérisent la notion d'abus de fonctions commis par un préposé d'après la jurisprudence française³¹ : l'action du préposé hors des fonctions auxquelles il était employé ; l'absence d'une autorisation éventuelle de son commettant ; l'action du préposé à des fins étrangères à ses attributions, ce qui signifie une action dans un but personnel et égoïste et non dans l'intérêt du commettant. Les trois conditions doivent être cumulativement réunies. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Beau Villa v. Chuckowree and Lamco Insurance Ltd.* de 1992³², le commettant n'a pas pu échapper à sa responsabilité civile, en dépit du fait que le préposé avait désobéi à une instruction relative aux modalités de l'exécution de sa mission, car le préposé avait agi dans le cadre de ses fonctions (réparation des véhicules) et dans l'intérêt de son commettant (le contrôle d'un véhicule consécutif à la réparation de celui-ci).

L'application des critères cumulatifs précédemment exposés aurait mené, dans l'affaire faisant l'objet de la présente analyse, au même résultat, car l'employé de l'agence de sécurité n'a pas agi dans le cadre de ses fonctions, n'a pas eu l'autorisation de son commettant pour l'homicide commis à l'égard d'un client et a agi afin de satisfaire ses besoins égoïstes (le gain matériel consécutif à l'homicide commis) et non dans l'intérêt de son employé (la protection des biens des clients contre le versement d'une rémunération).

²⁸ L. TRANCHANT – V. ÉGÉA, *Droit des obligations 2022*, op. cit., pp. 138-139; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations 2021*, op. cit., pp. 419-420, n° 835-843.

²⁹ 1956 MR 215.

³⁰ 2007 SCJ 1.

³¹ Cass. Ass. plén. 19 mai 1988, Bull. civ., p. 7, n° 5.

³² 1992 SCJ 83.

Il est à noter que dans l'arrêt analysé, la Cour s'est exprimée *obiter dictum* sur la nature de la responsabilité du commettant, en la qualifiant de responsabilité pour faute prouvée³³, la faute consistant dans une erreur dans le choix ou dans la surveillance du préposé. Cette position tranche nettement avec celle prise dans un récent jugement de la Cour suprême de Maurice *Jhugdamby B. v. Private Secondary Education Authority* de 2022³⁴, dans lequel la responsabilité du commettant a été qualifiée d'objective : "*In respect of vicarious liability of the principal it is objective and strict, i.e 'no fault liability'. It means that there is no need to prove fault on the part of the principal*". Nous sommes d'avis que la nature objective de la responsabilité du commettant convient le mieux au droit civil mauricien : le commettant tire, en principe, un bénéfice économique de l'activité de son préposé, il est donc juste que celui-là réponde du risque que celui-ci constitue pour des tierces personnes. Le commettant devrait être responsable à Maurice au plan délictuel, même s'il n'a pas commis de faute dans le choix et la surveillance de son préposé.

Outre la faute délictuelle, l'arrêt analysé concerne aussi la notion de préjudice moral.

II. La réparation des préjudices moraux : un contournement des difficultés d'évaluation ?]

Confrontée à la demande d'indemnisation de plusieurs préjudices moraux, la Cour suprême de Maurice a préféré l'octroi d'une réparation globale, renonçant par là-même au raisonnement chef de préjudice par chef de préjudice pourtant exigé en droit mauricien (A). Se manifeste probablement ainsi la volonté de contourner les difficultés persistantes d'apprécier quantitativement un préjudice moral (B).

A. Le niveau d'appréciation des préjudices moraux : une approche globale contestable

En droit civil mauricien, le préjudice peut être défini comme la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. Cette définition quelque peu abstraite se dédouble pour donner, d'une part, la définition du préjudice matériel – une atteinte aux biens patrimoniaux d'une personne – et, d'autre part, celle du préjudice moral –

³³ Il nous est difficile de comprendre en quoi cette responsabilité du commettant ainsi conçue, et issue de l'article 1384 alinéa 3 du Code civil mauricien, serait distincte du droit commun incarné par les articles 1382 et 1383 du Code civil mauricien qui jettent les fondations de la faute délictuelle prouvée à Maurice.

³⁴ 2022 SCJ 56.

une atteinte aux biens extrapatrimoniaux d'une personne. L'arrêt analysé ne concerne que le préjudice moral, défini tantôt comme une souffrance psychologique résultant d'une atteinte aux biens de nature non financière tels que l'intégrité physique, l'honneur, la réputation, *etc.*, tantôt comme une souffrance physique.

Le préjudice moral peut être subi par la victime appelée directe, au bien extrapatrimonial de laquelle l'on porte atteinte. Dans l'arrêt analysé, même si ce type de préjudice a été abordé d'une façon rudimentaire dans la rédaction définitive du jugement, la victime directe avait subi une souffrance physique. La Cour constate qu'une demande de réparer ce type de préjudice lui a été soumise³⁵, mais n'accorde aucune attention particulière à cette prétention. La Cour s'est simplement contentée d'accorder une indemnité globale pour tous les préjudices moraux invoqués devant elle. Ceci est bien curieux, eu égard à l'arrêt du *Privy Council* britannique *Patel v. Beenessressingh and Ors* de 2012³⁶, ayant reproché à la Cour suprême de Maurice de ne pas avoir spécifié le montant des dommages et intérêts alloués à la victime pour chaque chef de préjudice subi³⁷.

Il est à noter que, selon la Cour suprême de Maurice, lorsque la victime directe ne décède pas immédiatement et souffre physiquement avant son décès, son *pretium doloris* est transmissible à ses héritiers. Ceci fut clairement indiqué dans un arrêt de la Cour suprême de Maurice *Boodhoo v. Ramsamy & Anor* de 1985³⁸ et dans un arrêt de la Cour intermédiaire de Maurice *Lal Mahomed Bibi Mymoon v. Mauritius Union Assurance Co. Ltd.* de 2007³⁹.

À Maurice, les proches de la victime directe qualifiés de victimes par ricochet peuvent demander au responsable la réparation de leur préjudice personnel, distinct de celui subi par la victime directe. En revanche, la source de ce préjudice de la victime par ricochet se trouve dans la personne de la victime directe : la victime par ricochet subi un préjudice, matériel ou moral, du fait du décès de la victime directe ou de son infirmité.

Dans l'arrêt analysé, la mère de la victime directe a demandé et obtenu la réparation de son préjudice moral défini comme une souffrance psychologique due au décès de son fils (victime directe). Il est à noter que la Cour suprême de Maurice n'a pas demandé à celle-ci de rapporter la preuve de sa souffrance

³⁵ “*There is also a claim for the pain and suffering endured by Mr Mir at the hands of defendant no.4 prior to his death*”.

³⁶ 2012 UKPC 18. – Le *Privy Council* est en matière de droit civil l'autorité judiciaire la plus haute à Maurice, et ses décisions s'imposent à la Cour suprême de Maurice.

³⁷ J. KNETSCH, « La réception du droit français de la responsabilité à Maurice », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 69, n°1/2017, p. 87-90, n° 15-20.

³⁸ 1985 SCJ 22.

³⁹ 2007 INT 68.

psychologique. En effet, il est bien établi à Maurice qu'en cas de décès de la victime directe, ses parents (par le sang notamment) peuvent demander la réparation de leur préjudice moral par ricochet sans devoir rapporter la preuve de leur souffrance. Les arrêts de la Cour suprême de Maurice *Gutty & ors. v. Eleonore* de 1980⁴⁰ et *Gokhool S D v. Groupement français d'assurances* de 2009 en témoignent⁴¹. La règle est conforme au bon sens : en cas de décès d'une personne ses proches tels que parents, frères, sœurs, enfants et conjoint souffrent d'ordinaire au plan psychologique, et le droit mauricien de la responsabilité délictuelle, en s'appuyant sur cette réalité, présume l'existence de cette souffrance chez un demandeur en justice concret. Toutefois, il faut remarquer que la présomption n'est pas absolue et que le défendeur peut tenter de prouver l'absence de sentiments réels entre la victime directe et ses proches par le sang ou par alliance. Si le défendeur au procès parvient à en convaincre le juge ou magistrat, il ne sera pas responsable du préjudice moral par ricochet, car celui-ci n'existera pas. Cela est arrivé dans l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Scott v. Brasse* de 1968⁴². En l'occurrence, une dame, toujours civilement mariée, mais séparée de fait de son époux, s'était mise en couple avec un autre homme. Après le décès de son époux, avec lequel elle ne vivait pas, elle s'est adressée à la justice et demandé la réparation de son préjudice moral par ricochet. La Cour suprême a refusé en toute logique cette prétention, car les circonstances de l'affaire ne permettaient pas de conclure à l'existence des sentiments sérieux envers son époux ni sur l'existence d'une souffrance psychologique sérieuse, susceptible d'être qualifiée de préjudice moral par ricochet.

Finalement, l'arrêt analysé s'inscrit dans une jurisprudence solidement ancrée selon laquelle, même s'il existe des difficultés dans l'appréciation du préjudice moral, cela ne signifie point qu'il faut laisser la victime sans réparation.

B. La quantification des préjudices moraux : des difficultés persistantes

Dans l'arrêt analysé, la Cour suprême de Maurice souligne aussi la difficulté liée à l'évaluation du montant de l'indemnisation à allouer à la victime d'un préjudice moral. Cette difficulté résulte du fait que le bien auquel l'atteinte a été portée n'a pas de valeur sur le marché, ce qui conduit nécessairement à un certain arbitraire dans l'évaluation du préjudice consécutif à cette atteinte. Ceci a été aussi souligné dans les arrêts de la Cour *Boodhoo v. Ramsamy & Anor* de 1985⁴³ et *Vithilingum S. v. Seagull Insurance* de 1999⁴⁴. À travers ce dernier, la

⁴⁰ 1980 SCJ 312.

⁴¹ 2009 SCJ 412.

⁴² 1968 MR 31.

⁴³ 1985 SCJ 22.

⁴⁴ 1999 SCJ 124.

Cour reconnaît ouvertement l’approche casuistique, basée sur les circonstances de chaque affaire, dans sa tentative d’exprimer en numéraire et avec précision, autant que faire se peut, le préjudice moral subi par la victime :

“In relation to the item ‘moral damages’, the following principles from Max Le Roy’s ‘Evaluation du Préjudice Corporel’, 7^{ème} Edition, was relied upon in New Light Match Co. Ltd. v Ono [1990 MR 164] at pp. 168, 169:

(1) *Apart from ‘le préjudice strictement matériel’ the widow and the child are also entitled to compensation for moral prejudice consisting in ‘atteinte aux sentiments d’affection, trouble dans les conditions d’existence’.*

(2) *‘Le montant de ces indemnités est fonction d’éléments très variables d’un cas à l’autre. Il est évidemment beaucoup plus important pour une femme très attachée à son mari qui n’a que des parents éloignés et reste seule dans la vie, que pour une femme qui a manifesté à plusieurs reprises son intention de se séparer de son mari et de se remarier’*

[...]

Furthermore, the appellate court in New Light Match Co (supra) approved of the approach of the judge in Kassory and Ors v Rose Belle S.E. and Ors [1990 SCJ 107], where the fact that the widow would have to assume alone the education of her young children was considered to be a very relevant factor and where the court granted to the widow moral damages in the sum of 75,000 rupees”.

Cette difficulté dans l’évaluation du montant des dommages et intérêts destinés à compenser le préjudice moral a été soulevée par les détracteurs de cette catégorie de préjudice⁴⁵. En outre, ceux-ci soulignent⁴⁶ le fait qu’à la différence du préjudice matériel, la réparation du préjudice moral ne permet pas d’effacer le préjudice⁴⁷. Malgré la force de ces arguments, le droit mauricien de la responsabilité délictuelle assure aujourd’hui la réparation du préjudice moral, que la victime soit directe ou indirecte. Certes, la réparation du préjudice moral ne vise pas à effacer le préjudice subi par la victime. En outre, la détermination du montant des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice moral sera

⁴⁵ Y. BUFFLAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 18^{ème} éd., 2022, p. 768, n° 2289.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Ainsi, une personne défigurée de façon permanente continuera à souffrir même après avoir reçu une somme d’argent à titre de réparation de son préjudice moral.

forcément arbitraire dans une certaine mesure, étant donné que le bien auquel l'on a porté atteinte n'est pas appréciable en argent. Malgré cela, en se basant sur un sentiment foncier d'équité et de justice, le droit civil mauricien assure une indemnisation des victimes du préjudice moral : malgré toute son imperfection, l'indemnité allouée à la victime lui permettra d'oublier, ne serait-ce que pour un bref moment, sa souffrance qualifiée de préjudice moral.

Conclusion

L'arrêt analysé révèle, au demeurant, un côté bien classique, celui relatif à la définition de la faute du préposé et aux conditions de l'irresponsabilité du commettant pour une faute délictuelle de son préposé. La faute du préposé est appréciée *in abstracto*, conformément à la règle générale en droit civil mauricien, et l'irresponsabilité du commettant pour la faute de son préposé repose sur la réunion de certaines conditions cumulatives. Cependant, l'arrêt commenté s'écarte d'une exigence posée par le *Privy Council* britannique, la plus haute juridiction de droit civil à Maurice, qui oblige le juge mauricien à allouer une somme d'argent à la victime par chefs de préjudice subi. Il est permis de s'interroger si cette approche globale, proscrite par le *Privy Council*, ne découlait pas des difficultés liées à l'évaluation pécuniaire des atteintes aux biens de nature extra-patrimoniale.

DROIT DU TRAVAIL

Les enjeux de la clause de dédit-formation pour les parties au contrat de travail à Madagascar

Ny Rantotiana Liantsoa RANDRIAMORA

Université Catholique de Madagascar

Lauréate du Prix LexOI 2021

Résumé :

Pour les entreprises, la formation professionnelle est une obligation légale autant qu'un levier stratégique de la gestion des ressources humaines, contribuant au renforcement de sa compétitivité, à l'évolution des compétences ainsi qu'au développement professionnel des travailleurs. En vue de garantir leurs investissements, les entreprises sont à ce titre disposées à établir des clauses de dédit-formation, stipulations conventionnelles qui engagent un salarié formé à rembourser de manière forfaitaire les frais de formation dans l'hypothèse où il partirait volontairement de l'entreprise au cours d'une période déterminée.

La clause de dédit-formation présente à la fois des risques et des opportunités, tant pour l'entreprise que pour le salarié. Si elles favorisent le développement professionnel d'un salarié, elles constituent aussi un outil juridique restreignant leur liberté de travail. Si elles tendent à garantir l'employeur contre les pertes liées à l'éventuel départ précoce du salarié formé, cette garantie n'est que financière – la sécurisation des compétences et techniques acquises n'est qu'illusoire – et, de surcroît, l'établissement de ces clauses favorise la pratique de la concurrence déloyale.

La médiation à ces faiblesses s'effectue sur le terrain légal et suppose de déterminer des moyens adéquats de protection des intérêts des parties au contrat.

Mots clés :

Formation – Clauses de dédit - formation – Entreprise- Salarié – Relation de travail – Concurrence déloyale.

Abstract:

For companies, professional training is one of the strategic levers in human resources management, contributing to the strengthening of its competitiveness, the evolution of skills as well as the professional development of workers. Moreover, it is a legal obligation.

The realization process of the employees training influences the companies' choice to establish forfeit - training clauses in order to design a guarantee for their investments. This is a contractual stipulation that commits a trained employee to reimburse training costs on a lump-sum basis to the extent that he/she voluntarily leaves the company for a specified period. The implementation of the clause is a major issue in contractual labor relations.

The practice of withdrawal-training clauses presents both risks and opportunities for the company and for the employee.

If, on the one hand, withdrawal-training clauses contribute to the professional development of an employee through training offers, on the other hand, they appear as legal tool restricting the principle of freedom of work for employees.

As far as the employer is concerned, they ensure the preservation of the benefits of training insofar as they constitute a procedure for the reimbursement of the expenses incurred. Even though the guarantee is only financial and the security of the acquired skills and techniques is only illusory. Moreover, its establishment promotes the practice of unfair competition.

The solution to these weaknesses lies, on the one hand, in the legal framework and, on the other hand, in the determination of the means of protection of the interests of each of the parties to the contract.

Keywords:

Training – Withdrawal-training clauses – Company – Employee – Employment relationship – Unfair competition.

Introduction

Le développement économique et social d'un pays est lié à la valorisation du capital humain. Compte tenu de sa situation, chaque pays s'efforce de créer et de développer les moyens nécessaires à cet égard.

L'Organisation Internationale du Travail affirme qu'en vue de stimuler la croissance et le développement économique, d'élever les niveaux de vie, de répondre aux besoins de main-d'œuvre et de résoudre le problème du chômage et du sous-emploi, chaque pays a pour obligation d'adopter une politique active visant à promouvoir l'emploi et tenant compte du stade et du niveau de développement économique de son pays ainsi que d'autres facteurs socio-économiques¹.

Dans les pays d'Afrique tels que Madagascar, se conformer à ce principe tendait à la mise en place d'une politique nationale de l'emploi et de la formation professionnelle (PNEFP), se donnant pour objectifs la création massive d'emplois formels et la promotion de la formation professionnelle de l'ensemble de la population active à l'horizon 2020.

La loi n° 2015-040 du 9 décembre 2015 portant orientation de la PNEFP vise : d'une part, à promouvoir l'emploi des jeunes, des femmes et des personnes vulnérables, en leur permettant d'acquérir les connaissances et savoir-faire nécessaires pour accéder à un emploi ou se réinsérer sur le marché du travail ; et d'autre part, à aider les adultes et les jeunes entrés dans la vie active à accroître de manière continue leurs connaissances et compétences professionnelles.

En ce sens, cette politique prévoit surtout un apprentissage « tout au long de la vie » de la population malagasy, conformément au respect des principes d'égalité et d'équité qui sont des valeurs structurantes du développement durable.

En vue de pourvoir aux besoins de formation technique et professionnelle continue, l'État collabore étroitement avec les acteurs économiques et financiers.

La formation professionnelle continue est un ensemble de dispositifs pédagogiques proposés aux travailleurs, afin de leur permettre de s'adapter aux changements structurels et aux modifications de l'organisation du travail impliqués par l'évolution technologique et économique, ainsi que de favoriser leur évolution dans le travail.

¹ Article 1^{er} de la Convention n° 122 sur la politique de l'emploi de 1964.

Pour répondre aux fluctuations de l'environnement de l'entreprise et assurer son développement, chaque service des ressources humaines met en place un plan de gestion des compétences et des carrières pour attirer, développer et fidéliser le capital humain de l'organisation. De ce fait, un plan de formation est établi en vue de définir et d'organiser les besoins en compétences et techniques.

Ainsi, la formation est un facteur stratégique permettant d'intégrer les besoins en ressources de l'entreprise et le développement personnel et professionnel du travailleur. De ce fait, la formation permet à l'entreprise de rehausser son niveau de compétitivité.

Obligation incombant à l'employeur, ce dernier doit alors pourvoir au financement de cette formation. Souvent, la formation professionnelle recherchée est longue et onéreuse. Du fait de l'importance des dépenses consenties à ce titre, l'employeur souhaite obtenir un retour sur investissement et éviter la fuite des compétences chèrement acquises vers une entreprise concurrente. C'est pour répondre à ces attentes qu'est apparue la pratique de la clause de dédit-formation, s'agissant notamment de la formation des cadres et des techniciens spécialisés.

La clause de dédit-formation est un accord engageant le salarié, en tant qu'il a bénéficié en cette qualité d'une formation, à rester dans l'entreprise pendant une durée minimale donnée suite à l'achèvement de la formation ou, à défaut, à rembourser tout ou une partie du coût de la formation réalisée. Quel impact a sa pratique sur la situation des parties au contrat de travail ? L'insertion de telles clauses dans ces contrats permet-elle vraiment à l'entreprise de disposer d'une réelle garantie de son investissement ? Quel est son impact sur la liberté de travail du salarié ?

Après avoir précisé le cadre général de la formation professionnelle à Madagascar, au sein duquel ces questions se posent (I), nous verrons que si la clause de dédit-formation permet à l'employeur de réserver à son profit l'exploitation des acquis de la formation, si l'atteinte qui en résulte pour la liberté de travail du salarié est limitée et en quelque sorte compensée par le développement du parcours professionnel du travailleur, elle n'en pose pas moins divers problèmes sur ces terrains (II). Nous serons alors en mesure de proposer une série de recommandations en vue d'améliorer la pratique de la clause de dédit-formation à Madagascar (III).

I. Généralités sur la formation professionnelle à Madagascar

Il y aura lieu de présenter ici le cadre juridique général de la formation professionnelle à Madagascar (A), dans le cadre duquel s'inscrit celui de la clause de dédit-formation (B).

A. Le cadre juridique général de la formation professionnelle

Avant d'aborder les modalités de réalisation de la formation professionnelle (2), il est essentiel de définir certains concepts généraux (1) se rapportant au sujet.

1. Concepts généraux en matière de formation professionnelle

La formation professionnelle est un moyen qui permet aux entreprises de développer les compétences des salariés pour leur permettre de s'adapter aux évolutions modernes, notamment d'ordre économique, social ou encore technologique². En ce sens, la formation professionnelle est un processus d'apprentissage qui permet à un salarié ou à un demandeur d'emploi d'acquérir les connaissances nécessaires ainsi que le savoir-faire spécifique pour exercer un métier ou une activité professionnelle.

En vertu de l'article 191 du Code du travail malagasy³, la formation professionnelle est à la fois un droit pour le travailleur et un devoir pour la Nation. Il est alors de l'obligation de l'employeur d'établir des plans d'actions de formation au sein de l'entreprise.

Ainsi que cela précédemment spécifié, l'État a le devoir de former sa population. Il est impératif pour l'État de concevoir un dispositif pour l'harmonisation de la formation de sa population. Pour Madagascar, ce dispositif a été mise en œuvre par la loi n° 2015-040 du 9 décembre 2015 portant orientation de la politique nationale de l'emploi et de la formation professionnelle (PNEFP), ayant pour objet de planifier le développement des

² K. BAHUCHE – S. BORDJIHANE, « *L'impact de la formation continue sur le développement des compétences chez les salariés de SONATRACH/ DRGB* », Mémoire de fin de cycle en sociologie du travail et des ressources humaines, Université Abderrahmane MIRA de Bejaia, 2014-2015

³ Loi n° 2003-044 du 28 juillet 2004 portant Code du travail, *J.O.R.M.* n° 2956 du 21 février 2005, pp. 2489-2536.

compétences techniques et professionnelles⁴. Elle a pour but de « *faire émerger le capital humain susceptible de valoriser l'ensemble des richesses naturelles, mais également économiques et sociales du pays qui sont définis dans les plans de mise en œuvre (PMO) de la PND ainsi qu'à travers les douze pôles de croissance qui ont été définis par le gouvernement dans le cadre de la stratégie nationale d'aménagement du territoire (SNAT)* »⁵.

Deux types de formation s'offrent aux travailleurs en situation de travail : il y a d'une part, la formation initiale et d'autre part, la formation continue.

La formation initiale s'effectue en vue d'une éventuelle prise de poste. Il s'agit d'un processus d'apprentissage, dispensé au sein de l'entreprise, qui permet à un candidat à un poste de travail déterminé d'acquérir les savoir-faire techniques et gestuels exigés par le poste que ce candidat pourrait occuper au terme de la formation. Elle se déroule sur la base d'un contrat emploi-formation, d'un contrat de stage d'initiation à la vie professionnelle ou encore d'un contrat de qualification ou d'adaptation. En droit malagasy, elle prend la forme d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat en alternance⁶.

La formation professionnelle continue, quant à elle, se déroule pendant l'exécution du travail. Il s'agit d'un outil d'adaptation des travailleurs aux changements des techniques et des conditions de travail pour favoriser l'accès à des niveaux supérieurs de qualification ainsi que le développement de l'économie nationale⁷. Autrement dit, la formation professionnelle continue s'impose en vue d'un changement de poste ou d'une reconversion qui nécessite des capacités et des ressources spécifiques.

Ainsi, la formation professionnelle est un outil d'accompagnement du changement d'une entreprise. Elle aide l'individu à s'adapter à l'évolution de l'entreprise, en modifiant sa façon de travailler : nouveaux outils, nouvelles méthodes, meilleures performances dans un univers en recherche permanente de rentabilité et de productivité. Donc, la formation professionnelle est un

⁴ Loi n° 2015-040 du 9 décembre 2015 portant orientation de la Politique Nationale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (PNEFP), *J.O.R.M.* n° 3685 du 23 mai 2016, p. 2859.

⁵ MEETFP, « La Politique Nationale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle », 2015, p. 13.

⁶ Article 192 du Code du travail malagasy : « *La formation professionnelle des travailleurs en situation d'emploi comprend : la formation initiale qui peut être réalisée sous la forme de l'apprentissage prévu aux articles 30 et suivants de la présente Loi, ou de la formation en alternance ; la formation professionnelle continue* ».

⁷ Article 198 du Code du travail malagasy : « *La formation professionnelle continue a pour objet, l'adaptation des travailleurs aux changements techniques et de conditions de travail pour favoriser la promotion sociale ainsi que leur accès aux différents niveaux de qualification* ».

instrument d'insertion ou de réinsertion d'un individu dans la vie professionnelle. Elle améliore les acquis de l'individu afin qu'il puisse s'adapter aux besoins évolutifs du métier. Elle participe à la compétitivité de l'entreprise sur les marchés.

2. Les modalités de réalisation de la formation professionnelle

Plusieurs éléments doivent être pris en compte pour mener à bien la formation professionnelle. Tout d'abord, une politique de formation doit être mise en place au sein des entreprises, afin de déterminer les objectifs de la formation, les besoins en compétences des entreprises, ainsi que de gérer le développement des compétences des travailleurs (a). La mise en œuvre de la formation professionnelle nécessite également la création d'un fonds pour financer les actions de formation (b).

a. La politique de la formation professionnelle

La formation professionnelle est l'un des outils principaux de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) qui est utilisé par les entreprises pour favoriser l'employabilité des salariés. En ce sens, elle permet de maintenir et de développer les compétences des salariés ainsi que les conditions de gestion des ressources humaines leur permettant d'accéder à un emploi, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, dans des conditions favorables⁸.

La GPEC est définie comme la gestion anticipée et préventive des ressources humaines. Plus précisément, elle consiste à déterminer une stratégie définie en termes d'objectifs, à élaborer des plans d'actions destinés à neutraliser de façon anticipée les inadéquations entre les besoins futurs ainsi que les ressources humaines de l'entreprise. Ainsi, la GPEC a pour objet de concevoir et de mettre en œuvre des politiques et des plans d'actions cohérents afin de réduire les éventuels écarts entre les besoins (emplois) et les ressources humaines (compétences disponibles) de l'entreprise.

Pour planifier, de manière anticipée, l'employabilité des salariés, l'entreprise définit à travers la GPEC une politique de formation professionnelle. Le responsable des RH ou le DRH suivra une démarche bien définie, élaborée en six étapes qui peut être subdivisée en trois parties. Premièrement, l'analyse exogène des tendances de l'environnement, suivi du diagnostic de la stratégie interne de l'entreprise. Deuxièmement, la réalisation d'un inventaire des ressources disponibles, c'est-à-dire l'établissement de l'état des lieux des outils

⁸ A. FINOT, *Développer l'employabilité*, Insep Consulting Éditions, 2000, 101 pp. ; D. BARUEL BEBCHERQUI – A. LE FLANCHEC – A. MULLENBACH, « La Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences et son effet sur l'employabilité des salariés », *Management et Avenir*, 2011/8 (n° 48), pp. 14-36.

existants, notamment les ressources humaines et les compétences disponibles au sein de l'entreprise ainsi que la détermination des besoins futurs de l'entreprise. Troisièmement, l'analyse des écarts entre les emplois et les besoins, notamment la confrontation des besoins par rapport aux objectifs attendus et la situation actuelle de l'entreprise, conduisant ainsi à la mise en œuvre des plans d'actions afin de répondre à ces besoins.

Le plan de formation est un plan de développement des compétences au sein de l'entreprise. Ce plan émane de la réunion annuelle de l'employeur avec le comité d'entreprise ou le délégué du personnel. Une fois le plan de formation défini, l'entreprise élaborera son mode de financement.

b. Le fonds de financement de la formation professionnelle

Le fonds de financement de la formation professionnelle est « *un cadre institutionnel distinct des canaux budgétaires de l'État pour la collecte et la répartition des ressources au profit du développement des compétences* »⁹. Il permet d'accroître la productivité de la main d'œuvre et d'améliorer la compétitivité ainsi que le chiffre d'affaires des entreprises et des individus en leur fournissant les compétences dont ils ont besoin.

Le décret n° 2018-1509 du 13 novembre 2018¹⁰, portant application de la loi relative à la création d'une contribution financière des entreprises au développement de la formation professionnelle continue et d'un fonds de gestion de cette contribution¹¹, a mis en place le Fonds Malagasy de la Formation Professionnelle (FMFP) en vue d'assurer, par le biais de la formation professionnelle l'accroissement des compétences et des qualifications de la population malagasy. Le FMFP est une association reconnue d'utilité publique¹², assurant de manière autonome, paritaire et dans la cadre du droit privé, la gestion des fonds¹³. Son organisation et son fonctionnement sont définis dans ses statuts et son règlement intérieur.

⁹ R. WALTHER – C. UHDER – F. DOLHIGER – G. GOLDSTEIN – F. BUNGE, « Étude sur le financement de la formation professionnelle », Rapport AFD/ADEAGRET/IRAM, 2014, 117 pp. URL : https://www.reseau-far.com/ressources/files/fichierPDF_AFD-Redaction-etude-financement-Formation-pro.pdf (dernière consultation le 25 janvier 2023).

¹⁰ Décret n° 2018-1509 du 13 novembre 2018 portant application de la loi n° 2017-025 du 30 janvier 2018, *J.O.R.M.* n° 3874 du 18 mars 2019, p.1198

¹¹ Loi n° 2017-025 du 30 janvier 2018 relative à la création d'une contribution financière des entreprises au développement de la formation professionnelle continue et d'un fonds de gestion de cette contribution, *J.O.R.M.* n° 3803 du 12 mars 2018, page 1129.

¹² Articles 12 et suivants de l'ordonnance n° 75-017 du 25 août 1975 modifiant l'ordonnance n° 60-133 du 3 octobre 1960 sur le régime général des associations, *J.O.R.M.* n° 1076 du 23 août 1975, p. 2254.

¹³ Article 6 du Décret n°2018-1509 du 13 novembre 2018 précité.

Le fonds est géré par un organe tripartite qui comprend l'État, les représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que les partenaires techniques et financiers, notamment l'Agence Française de Développement.

Il est principalement alimenté par les contributions financières obligatoires des entreprises. Cependant, son budget est complété par des subventions versées par l'État, des partenaires techniques et financiers, et comprend aussi d'autres ressources financières conformes à son objet de développement des compétences¹⁴.

La contribution financière des entreprises correspond à 1% de la masse salariale brute soumise aux cotisations sociales. Elle est basée sur l'ensemble des revenus salariaux et assimilés dus par les employeurs aux salariés. Elle comprend les primes et les gratifications, les indemnités représentatives de salaires, les avantages en nature, les heures supplémentaires. Toutefois, les indemnités de charges de familles ainsi que celles ayant un caractère de remboursement de frais en sont exclues.

Le mode de recouvrement des cotisations financières obligatoires ainsi que la procédure d'accès au financement sont définis par les articles 4 et 10 du décret n° 2018-1509 du 13 novembre 2018.

Outre les cotisations obligatoires au FMFP, l'entreprise dispose également d'un fonds propre de formation professionnelle. L'entreprise dispose d'un budget spécifique de formation qui est destinée au financement d'autres formations que celles proposées par le FMFP, et qui peuvent être dispensées par des établissements ou des centres de formations publics ou privés¹⁵.

B. Le cadre juridique général de la clause de dédit-formation

Des normes ont été mises en place afin de règlementer le droit de formation des citoyens : le titre VI – « *De la Formation Professionnelle* » – de la loi n°2003-044 du 28 juillet 2004 portant Code du Travail ; la loi n° 2015-040 du 9 décembre 2015 portant orientation de la PNEFP qui détermine les principes directeurs de pilotage et d'organisation de la PNEFP ainsi que les résultats attendus de cette politique ; la loi n° 2017-025 du 30 janvier 2018, relative à la création d'une contribution financière des entreprises au développement de la formation continue et d'un fonds de gestion de cette contribution ; le décret n° 2018-1509 du 13 novembre 2018, qui détermine les conditions de son application.

¹⁴ Article 7 du Décret n°2018-1509 du 13 novembre 2018 précité.

¹⁵ Article 3 de la loi sur la PNEFP

Par ailleurs, l'application de la formation professionnelle au sein d'une entreprise est conditionnée par l'institution d'une clause de dédit-formation.

Ainsi, pour mieux comprendre le cadre juridique de la formation, il importe d'analyser la consécration jurisprudentielle de la clause de dédit-formation (1), avant d'étudier son régime d'application (2). Cela permettra de bien distinguer la clause de dédit-formation d'une clause pénale (3).

1. La consécration jurisprudentielle de la clause de dédit-formation

La clause de dédit-formation est une notion issue de la pratique, en particulier jurisprudentielle. En ce sens, tant la doctrine que les lois nationales montrent peu d'intérêt à son égard. Les contours de la clause (b) et ses conditions de validité (a) ont été conçus de manière casuistique par le juge.

a. Les conditions de validité de la clause de dédit-formation

En droit français du travail, c'est à travers un arrêt du 17 juillet 1991, relatif à une affaire opposant Mr X à la compagnie juridique et fiscale de France (Fidal), que la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé les conditions de forme et de fond relatif à l'admission de la clause de dédit-formation¹⁶

Les conditions ainsi précisées sont les suivantes. La clause de dédit-formation doit être écrite. En ce sens, elle doit être insérée dans un accord régissant les relations de travail entre l'employeur et le salarié. Elle doit être incluse, avant le commencement effectif de la formation, dans le contrat de travail ou dans l'avenant du contrat du salarié concerné.

L'exigence d'une clause écrite permet aux deux parties au contrat de prouver son existence et son contenu en cas de litige. Cet écrit a pour but de retranscrire les mentions obligatoires permettant au salarié de prendre connaissance de ses obligations.

Conformément à l'article 64 de la LTGO, quatre éléments de fond sont nécessaires à l'admission de la clause : la capacité et le consentement, l'objet et la cause de la clause¹⁷.

La clause de dédit-formation doit être lue, acceptée et signée par le salarié avant le début de la formation. En principe, les parties concluant ladite clause

¹⁶ Cass. Soc., 17 Juillet 1991, n° 88-40.201 [République Française].

¹⁷ Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations (L.T.G.O.), *J.O.R.M.* n° 486 du 09 juillet 1966 ; Errata : *J.O.R.M.* n°489 du 23 juillet 1966, p. 1657 ; théorie générale des obligations (L.T.G.O.), *J.O.R.M.* n° 486 du 09 juillet 1966 ; Errata : *J.O.R.M.* du 14 janvier 1967, p. 35 ; *J.O.R.M.* du 30 novembre 1968, p. 2229.

doivent avoir la capacité juridique de contracter et leur consentement doit être intègre. En ce sens, l'accord de volonté du salarié ne doit pas être vicié.

La clause de dédit-formation a pour objet d'assurer gratuitement une formation à un salarié, en contrepartie du remboursement des frais de formation, en cas de départ de ce dernier. De ce fait, le droit positif malagasy, se calquant sur le droit français, rend impératif de mentionner¹⁸ dans la clause de dédit – formation les éléments ci-après :

– les dates et l'objet de la formation : la clause doit indiquer les dates de commencement et d'arrêt de la formation ainsi que le domaine concerné ;

– la durée de la clause de dédit-formation : cette durée, qui ne doit pas être excessive, varie en pratique en fonction des dépenses réelles de l'entreprise et de la durée de la formation dispensée¹⁹ – de deux à cinq ans en moyenne ;

– le coût réel de la formation pour l'employeur ;

– le montant et les modalités de remboursement des frais de formation : le montant du dédit doit être proportionnel aux frais réels et personnels engagés par l'employeur pour la formation.

L'absence ou l'imprécision de l'un de ces éléments entraîne la nullité de la clause de dédit-formation²⁰, étant précisé que leur détermination ne doit pas être laissée au pouvoir de l'employeur par le biais d'une décision ultérieure.

Ce type de clause peut être inséré dans toutes les formes de contrat de travail, qu'il soit conclu à durée déterminée ou indéterminée, à temps partiel ou à temps plein. Toutefois, son utilisation dans les contrats de professionnalisation (contrat d'apprentissage ou contrat en alternance) est interdite.

Concernant la cause de la clause de dédit-formation²¹, la cause objective de la clause résulte de la fidélité du salarié envers l'entreprise. En ce sens, la conclusion de la clause permet de garantir le maintien d'un salarié au sein de l'entreprise. Sur le long terme, elle a pour but l'amortissement des investissements de l'employeur. Donc, la cause subjective de la clause résulte du retour sur investissement de l'employeur.

¹⁸ « La clause de dédit-formation », *Liaisons sociales*, 2018 – URL : <https://www.liaisons-sociales.fr/lsnj/2019/02/26/29-clause-de-dedit-formation> [dernière consultation le 25 janvier 2023]

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ M.-O. HUCHET, « La Clause de dédit – formation », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2000, §9, p. 378

b. Les droits et obligations des parties en matière de formation professionnelle

La clause de dédit-formation créée pour des droits et des obligations tant pour l'employeur que le salarié formé.

En effet, l'employeur, en finançant la formation, permet au salarié d'« *acquérir gratuitement une formation valorisante sur le marché du travail, dont il n'avait pas pu supporter personnellement le coût généralement élevé* »²². En ce sens, il s'agit ici de dépenses très importantes supportées par l'employeur.

Dans l'hypothèse où une partie du financement de la formation a été prise en charge par un tiers, notamment par le FMFP, l'employeur ne pourra demander que le remboursement de la fraction des coûts réels qu'il a effectivement supportée.

Par ailleurs, « *dans la presque totalité des cas, cette formation lui sera dispensée sur son temps de travail, il touchera donc à cette occasion son entier salaire* »²³. Dans le cadre d'une formation professionnelle, l'employé perçoit son salaire, en ce sens que les heures de formation sont considérées comme des heures de travail effectif. Ainsi, l'employeur a l'obligation de lui verser les rémunérations correspondant à l'exécution de son contrat de travail.

Concernant les périodes de suspension du contrat de travail²⁴, notamment pour maladie et accidents professionnels, congé de maternité, leur intervention a

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ Article 13 du Code du travail Malagasy : « *Aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail lorsqu'il se trouve suspendu.*

Le contrat est suspendu :

1. - *En cas de fermeture de l'établissement par suite du départ de l'employeur sous les drapeaux ou pour une période obligatoire d'instruction militaire.*

2. - *Pendant la durée du service militaire du travailleur et pendant les périodes d'instruction militaire auxquelles il est astreint.*

3. - *Pendant la durée d'absence du travailleur en cas de maladie dûment constatée par un médecin d'un service médical inter entreprise ou d'entreprise ou, à défaut, d'un médecin agréé, laquelle durée est limitée à six (06) mois. Passé ce délai, l'employeur peut rompre le contrat de travail, mais doit régler tous les droits du travailleur, dont notamment le préavis.*

4. - *Pendant la durée d'absence de la mère ou éventuellement du père, dans la limite de deux (02) mois, en cas de maladie ou d'hospitalisation d'un enfant au sens du Code de Prévoyance Sociale sous réserve de présentation d'un certificat médical justifiant la présence obligatoire de la mère ou éventuellement du père. Passé ce délai de deux mois, l'employeur peut rompre le contrat de travail, mais doit régler tous les droits du travailleur, dont notamment le préavis.*

5. - *En cas de participation du travailleur à une compétition sportive nationale ou internationale, dûment attestée par le Ministère chargé du Sport ou ses démembrés territorialement compétents. La durée de préparation (stage ou formation) de la compétition*

pour effet de reporter le terme de validité de la clause. Ce report correspond ainsi à la durée d'absence du travailleur.

Ainsi, l'employeur a le devoir d'améliorer les compétences du salarié en lui offrant une opportunité de se former gratuitement.

Les obligations du salarié formé ont pour objet, soit sa fidélité envers l'entreprise, soit le versement d'une indemnité de formation. La clause accordant donc à l'employé la possibilité de se libérer de son engagement, il s'agit ici d'une obligation alternative²⁵.

En contrepartie de la formation dispensée, le salarié doit rester, pendant une durée déterminée, au service de l'entreprise. Par conséquent, on parle d'une restriction limitée du droit de démission du salarié. Ce dernier peut également décider de quitter l'entreprise en payant de manière forfaitaire à l'employeur les dépenses effectuées pour la formation. En ce cas, il est de son devoir de verser une somme d'argent proportionnelle aux frais de la formation reçue.

nationale ou internationale entre en compte dans la durée de suspension du contrat. Pour les sportifs qualifiés de haut niveau, les conditions prévues par les dispositions de la Loi relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives sont appliquées par la conclusion de conventions entre le Ministère chargé du Sport et les organismes publics ou privés concernés.

6. - Pendant l'absence du travailleur appelé à des fonctions électives. Dans ce cas, la suspension du contrat de travail ne dépasse pas un mandat. Passé ce délai, l'employeur peut rompre le contrat de travail, mais doit régler tous les droits du travailleur, dont notamment le préavis.

7. - En cas de mise en chômage technique des travailleurs, durée limitée à six (06) mois. Toutefois, le travailleur peut rompre le contrat sans préavis après trois mois. Le chômage technique se définit comme étant toute interruption collective du travail résultant de causes conjoncturelles ou accidentelles telles que des accidents survenus aux matériels, une interruption de la force motrice, un sinistre, une pénurie accidentelle de matières premières, d'outillage et moyens de transport. Le chômage technique cesse dès la disparition du ou des motifs invoqués par l'employeur. Passé le délai de six mois, le contrat est considéré comme rompu et l'employeur doit régler les droits du travailleur, dont notamment le préavis et l'indemnité de licenciement.

8. - Durant la période d'arrêt de travail consécutive à un accident de travail ou à une maladie professionnelle.

9. - Pendant la durée d'une grève licite.

10. - En cas de réquisition d'emploi prévue par la législation en vigueur.

11. - Pendant la durée de la détention préventive du travailleur ayant bénéficié d'une décision judiciaire de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement pur et simple ou au bénéfice du doute. La réintégration du travailleur est, dans ce cas, obligatoire. Si la détention se prolonge au-delà de 14 mois, l'employeur peut rompre le contrat de travail, mais doit régler tous les droits du travailleur, dont notamment le préavis ».

²⁵ M.-O. HUCHET, « La Clause de dédit-formation », *ibid.*

Toutefois, la durée de l'obligation de fidélité du salarié ne doit pas être trop longue et le montant du dédit à verser ne doit pas être trop élevé.

2. Régime d'application de la clause de dédit-formation

En ce qui concerne la mise en œuvre de la clause de dédit-formation, la jurisprudence a précisé les modalités d'ouverture du droit au remboursement de l'employeur (a) ainsi que celles de la détermination de l'indemnité de remboursement (b).

a. Le droit au remboursement de l'employeur

En principe, l'ouverture du droit au remboursement de l'employeur résulte de la rupture du contrat de travail par le salarié. En d'autres termes, la clause s'applique dans la mesure où la rupture du contrat est imputable à ce dernier, c'est-à-dire intervient à son initiative.

Pour que l'employeur puisse se prévaloir de la clause de dédit-formation et par conséquent, percevoir les frais d'indemnité de formation, il est donc nécessaire de préciser la notion de rupture unilatérale du contrat de travail.

Les acquis de la formation dispensée valorisent le salarié sur le marché du travail. Il se peut, alors, que ce dernier soit tenté, avant la fin de la période de fidélité prévue, d'abandonner son employeur, dans la mesure où un poste intéressant et mieux rémunéré lui serait proposé par un tiers.

Dans cette hypothèse, l'inexécution par le salarié de son obligation conduit ainsi à la mise en œuvre de la clause de dédit-formation. Dans la mesure où l'employeur a exécuté intégralement ses obligations et que la clause en question est licite, il n'y a aucun obstacle à ce que la clause ne produise pas son effet. La mise en jeu de la clause de dédit-formation résulte de la démission du salarié.

Par ailleurs, en cas d'inexécution de son obligation par l'employeur, la mise en œuvre de la clause de dédit-formation n'a aucun lieu d'être.

Outre ce cas, le licenciement injustifié du salarié, autrement dit une rupture du contrat de travail non imputable aux agissements du salarié, entraîne aussi la nullité de la clause. Il peut s'agir ici d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En ce sens, « *en raison d'un licenciement empreint de légèreté blâmable, car intervenu brusquement et en l'absence de faute de la part du salarié, l'employeur ne pouvait prétendre au montant prévu dans la clause* »²⁶.

²⁶ *Idem.*

Dans le cadre d'un licenciement économique²⁷, la clause de dédit-formation ne prend également pas effet, en raison du fait que l'inexécution des obligations contractuelles émane d'une difficulté économique ou de mutations technologiques, et n'est pas imputable au comportement de l'une ou de l'autre partie. Il en est de même en cas de licenciement déguisé ou la rupture de contrat de travail pour force majeure : la cause de la rupture est alors ailleurs que dans le comportement de l'employeur ou du salarié.

Il est à noter que, dans le cadre de l'exécution de la clause de dédit-formation, l'employeur conserve son pouvoir disciplinaire. Donc, il peut toujours mettre fin, avant le terme fixé, aux fonctions du salarié.

L'employeur a également droit au remboursement en cas de licenciement pour cause réelle et sérieuse, notamment pour faute grave du salarié. En effet, la mise en œuvre de la clause de dédit-formation par le seul cas de démission du salarié, peut l'inciter à agir de mauvaise foi, en adoptant un comportement qui justifierait son licenciement dans le seul but d'échapper aux conséquences de cette clause.

Il y a mise en jeu de la clause en raison d'un détournement du but de l'accord conclu entre l'employeur et le salarié. Il y a également existence d'un éventuel préjudice causé à l'entreprise du fait de son comportement fautif.

Ainsi, l'employeur qui a manqué à ses obligations doit en supporter les conséquences, et inversement, le salarié responsable de la rupture doit verser le montant de dédit à l'employeur.

b. La détermination de l'indemnité de dédit-formation

L'arrêt de principe, rendu le 17 juillet 1991 par la Cour de cassation française, précise que « *les clauses de dédit-formation sont licites dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective et où elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de sa faculté de démissionner* ».

Afin de déterminer la quotité due par le salarié à l'employeur, le juge prend en considération le coût de la formation dispensée, le montant de dédit prévu au contrat de travail ainsi que la durée de fidélité déjà effectuée par le salarié.

²⁷ Article 24 du Code de Travail Malagasy : « *Le licenciement pour motif économique est un licenciement provoqué par des difficultés économiques ou de mutation technologique. Il peut être collectif ou individuel* ».

Concernant la détermination de l'assiette de l'indemnité, seuls les frais réels engagés par l'employeur peuvent lui être remboursés. Il ne peut prétendre alors qu'à des sommes d'argent qu'il a réellement supportées pour la formation. De ce fait, l'employeur, pour obtenir remboursement, doit exposer de manière précise les fonds qu'il a effectivement engagés pour la formation. Par conséquent, les subventions reçues des associations de gestion de fonds, comme celles du FMFP, sont exclues du montant à rembourser.

Par ailleurs, le salaire et les charges sociales n'entrent pas dans les éléments constitutifs du montant de dédit. Les rémunérations perçues par le salarié durant la période de formation ne fait l'objet d'aucune demande de remboursement de la part de l'employeur.

Il est possible que, lors de la mise en jeu de la clause de dédit-formation, le salarié ait effectué une partie de la durée de son obligation de fidélité prévue par le contrat. Ainsi, il y a lieu de constater qu'une telle situation peut avoir un impact sur la variation du montant du dédit à rembourser. On parle alors ici d'un remboursement dégressif des frais de formation²⁸. En d'autres termes, le remboursement du dédit sera effectué proportionnellement au reste du temps à courir du jour de la rupture jusqu'à la fin de la période prévue. Il est à noter, cependant que ce mode de remboursement peut être convenu à l'avance dans la clause. Cette stipulation permet d'assurer l'équité du contrat ainsi que la protection des intérêts des parties contractantes.

3. La clause de dédit-formation, une clause non pénale

D'après le *Lexique Juridique*²⁹, le dédit est une notion du droit civil désignant la somme d'argent que le débiteur doit verser à son créancier s'il use de la faculté, qui lui est reconnue, de ne pas exécuter son obligation. Autrement dit, il s'agit de la faculté de se dérober à un engagement ou encore d'en interrompre l'exécution.

Par extension, la clause de dédit est une stipulation contractuelle aux termes de laquelle une des parties à un contrat peut se réserver la faculté de se dégager de son obligation en contrepartie d'une somme au cocontractant. Souvent, la clause de dédit se confond avec la clause pénale.

La clause pénale est une disposition contractuelle visant à contraindre un cocontractant à exécuter le contrat jusqu'à son terme, sous peine de devoir verser à l'autre des dommages-intérêts d'un montant forfaitaire fixé au moment

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} édition, 2016.

de la conclusion du contrat. Il s'agit d'une sanction de droit civil prévue dans le contrat et ayant force obligatoire entre les parties³⁰.

Certes, les deux types de clauses ont une fonction *in fine* dissuasive, qui permet de garantir efficacement l'exécution des obligations, en prévenant son inobservation par l'une des parties ou en la sanctionnant. Elles s'apparentent à la réparation de l'inexécution d'un contrat. Toutefois, elles ont des caractéristiques bien distinctes, en ce qui concerne la nature de leur fonction.

D'une part, la clause de dédit assure une fonction compensatoire. En ce sens, ce type de clause accorde à l'une ou l'autre des parties, la possibilité de résilier unilatéralement le contrat avant son terme, en versant une compensation conventionnellement fixée à l'autre partie. Autrement dit, il s'agit d'un droit de se libérer de ses obligations, moyennant le versement d'une contrepartie financière. D'autre part, la clause pénale revêt une double fonction. Elle a à la fois un caractère comminatoire et indemnitaire. D'abord et avant tout, de par sa seule existence, cette clause dissuade une partie de rompre les relations contractuelles avant son terme, en la menaçant de représailles financières en cas de manquement aux obligations conventionnelles (caractère comminatoire), sur la base d'une évaluation forfaitaire du préjudice pouvant être subi par cette inexécution. Le cas échéant, la mise en œuvre de cette clause joue un rôle indemnitaire.

Ainsi, la clause de dédit s'applique comme un droit pour les parties, tandis que la clause pénale s'applique en cas de violation contractuelle ou de faute d'une des parties. Autrement dit, alors que la clause pénale s'appuie sur la notion de faute, la clause de dédit consiste en un droit librement convenu par voie contractuelle³¹.

³⁰ Article 1231-5 du Code civil français :

« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ».

³¹ Simon Associés, « Clause pénale et clause de dédit : attention à la qualification », *La Lettre de réseaux*. URL: <https://www.lettredesreseaux.com/P-2916-451-A1-clause-penale-et-clause-de-dedit-attention-a-la-qualification.html>

La clause de dédit-formation est une stipulation contractuelle permettant à un employeur d'imposer à un salarié, ayant bénéficié d'une formation, au frais de l'entreprise, la restitution totale ou partielle des sommes ainsi engagées, dans l'hypothèse où ce dernier quitterait l'entreprise avant l'échéance d'un certain délai postérieurement à la formation. Ainsi, cette clause libère le salarié ayant bénéficié de la formation de son obligation de ne pas quitter l'entreprise jusqu'au terme du contrat, en contrepartie du paiement d'une indemnité forfaitaire correspondant au coût de la formation. Dans l'hypothèse où la décision de rompre le contrat du travail émane de l'employeur, ce dernier a la possibilité de demander le remboursement des frais de formation, si le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse liée au comportement du salarié bénéficiaire, notamment une faute grave ou une faute lourde de ce dernier.

II. Analyse des problèmes nés de l'application de la clause de dédit-formation à Madagascar

À Madagascar, rares sont les entreprises qui pratiquent la clause de dédit-formation en vue de la réalisation d'une formation professionnelle, sauf les sociétés internationales telles que la société minière d'AMBATOVY.

Certaines entreprises mettent en œuvre une autre solution : pour garantir l'amortissement des dépenses de formation, elles font souscrire à leurs travailleurs une obligation de loyauté pendant une période déterminée.

Pour expliquer la rareté d'une telle clause, il importe d'étudier les obstacles qui rendent sa stipulation peu courante (A), puis ceux qui s'opposent à l'efficacité des clauses stipulées (B).

A. Les obstacles à l'insertion de clauses de dédit-formation dans les contrats de travail

À Madagascar, la pratique de la clause de dédit-formation rencontre deux types d'obstacles. Le premier est d'ordre juridique et concerne le statut de la garantie de remboursement de l'indemnité de formation au regard la législation malagasy du travail (1). Le second obstacle est plutôt d'ordre économique et a trait aux pratiques de débauchage que les clauses de dédit-formation seraient susceptibles de favoriser (2).

1. Un statut difficile à cerner au regard de la législation malagasy du travail

Outre le code du travail en vigueur, les relations individuelles ou collectives du travail sont également régies par d'autres textes, notamment les normes internationales du travail, les normes réglementaires prises pour l'application des lois (par voie de décrets et d'arrêtés), les conventions collectives ou encore la jurisprudence

En considération du principe d'ordre public social du droit du travail, illustré par le principe de faveur ou le principe du plus favorable, et en cas de conflits de normes juridiques, les dispositions les plus favorables, c'est-à-dire celles qui sont les plus protectrices des droits du travailleur doivent recevoir application. En effet, la réglementation du travail, qui se borne à un encadrement minimal des conditions de travail, présente ainsi un caractère souple qui offre aux parties intéressées la possibilité de prévoir des conditions de travail plus favorables aux travailleurs.

Or le droit malagasy du travail est muet en matière de dédit-formation (a), laissant ainsi les mains entièrement libres aux parties intéressées (b).

a. L'absence de cadre juridique général dédié à la clause de dédit-formation

Aucune loi ni règlement ne traite du régime d'application de la clause de dédit-formation à Madagascar. Le Code du travail en son titre VI et plus précisément en son article 191, affirme que la formation professionnelle est un droit du travailleur et donc une obligation pour l'employeur.

Pour assurer la formation professionnelle, une politique a été adoptée et développée en collaboration étroite entre le gouvernement et les partenaires sociaux ainsi que d'autres organismes intéressés, afin d'en déterminer les modalités. De ce fait, si la réalisation de la formation professionnelle ne représente aucune difficulté en elle-même, le recours à la clause de dédit-formation n'est pas favorisé par l'absence de cadre juridique spécifique dans le droit malagasy du travail.

L'absence de toute précision de celui-ci sur la validité de principe d'une telle clause, et plus encore sur les conditions de sa mise en œuvre, ne paraît guère incitatif.

En outre, l'absence de convention collective ou d'accord d'établissement contribue également au faible succès de la clause de dédit-formation. En principe, l'établissement d'une convention collective est obligatoire pour les entreprises employant habituellement plus de cinquante travailleurs, la

convention collective étant définie comme « *tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale* »³². La convention collective s'entend ainsi comme un processus dans le cadre duquel les représentants des employeurs et des salariés négocient et fixent les règles applicables aux relations de travail, ce qui permet de promouvoir et défendre les intérêts des travailleurs³³, les dispositions prévues dans la convention collective primant sur celles prévues dans le contrat de travail. Ainsi, l'établissement de la convention collective permet de se protéger des abus éventuels de l'entreprise tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi³⁴. D'ailleurs, c'est l'objectif même de la négociation collective qui incite les entreprises à ne pas établir une convention collective.

L'absence de dispositions légales ou conventionnelles relatives au principe de dédit-formation laisse sa mise en œuvre à la volonté des parties contractantes.

b. Une prévision laissée à l'appréciation des parties au contrat de travail

Selon l'article 123 de la LTGO, le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi. En ce sens, le contrat engendre, à l'égard des parties qui s'y sont engagées, des droits et obligations réciproques. La force obligatoire du contrat résulte de la liberté contractuelle relative des parties. Ainsi, les parties sont libres de contracter, tout en étant contraintes par des dispositions ou des conditions qu'elles ont édictées.

Du fait de ce principe de liberté contractuelle, les modalités de réalisation du dédit-formation peuvent être convenues librement par l'employeur et le salarié bénéficiaire. Sont alors négociés selon la volonté des parties l'objet de la clause, notamment la nature, la durée de la formation et celle de la fidélisation du salarié formé au sein de l'entreprise, ainsi que le coût de la formation supporté par l'employeur. Les parties prévoient également, dans le contrat, le montant de l'indemnité forfaitaire de formation due à l'entreprise en cas de

³² Article 173 du Code malagasy du travail ; A. ODERO et H. GUIDO, *Droit Syndical de l'OIT : Normes et Procédure*, Bureau International du Travail, 1996, 133 pp., p. 77.

³³ N. RAKOTOBÉ RALAMBONDRAINNY et I. RAKOTO, *Droit malgache du travail – Les relations individuelles de travail*, Tsipika, 3^{ème} édition, 2017, p. 42.

³⁴ Article 1^{er} de la Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949, in *Droit Syndical de l'OIT : Normes et Procédures*, *op. cit.*

résiliation anticipée de l'engagement ainsi que les moyens dont le salarié dispose pour la verser.

Toutefois, la liberté de négociation contractuelle des parties est contrainte par le déséquilibre des rapports de force dans les situations de travail, qui se traduit notamment par le caractère d'adhésion du contrat de travail. En effet, la plupart des contrats de travail ne laisse aux salariés que la possibilité de refuser ou d'adhérer aux conditions de travail imposées par l'employeur.

Par ailleurs, en raison de l'absence ou d'insuffisance de réglementation, certaines entreprises situées à Madagascar décident d'opter pour une autre forme d'engagement : « le contrat de formation » ou « le contrat d'amortissement », plus simple, prévoyant une période de loyauté de cinq ans. L'entreprise qui recourt à la formation de ses salariés, les oblige à rester à son service durant une durée déterminée à compter de la date de la fin de la formation. L'engagement de formation consiste ainsi en l'obligation de fidélité du salarié envers l'entreprise, en contrepartie de l'investissement effectué pour la formation. En cas de manquement à l'obligation de fidélité, l'employeur peut poursuivre son salarié conformément aux dispositions relatives au règlement des différends prévues dans le contrat de travail.

2. Une pratique guère favorisée par la situation du marché du travail

L'acquisition de nouvelles compétences par les salariés contribue à l'élargissement et la diversification des offres de travail.

En effet, la formation professionnelle favorise la mobilité professionnelle du salarié, en le rendant plus autonome dans le choix de son parcours professionnel. Certaines entreprises, lorsqu'elles éprouvent les mêmes besoins en compétences professionnelles que d'autres qui les ont satisfaits en formant leurs salariés, peuvent à cet égard être tentées par des pratiques peu éthiques visant à capter à son profit le personnel ainsi formé.

Le recours à la clause de dédit-formation est ainsi peu pertinent, au vu des pratiques de débauchage du salarié par une entreprise concurrente (a), elles-mêmes favorisées par l'absence de coordination au sein des organisations professionnelles des entreprises (b).

a. Les pratiques de débauchage, par une entreprise concurrente, du personnel formé d'une autre

En principe, chaque entreprise est libre de concurrencer les autres, tout comme, sur le marché du travail, la liberté de travail est de principe. Chaque salarié est ainsi libre de changer d'emploi et de quitter son employeur pour aller

travailler chez l'un des concurrents de ce dernier. De même, chaque entreprise est libre de chercher à débaucher les travailleurs d'une entreprise concurrente.

Des règles concurrentielles ont été toutefois élaborées en vue de prévenir les comportements ou actes déloyaux que pourraient commettre les entreprises pour nuire à leurs concurrents. Selon l'article 8 de la loi malagasy n° 2018-020 du 29 juin 2018³⁵, modifiant la loi n° 2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence garantissant la liberté et la loyauté sur le marché³⁶, la concurrence déloyale est considérée comme « *tout agissement non conforme aux usages d'une profession commerciale ou non, tendant à attirer la clientèle ou à la détourner d'un concurrent* ».

À cet égard, le débauchage désigne les manœuvres et les comportements déloyaux par lesquels un nouvel employeur se rend complice d'un salarié qui rompt abusivement son contrat de travail³⁷.

Dans le cadre de l'application de la clause de dédit-formation, il est fréquent qu'à la fin de la formation, des entreprises soient tentées de prendre en charge l'obligation de remboursement de l'indemnité de formation. En ce sens, le concurrent, ayant pris connaissance de l'existence de l'obligation de dédit-formation et en vue de profiter des compétences professionnelles acquises lors de la formation, décide de proposer au salarié le paiement des frais de formation dispensés, en contrepartie d'une promesse d'embauche de ce dernier au sein de son entreprise.

Si, par exemple, une entreprise A décide d'envoyer en formation un salarié pour lui permettre de maîtriser un nouveau dispositif alors que, parallèlement, une entreprise B ayant fait l'acquisition du même dispositif cherche un salarié capable d'utiliser celui-ci, l'entreprise B pourrait chercher à débaucher le salarié à l'entreprise A en lui proposant un poste de travail similaire mais avec une rémunération supérieure et l'offre de prendre en charge l'indemnité prévue notamment au titre de la clause de dédit-formation.

L'acte déloyal du nouvel employeur s'illustre parfaitement à travers l'adage malagasy : « *Izaho no namono ny voay, ny hafa no miravaka ny vanginy* », signifiant que c'est moi qui ait tué le crocodile mais que ce sont les autres qui arborent ses dents. Contextuellement, les concurrents, en vue d'assurer une stabilité économique à leur entreprise, détournent les efforts d'une autre entreprise, en exploitant les résultats de la formation professionnelle

³⁵ Loi n° 2018-020 du 29 juin 2018 portant refonte de la loi sur la concurrence, *J.O.R.M.* n° 3867 du 11 février 2019, p. 865.

³⁶ Loi n° 2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence, *J.O.R.M.* n° 3011 du 23 janvier 2006, p. 1016.

³⁷ *Lexique des termes juridiques, op. cit.*

dispensée. Les apports investis par l'entreprise dans la formation du salarié profitent ainsi à son concurrent. Ce débauchage entraîne, en effet, une désorganisation au sein de l'entreprise en raison d'une perte de temps et de ressources essentielles pour son fonctionnement.

b. Une pratique favorisée par l'absence de coordination au sein des organisations professionnelles des entreprises

Les organisations professionnelles des entreprises sont des groupements interprofessionnels ou nationaux de plusieurs entreprises qui exercent dans un même secteur ou branche d'activité, constitués en vue de défendre les intérêts collectifs de ces entreprises auprès des pouvoirs publics et autres entités. Ces organisations peuvent prendre la forme d'associations, de fédérations, ou d'unions.

Le GEM³⁸ est l'une des organisations la plus représentative des entreprises à Madagascar. Les missions de l'organisation peuvent être regroupées en trois volets : la représentation de l'ensemble des entreprises auprès des pouvoirs publics et des autres organisations économiques qui ne relèvent pas de son autorité ; la promotion d'améliorations dans la gestion des entreprises, ce qui se traduit par la réalisation et la diffusion des études nécessaires ainsi que la mise en œuvre des moyens de formation correspondants ; l'action nécessaire pour assurer la cohésion au sein de l'organisation.

L'organisation a un rôle consultatif et informatif. En ce sens, elle donne à chaque entreprise des directives leur permettant de s'adapter aux avancées technologiques et évolutions du marché. Des actions communes sont menées au sein des organisations professionnelles afin de se conformer aux besoins.

À ses côtés se trouve le FIV.MPA.MA³⁹, une fédération d'entreprises malagasy évoluant dans les mines, l'agriculture, l'artisanat ainsi que les bâtiments et travaux publics, qui a pour objectif de promouvoir le développement d'une industrialisation malagasy durable. Elle a pour mission de promouvoir une participation effective de ses membres à la vie économique et sociale de Madagascar. Ainsi, le FIV.MPA.MA se fixe pour but de pousser le pays vers une industrialisation rapide, et d'interpeller l'État afin qu'il fasse de l'industrialisation une vraie priorité pour le développement de Madagascar.

³⁸ Le Groupement des Entreprises de Madagascar est une fédération multisectorielle ayant une compétence nationale regroupant à peu près de 1500 entreprises, dont 87 entreprises affiliées, 17 associations et syndicats professionnels sectoriels nationaux et 7 groupements régionaux multisectoriels, depuis sa création en 1972

³⁹ Fivondronan'ny Mpandraharaha Malagasy (association des entrepreneurs à Madagascar).

En principe, les organisations professionnelles ont pour objet d'assurer la cohésion du groupe, en informant largement les employeurs membres de leur action, et en développant les relations entre les différentes fédérations des entreprises. Or l'on peut constater des insuffisances dans la planification des actions des groupements en vue de pallier les besoins de compétences des entreprises. Il est de l'obligation des groupements de coordonner de manière globale les plans d'actions des entreprises à cet égard. La désorganisation des organisations peut ainsi conduire aux agissements déloyaux des employeurs. La situation s'expliquerait par la rareté des ressources disponibles sur le marché du travail. En effet, selon le rapport du Centre de Recherches, d'Études et d'Appui à l'analyse Economique à Madagascar, « *la population active Malagasy est caractérisée par sa faible productivité due à la faiblesse des compétences et le manque de qualification de la main d'œuvre. [...]. Cette faible productivité s'explique par le faible niveau d'instruction de la population en âge de travailler, à savoir 33 % des actifs sont sans instructions, 52 % sont de niveau primaire ; 14 % dépassent le niveau primaire en milieu urbain, 11 % en milieu rural ; 11,9 % seulement des actifs sont de niveau secondaire et 2,8 % sont de niveau universitaire* »⁴⁰.

B. Les obstacles à l'efficacité des clauses de dédit-formation stipulées dans les contrats de travail

La clause de dédit-formation a pour objectif principal de former un salarié et de le fidéliser afin de bénéficier des compétences acquises lors de la formation suivie.

Or la clause de dédit-formation manque d'efficacité à cet égard : la sécurisation des ressources humaines recherchée s'avère incertaine (1), et la clause elle-même n'offre pas une sécurité juridique à toute épreuve (2).

1. La clause de dédit-formation : une sécurisation incertaine des ressources humaines

En général, la formation professionnelle permet d'assurer la bonne marche de l'entreprise. D'une part, l'acquisition de nouvelles connaissances et de savoir-faire, par les salariés, permet à l'employeur d'anticiper les évolutions technologiques et techniques ainsi que d'améliorer la productivité et la compétitivité de son entreprise sur le marché. D'autre part, la formation

⁴⁰ E. I. ANDRIAMIANDRA, *Le droit à la formation professionnelle : effectivité ?*, mémoire Master 2 en Droit Privé appliqué, 2020, p. 5 ; CREAM, *Les problématiques de l'Emploi et Solutions à Madagascar*, n° 005, Antananarivo, 1er Trimestre 2013, p. 1.

constitue un facteur de motivation des salariés et, ainsi, d'amélioration de la performance de l'entreprise. Ainsi, la formation est définie comme un outil important de la gestion des ressources humaines favorise et développe autant l'employabilité que la fidélité à l'entreprise des salariés.

Toutefois, la possibilité pour le salarié de partir de l'entreprise en remboursant les frais de formation dispensée s'apparente à une perte pour celle-ci. Certes, les frais de la formation seront remboursés mais les qualifications acquises ne seront pas mises au profit de l'entreprise. L'utilisation d'une clause de dédit-formation peut donc être une source de démotivation du salarié. Les apports de la formation ne sont pas rentables pour l'entreprise. Cela peut être un obstacle à son fonctionnement.

2. La clause de dédit-formation : une source incertaine de sécurité juridique

Le recours à une clause de dédit-formation peut-il exclure l'exercice du pouvoir modérateur du juge dans ce qui concerne le montant de l'indemnité due à ce titre le cas échéant (a) ? Peut-on par ailleurs l'insérer dans un contrat d'embauche à l'essai (b) ?

a. Le pouvoir de révision du juge dans la mise en œuvre de la clause de dédit-formation

Conformément à l'article 1152 du code civil, le critère de la distinction d'une clause de dédit et d'une clause pénale réside dans la possibilité, pour le juge, de réviser l'indemnité de rupture. Le juge ayant un droit de regard sur le montant de l'indemnité d'une clause pénale, il peut le réviser dans la mesure de son éventuel caractère excessif ou dérisoire. En effet, le montant de l'indemnité doit être proportionnel au préjudice que causerait le débiteur n'ayant pas respecté ses obligations contractuelles. Contrairement à la clause pénale, la clause de dédit ne peut être modulée par le juge, et cette impossibilité du juge conduit à certaines réflexions.

Rappelons qu'une clause de dédit a pour objet de donner au salarié la possibilité de ne pas exécuter son obligation, en versant au créancier une indemnité de rupture. Dans cette perspective, les parties disposent d'une entière liberté en ce qui concerne la détermination du montant de cette indemnité ; contrepartie du droit accordé au bénéficiaire de la clause de se libérer de son obligation, l'indemnité de dédit présente alors un caractère définitif.

L'impossibilité pour le juge d'utiliser son pouvoir modérateur peut inciter l'employeur à abuser de la situation, en se détournant de l'objet même de la clause. Par conséquent, le principe de non-immixtion du juge peut constituer un

obstacle à la capacité du salarié de choisir librement son activité et son employeur.

En principe, le montant du dédit doit être proportionnel aux dépenses réelles supportées par l'employeur pour la formation de son salarié. De plus, il doit tenir compte également de la période de fidélisation effective de ce dernier au sein de son entreprise. En ce sens, le montant de l'indemnité doit également être fixé en fonction du temps durant lequel le salarié est resté au service de son employeur. De ce fait, l'indemnité doit être à la hauteur de la perte subie et du manque à gagner pour l'employeur en raison de la rupture du contrat de formation par le salarié.

Ainsi, l'interdiction pour le juge de réviser le montant de l'indemnité de formation peut constituer une atteinte au principe général de faveur gouvernant le droit du travail. Dans le cadre du règlement des conflits individuels de travail, la solution proposée doit tenir compte de la réalité économique du travailleur, c'est-à-dire du niveau de vie de ce dernier, notamment de ses ressources financières. Le pouvoir d'appréciation de l'indemnité de dédit-formation par le juge offrirait une meilleure protection pour le salarié. Ce pouvoir modérateur contribuerait à l'émergence des principes de loyauté, d'équilibre dans les relations contractuelles.

Le caractère excessif de l'indemnité peut priver le salarié de son droit de rompre son engagement et par conséquent, semble contraindre le salarié à exécuter son obligation contractuelle plutôt qu'à payer le prix de sa liberté⁴¹. Une telle pratique la rapproche donc étroitement de celle d'une clause à caractère pénal. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à qualifier la clause de dédit-formation de clause pénale⁴².

b. La possibilité contestée d'introduire une clause de dédit-formation dans un contrat d'embauche à l'essai

« Il y a engagement à l'essai lorsque l'employeur et le travailleur, en vue de conclure un contrat définitif, décident au préalable d'apprécier notamment,

⁴¹ G. MAIRE, « clause de résiliation anticipée et indemnité de rupture », 2020 – URL : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/59202445-le-point-sur-clause-de-resiliation-anticipée-et-indemnité-de-rupture>

⁴² M.-O. HUCHET, « La Clause de dédit-formation », *ibid.* ; v. aussi J.-P. CHAUCHARD, « La clause de dédit-formation ou le régime de liberté surveillé appliqué au salarié », *Droit social*, 1989, p. 388 : « *Le plus souvent, la clause de dédit-formation incarne la volonté de l'employeur d'obtenir le remboursement à forfait des débours non amortis et révèle l'existence d'une véritable obligation de fidélité à l'égard de l'entreprise. Mais elle peut se présenter parfois comme n'ayant aucun rapport avec les dépenses de l'entreprise lorsqu'elle les excède largement. Elle remplit alors un rôle d'intimidation à l'encontre du salarié désirant mettre fin à son contrat de travail et prend la forme d'une sanction pécuniaire* ».

le premier, la qualité des services du travailleur et son rendement, le second, les conditions de travail, de rémunération, d'hygiène et de sécurité, ainsi que le climat social »⁴³. En ce sens, la période d'essai est une période qui se situe obligatoirement au début de la relation contractuelle, permettant à l'employeur d'évaluer les compétences, les capacités et l'expérience du salarié dans son poste de travail, et au salarié d'apprécier si les fonctions qu'il occupe lui conviennent.

Rappelons que les modalités de l'engagement à l'essai doivent être prévues dans le contrat individuel de travail. En d'autres termes, il est impératif d'avoir un écrit. La durée de l'engagement à l'essai varie de trois à six mois en fonction de la catégorie professionnelle du travailleur, et il est renouvelable une fois. Chaque partie est également libre de rompre l'engagement à l'essai sans le paiement d'aucune indemnité de préavis.

Dans le cas où les fonctions occupées par le travailleur engagé à l'essai nécessitent une formation spécifique, et où pour mieux évaluer les compétences de ce dernier, l'employeur décide de lui proposer de prendre en charge les frais de la formation en question, il serait possible pour l'employeur de stipuler une clause de dédit-formation dans le contrat d'essai du travailleur.

Par exemple, le travailleur a été engagé pour une période d'essai de 3 mois en qualité de technicien de contrôle. Pour mieux apprécier les capacités du travailleur, son employeur décide de lui proposer une formation concernant une machine X, en contrepartie de laquelle ce dernier s'engage à rester au service de l'entreprise pendant une durée de deux ans. Il est alors important de savoir, en cas de rupture du contrat, laquelle des deux clauses serait applicable. Une telle stipulation est-elle valable dans un contrat d'engagement à l'essai ? Est-ce que l'employeur, en cas de rupture du contrat d'essai, disposerait d'un droit au remboursement des frais de formation ?

On peut dire qu'il existe un conflit doctrinal entre la théorie de la période d'essai et celle du dédit-formation. La première affirme que tant l'employeur que le salarié est libre de rompre son engagement à l'essai dans la mesure où il constate que le fruit du travail ou les conditions de travail ne conviennent ni à l'une ni à l'autre. La seconde, quant à elle, subordonne la rupture du contrat au remboursement d'une indemnité de dédit-formation.

En principe, une clause de dédit-formation est valable dans un contrat d'engagement à l'essai dans la mesure où ledit contrat ne l'exclut pas de manière expresse⁴⁴. Autrement dit, dès lors que le salarié bénéficiaire d'une

⁴³ N. RAKOTOBE RALAMBONDRAINNY – I. RAKOTO, *Droit malgache du travail – Les relations individuelles de travail*, op. cit., p. 214.

⁴⁴ M.-O. HUCHET, « La Clause de dédit-formation », *ibid.*, p. 390.

formation résilie son contrat durant la période d'essai, et par conséquent décide de ne pas exécuter son obligation de fidélité envers l'employeur, il devra rembourser les frais de sa formation.

De ce fait, la démission du salarié, quel que soit la nature du contrat, a pour effet le déclenchement du droit au remboursement de l'employeur par le salarié formé. En ce sens la résiliation du contrat de travail par le salarié au cours d'une période d'essai ne prive pas ainsi l'employeur de percevoir le montant du dédit, sauf en cas de non-respect des conditions de validité de la clause de dédit-formation.

III. Recommandation et perspectives d'avenir de la clause de dédit -formation

Face aux problèmes mis en évidence, il nous paraît important de proposer des recommandations en vue d'améliorer le recours la clause de dédit-formation à Madagascar.

Il nous paraît nécessaire d'instituer, pour la clause de dédit-formation, un véritable cadre légal en droit du travail malagasy (A). Il nous paraît tout aussi indispensable d'insister sur les moyens de protection des intérêts des parties au contrat de formation (B).

A. La nécessité d'instituer, pour la clause de dédit-formation, un véritable cadre légal en droit du travail malagasy

Pour mieux encadrer l'application de la clause de dédit-formation dans les relations de travail, il serait indispensable de définir un outil de référence permettant d'améliorer l'effectivité d'une telle clause dans la réalisation de l'obligation de formation.

La mise en place d'un tel dispositif se manifesterait tant par l'insertion d'une stipulation contractuelle de dédit-formation à caractère purement prévisionnel (1) que par la définition d'un régime juridique propre au dédit-formation (2).

1. L'insertion d'une stipulation contractuelle de dédit-formation à caractère prévisionnel

Le contrat pourrait stipuler de manière expresse une clause de dédit-formation en prévision d'une formation professionnelle future, prévoyant

expressément qu'elle-même serait précisée par les parties au contrat, par voie de convention particulière (avenant), dans l'hypothèse où une formation du salarié viendrait à être programmée.

Cette stipulation prévisionnelle aurait pour objet de déterminer le champ d'application d'une telle clause. Elle préciserait notamment que la clause de dédit-formation ne serait valable que dans le cadre d'une formation financée personnellement et réellement par l'employeur. De ce fait, elle serait nulle dans le cadre d'un congé individuel de formation (CIF) ou d'une formation proposée par des associations ou des organismes techniques et financiers comme le FMFP. Cette même stipulation, en vue de garantir à l'entreprise un retour sur l'investissement humain qu'elle pourrait consentir, prévoirait le principe du remboursement des frais de formation dispensés dans le contrat du travail en cas de départ prématuré procédant de la volonté du salarié.

La conclusion d'un avenant serait alors nécessaire lors de la programmation d'une formation professionnelle, par exemple à l'issue de l'entretien périodique professionnel de l'employeur avec son salarié, ou encore par suite d'une opportunité de formation sur le marché, de manière en tout cas à assurer l'adéquation du niveau de formation des salariés avec les orientations stratégiques de l'entreprise. La négociation de cet avenant aurait pour objet de spécifier très précisément les conditions de validité de la clause de dédit-formation : caractéristiques de la formation professionnelle programmée, durée de maintien dans l'entreprise au terme de cette dernière, montant du dédit et modalités de remboursement – ex : dégressivité – de la formation dispensée le cas échéant, modalités de règlement des conflits liés à la validité et/ou à l'exécution de l'avenant).

Il est à signaler que le contenu d'un contrat de travail doit être conforme aux normes juridiques du travail. Aussi, en vue d'assurer une application effective de la clause de remboursement de l'indemnité de formation, serait-il essentiel de définir un régime juridique propre à la clause de dédit-formation.

2. L'élaboration d'un régime juridique propre à la clause de dédit-formation

Rappelons qu'aucune disposition du code de travail malagasy n'encadre juridiquement le dédit-formation. Pour inciter au recours à celle-ci, tout en assurant une certaine homogénéité dans sa pratique sur le territoire malagasy, une réglementation nationale générale serait la bienvenue.

Ce texte règlementaire déterminerait, d'un point de vue général, les conditions, la durée et l'indemnité (notamment, sa base de calcul en fonction de la durée de la clause et le coût réel de la formation) possibles en matière de

clause de dédit-formation, ainsi que les modalités de l'éventuel remboursement des frais de formation. En ce qui concerne ce dernier point, il fixerait le pourcentage de remboursement des frais de formation supportés au prorata de la durée à laquelle le salarié est resté au service de l'employeur, proposerait un remboursement dégressif de l'indemnité à payer.

B. Les moyens de protection des intérêts des parties contractantes

Dans le cadre de la formation professionnelle, trois outils sont essentiels afin de protéger les intérêts des deux parties : la détermination de la compétence juridictionnelle en cas de litige (1), la mise en œuvre d'un protocole d'accord au sein des organisations professionnelles des entreprises (2) ainsi que la pratique du transfert des acquis (3).

1. La détermination de la juridiction compétente en cas de litige

La juridiction du travail est compétente pour statuer sur des conflits naissant de la relation individuelle de travail, tels ceux qui porteraient sur le montant de l'indemnité de dédit-formation (a), mais pas des relations conflictuelles avec une tierce personne à l'instar des hypothèses de concurrence déloyale (b).

a. La compétence des juridictions du travail à l'égard des conflits portant sur le montant de l'indemnité de dédit-formation

À l'égard d'une clause de dédit, le juge ne dispose en principe pas d'un pouvoir de révision du montant de l'indemnité puisqu'il s'agit d'une contrepartie du droit accordé au travailleur de se libérer de son engagement de fidélité envers l'entreprise. Aussi serait-il juste, pour le salarié, de verser à son employeur une somme d'argent d'une valeur égale à ce qu'il aurait dû payer en exécution de son contrat, dans le cas où il aurait rempli partiellement son obligation.

D'une manière générale, le pouvoir de révision du juge vise à déroger à une norme normalement applicable dont l'exécution trop stricte provoquerait pour un cas particulier des conséquences manifestement excessives. En ce sens, le contrôle du montant de l'indemnité de dédit-formation par le juge assurerait à l'indemnité de formation un caractère plus équitable et plus humain.

Ainsi, accorder au juge le pouvoir de réviser le montant du dédit-formation permettrait de garantir la licéité de la clause, en contrôlant le caractère abusif de la clause litigieuse et en vérifiant la valeur du montant à rembourser convenu en fonction de la période de fidélisation effectuée, des dépenses

supportées et enfin des conditions financières du salarié bénéficiaire dans la clause.

Pareillement à une clause pénale, l'indemnité de dédit-formation est forfaitairement convenue par la volonté des parties. Un montant de dédit trop élevé contraindrait le salarié à rester au sein de l'entreprise, et par conséquent le priverait de son droit de démissionner. Le pouvoir du juge permettrait d'évaluer l'indemnité par rapport à tous les préjudices subis.

b. La compétence des juridictions commerciales ou civiles pour sanctionner les agissements déloyaux des entreprises concurrentes

Rappelons que la concurrence déloyale est une pratique commerciale abusive d'une entreprise à l'égard des entreprises concurrentes. Dans le cadre de la formation professionnelle, les agissements déloyaux des entités concurrentes ont trait au débauchage abusif du personnel.

Contrairement aux pratiques anti-concurrentielles sanctionnées par le code pénal, la concurrence déloyale est une pratique d'ordre privé engendrant des sanctions de nature civiles⁴⁵. La concurrence déloyale relève du régime juridique de la responsabilité civile délictuelle qui permet à une victime de faire cesser les actes de concurrence déloyale et d'obtenir de son auteur une juste indemnisation.

La compétence *ratione materiae* de la juridiction, en matière de concurrence déloyale, dépendrait de la qualité de l'auteur de l'acte déloyal. La compétence relèverait du tribunal de commerce si l'auteur de l'acte est un commerçant. Et dans le cas où il est non-commerçant, il s'agirait de la juridiction civile.

Selon l'article 12 de la loi malagasy sur la concurrence, la désorganisation est définie comme « *le comportement consistant à perturber une entreprise concurrente par l'espionnage, la révélation de secret professionnel, le débauchage du personnel, le détournement de commandes, ainsi que la rupture abusive des relations commerciales établies, en vue de détourner la clientèle* ».

L'engagement de la responsabilité de l'auteur de l'acte déloyal est conditionné par le cumul de trois éléments : l'existence d'une faute, d'un préjudice subi et le lien de cause à effet. Dans le cadre de la formation professionnelle, la faute concernerait le démarchage, par une entité concurrente,

⁴⁵ Article 55 de la loi malagasy sur la concurrence (alinéa 2) : « *En application des dispositions de la présente loi : [...] 2. - les infractions relatives aux actes de concurrence déloyale visés aux articles 9, 10, 11 et 12 engagent la responsabilité de son auteur et sont poursuivis dans la règle du droit commun* ».

du salarié tenu par une obligation de fidélité au sein d'une entreprise. Le préjudice subi serait lié au détournement de l'investissement humain, dans la mesure où celui-ci impacte le développement économique de l'entreprise. Pour obtenir réparation, l'employeur lésé doit prouver le lien de causalité entre le débauchage fautif d'un travailleur et la désorganisation interne de l'entreprise.

2. La conclusion de protocoles d'accord collectifs

La promotion de la liberté syndicale à Madagascar a eu un impact positif sur la culture entrepreneuriale. En effet, l'adhésion des chefs d'entreprises aux diverses associations et organisations représentatives d'une même branche d'activité, et partageant une vision commune de celle-ci, contribue au développement du secteur d'activité concerné.

Ces associations et groupements professionnels et patronaux sont à même d'anticiper les évolutions nécessaires de la gestion des ressources humaines, eu égard aux changements permanents du marché et aux mutations technologiques. En développant une vision stratégique des besoins en formation du personnel et en développant l'offre de formation à cet égard pertinente au sein du secteur d'activité concerné, ces associations et groupements créeraient des conditions favorables à une concurrence saine et loyale sur le marché du travail. Cela contribuerait à réduire les risques de débauchage fautif du salarié formé d'un concurrent.

3. La pratique du transfert des acquis, au sein de l'entreprise, par le salarié formé

La formation professionnelle continue est considérée comme une stratégie déterminante de la gestion des ressources humaines, permettant d'améliorer et de développer les ressources nécessaires afin de répondre aux avancées technologiques et économiques du marché.

Partant du fait que la formation professionnelle est un investissement tant au niveau financier qu'au niveau de la gestion de temps du salarié, il serait important que l'employeur cherche des moyens d'exploiter de manière efficace les bénéfices de la formation et de les transférer dans son milieu professionnel.

Cette pratique consisterait à développer le partage des aptitudes reçues lors de la formation, autrement dit à considérer la formation reçue comme une sorte de formation des formateurs. En ce sens, le salarié ayant suivi une formation donnée, devrait par la suite assurer la formation de ses collaborateurs. Ce type de formation permettrait d'assurer la relève au sein de l'entreprise.

Le partage des connaissances aurait pour objet de maintenir le savoir-faire, les nouveaux concepts et méthodes obtenus de la formation au sein de l'entreprise, même après le départ du formateur. La pratique favoriserait le passage d'« *une intelligence individuelle à une intelligence collective* » et, en ce sens, constituerait un moyen de développement des capacités des collaborateurs à créer et à utiliser les connaissances d'une manière efficace dans un environnement en perpétuel changement⁴⁶.

Le transfert des acquis prendrait la forme d'une interaction entre un groupe de travailleurs. Cette interaction se traduirait par des échanges d'informations concernant un thème spécifique. Cette forme de transfert des acquis permettrait de créer une relation de confiance ainsi que de favoriser la cohésion du groupe de travail. Par conséquent, elle renforcerait le sentiment d'appartenance à l'entreprise, entraînant un accroissement du niveau de compétitivité et de performance de la société. Il pourrait également s'effectuer par l'établissement d'un support en interne qui serait consultable par tous.

Ainsi, la pratique de transfert des acquis serait un outil de gestion des connaissances permettant d'élaborer et d'utiliser de manière collective l'ensemble des concepts, de méthodes et de technologies issus de la formation.

Cette pratique garantirait une gestion rationnelle et efficace des connaissances et méthodes acquises de la formation professionnelle. Il s'agirait alors d'un moyen d'anticipation du départ volontaire d'un salarié.

Conclusion

La formation professionnelle continue, définie comme un processus d'apprentissage permettant aux travailleurs de s'adapter aux changements structurels et aux modifications de l'organisation du travail dû aux évolutions technologiques et économiques, est le facteur principal de la croissance économique d'un pays.

Il revient donc à l'employeur d'assurer de manière permanente l'adaptation du salarié à ses fonctions, de veiller au maintien de ses capacités à occuper un emploi au regard de ces nouvelles données. Dans un souci de protection de l'investissement que représentent pour elles les frais de formation de leurs salariés, les entreprises peuvent vouloir lier ceux-ci par une clause de dédit-formation dont l'objet serait de contraindre ces derniers, lorsqu'ils ont bénéficié d'une formation prise en charge par leur employeur, de restituer en

⁴⁶ F. LOUATI – L. HIKKEROVA, « Gestion des connaissances par les ressources humaines : cas du secteur des services en Tunisie », *Gestion 2000*, 2016/1 (numéro 33), pp. 33-52.

tout ou partie les frais exposés par celui-ci dans la mesure où ils partiraient de l'entreprise avant une durée déterminée.

La clause de dédit-formation est née de la pratique et son régime juridique a été précisé par la jurisprudence. Ses modalités doivent être incluses et rédigées de manière précise dans une convention, acceptée et conclue par le salarié bénéficiaire, avant le début de la formation.

La pratique de la clause de dédit-formation est toutefois troublée par l'absence de cadre légal ainsi que par les tentatives de débauchage effectuées par les entreprises concurrentes, lesquelles n'hésitent guère à proposer au salarié nouvellement formé de prendre en charge la totalité de l'indemnité de dédit-formation. De ce fait, la clause de dédit-formation est source de désorganisation interne de l'entreprise soucieuse de la formation de ses salariés, en ce sens que que les compétences acquises lors de la formation et le maintien de ceux-ci au sein de cette entreprise étaient essentielles à son fonctionnement.

Une première solution consisterait à insérer dans le contrat de travail une stipulation contractuelle prévisionnelle de dédit-formation, dont les conditions de mise en œuvre seraient ultérieurement précisées, formation par formation, au moyen d'autant de conventions individuelles de dédit-formation, le tout dans un cadre réglementaire complété pour y insérer un régime général propre à ce type de clause.

Une deuxième solution consistait à mettre en œuvre des moyens de protection des intérêts de chacune des parties au contrat. De ce fait, la reconnaissance au juge du travail du pouvoir de réviser le montant du dédit, ainsi que la mise en place d'une action en concurrence déloyale devant la juridiction civile, contribueraient à garantir autant la liberté de démission du travailleur que l'investissement de l'entreprise. La mise en œuvre d'un protocole d'accord inter patronal ainsi que la gestion rationnelle et efficace des compétences assureraient le développement économique d'une entreprise.

Actes

**La loi du 17 mai 2013
ouvrant le mariage aux couples de même sexe**

**Quels impacts juridiques, dix ans
après son entrée en vigueur ?**

Journée d'études du 12 mai 2023

Université de La Réunion

Présentation de la journée d'études

Céline KUHN

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de La Réunion

Cathy POMART

Maître de conférences HDR en droit privé

Directrice du Centre de Recherche Juridique

Université de La Réunion

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a dix ans. La France est ainsi devenue le neuvième pays européen et le quatorzième pays au monde à autoriser le mariage homosexuel. La notion d'époux n'est plus associée à une conception hétérosexuelle de l'union matrimoniale, tous les couples ont accès au mariage, sans distinction ni limite fondée sur les sexes de ses membres. On parle désormais d'époux 1 et d'époux 2, le terme étant devenu un mot neutre d'un point de vue genré. Ce changement de paradigme intervenu dans le droit du mariage a impacté de nombreuses autres branches du Droit telles que la filiation, l'état des personnes, le droit patrimonial de la famille mais aussi les droits et libertés fondamentaux.

La nouvelle rédaction de l'article 143 du Code civil – « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* » – montre que la référence au sexe n'est pas complètement abandonnée. Elle est toujours prise en compte mais ne saurait fonder une interdiction au mariage. La nuance est importante.

Le colloque du 12 mai 2023 à l'occasion de l'anniversaire de la loi dite « Mariage pour tous ! » a tenté d'analyser et de décrypter le mouvement initié par ce texte ainsi que ses répercussions aujourd'hui.

Quelle est la place entre le donné et le construit en Droit des personnes et de la famille ? Cette interrogation qui a servi de fil conducteur aux différentes interventions de cette journée, l'une des rares manifestations organisées sur ce thème dans les universités françaises, a suscité des réflexions qui viennent compléter la restitution des contributions présentées.

Mariage pour tous : de l'ouverture de l'adoption aux revendications relatives à la procréation¹

Éléonore CADOU

Maître de conférences en droit privé

Université de La Réunion

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a transformé le droit de la famille bien au-delà du simple mariage, et bien au-delà du cercle assez restreint des couples de personnes de même sexe. Par un effet de système, c'est en effet tout le droit de la famille qui a été bouleversé par cette loi, et en particulier le droit de la filiation.

Mais en vérité tout avait commencé bien avant la loi du 17 mai 2013. Si l'on cherchait à filer une métaphore ludique, on pourrait dire que ce qui avait démarré comme une partie de ping-pong s'est poursuivi par une chute de dominos, dominos qu'en 2023 on n'a pas fini de regarder tomber.

I. Première Partie : Ping-Pong

Entre 1999 et 2013, une grande partie en double mixte s'est jouée entre l'exécutif, le législateur, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, chacun se renvoyant la balle pour éviter la question pourtant centrale de l'homoparenté (A). La brèche fut ouverte par la loi de 2013, mais faute d'être parfaitement assumée, la reconnaissance de l'homoparenté généra des difficultés que l'on peine encore aujourd'hui à mesurer (B).

¹ Préparée en vue d'une présentation orale, cette contribution n'a pas été substantiellement modifiée ensuite en vue de sa publication.

A. Avant 2013 : un couple homosexuel, mais sans enfant

Avant la loi du 17 mai 2013 il y eut une longue période où chacun s'évertua à pratiquer à sa manière un véritable *déni de filiation*. Cela fut particulièrement visible dans la loi de 1999, l'ordonnance de 2005, et la QPC de 2010.

1. La loi du 15 novembre 1999 sur le PACS

La question de la « filiation pour tous » est entrée dans le débat public à la faveur des discussions relatives au contrat de partenariat civil, interminables débats qui ont finalement conduit à l'adoption de la loi sur le PACS du 15 novembre 1999. Les plus anciens se souviennent peut-être que le premier projet fut déposé par le sénateur Jean-Luc Mélenchon en 1990, et que d'autres projets se sont enchaînés par la suite, sous divers acronymes plus ou moins engageants : on eut ainsi droit au PIC et au CVS, au CUS puis au CUC... et c'est le PACS qui l'emporta. Au final, le texte ne fut adopté – après plus de 9 ans d'atermoiements – qu'à la condition, expressément posée par le gouvernement Jospin, que l'on refusât aux partenaires tout accès à l'adoption comme aux PMA.

De fait, la question de l'homoparenté ne fut même pas évoquée par la loi PACS : comme l'écrivit Jean Carbonnier, la loi du 15 novembre 1999 s'appliquait soigneusement à « *tenir les enfants à distance* »².

La balle fut alors envoyée dans le camp du Conseil constitutionnel, puisque, sans surprise, l'homoparenté fut une question centrale dans le recours formé contre la loi PACS : les auteurs du recours reprochaient à la loi de violer l'article 34 de la Constitution, en ce qu'elle renvoyait implicitement aux pouvoirs règlementaire et judiciaire la détermination des effets que le PACS aurait inévitablement sur la filiation. La réponse du Conseil constitutionnel fut sans appel : pour lui la question de la parenté ne se posait même pas puisque, selon le Conseil, la loi sur le PACS était tout simplement « *sans incidence sur la filiation* »³. Fermez le ban.

² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, PUF, 21^{ème} édition 2002, p. 747.

³ C.C., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : « *Considérant [...] que, limitée à l'objet ainsi voulu et défini par le législateur, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est sans incidence sur les autres titres du livre Ier du code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déférée. [...] La loi n'a pas davantage d'effet sur la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme* » (cons. 29) ; Adde G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien 9^{ème} édition 2006, p. 118.

Évidemment tous ne furent pas dupes. De nombreuses voix prédisaient qu'une fois le contrat d'union civile mis en place, la prochaine étape serait l'accès à la filiation et l'avènement de la famille homoparentale. D'ailleurs, comme le fit remarquer le Doyen Carbonnier, la loi sur le PACS fut insérée dans le Code civil non pas au livre III qui est celui des contrats, mais au Livre I^{er} qui est celui des personnes et de la famille⁴, ce qui révélait bien l'inconscient du législateur. Ainsi Carbonnier prédisait-il finement : « *Mais sera-t-il si facile de se débarrasser des enfants ? Ils nous reviendront plus loin* »⁵.

2. L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation

Puisque le législateur ne voulait pas s'emparer de la question, on pouvait légitimement espérer que l'ordonnance du 4 juillet 2005 « *portant réforme de la filiation* » se saisisse de la question de l'accès de tous à la filiation. Mais l'exécutif resta lui aussi parfaitement muet, aussi bien sur l'accès à la filiation adoptive que sur celui de la GPA. À l'époque, certains avaient justifié le silence du texte par le fait que l'on ne pouvait traiter de questions aussi fondamentales par le biais d'une simple ordonnance⁶.

L'exécutif n'était donc pas plus loquace que le législateur et le Conseil constitutionnel réunis. La question continua donc d'être ignorée sur le plan juridique. Mais les faits (et les gens) sont têtus, et l'homoparenté ne cessa d'être un sujet de plus en plus évoqué, en France et dans le monde.

3. La QPC « Adoption » du 6 octobre 2010⁷

Le sujet fut de nouveau porté devant le Conseil constitutionnel, cette fois sous la forme d'une QPC relative à l'exclusion des couples non mariés du champ de l'adoption. C'était en 2010 et, sans entrer dans le détail de l'argumentation,⁸ on peut dire que le Conseil constitutionnel a considéré en substance :

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, p. 733.

⁵ *Idem*, p. 746 à propos de la présomption de paternité.

⁶ C'était l'époque où, dans le respect de l'esprit de la Constitution, l'habitude n'avait pas encore été prise de légiférer par ordonnance.

⁷ C.C., décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 dite « *Adoption au sein d'un couple non marié* ».

⁸ Argumentation particulièrement lacunaire et décevante, que l'on pourrait trivialement résumer ainsi : « C'est différent parce que ce n'est pas pareil, et puis si le législateur en a décidé ainsi, qui sommes-nous pour le juger ? ».

– d'une part, qu'il n'était pas vraiment gênant d'élever un enfant sans avoir aucun lien de filiation avec lui⁹ ;

– d'autre part, qu'il n'appartenait pas au Conseil de se substituer au législateur sur la question de l'accès des couples de même sexe à l'adoption.

Refusant donc de prendre position sur ce qu'il considérait, non sans raison, comme une question d'ordre politique, le Conseil constitutionnel renvoyait cette fois clairement la balle dans le camp du législateur. En 2013, celui-ci semblait enfin prêt à répondre, et à accorder aux couples homosexuels un...demi-visa pour la filiation¹⁰.

B. Après 2013 : tous les couples, mais pas toutes les filiations

Au moment de l'élaboration de la loi du 17 mai 2013, les oppositions se sont clairement cristallisées sur la reconnaissance de la famille homoparentale. On a pu comprendre alors que les réticences étaient finalement bien plus vives sur ce point que sur le principe même d'un mariage homosexuel. Le débat peut d'ailleurs être résumé par le slogan qui fut bientôt l'emblème du mouvement *Manif pour tous*, conduit par les opposants au *Mariage pour tous* : pour élever un enfant il fallait selon eux « *Un papa, une maman* » exclusivement, et surtout pas davantage.

Malgré les violentes oppositions, la loi du 17 mai 2013 a maintenu sa volonté d'instaurer l'accès des couples de même sexe à la filiation. Le législateur a donc franchi le Rubicon... mais pas complètement : il s'est en effet arrêté au milieu du gué, en ne permettant l'accès à la parenté des couples de même sexe que par la seule voie de l'adoption. Après quelques tergiversations, le Gouvernement avait rapidement renoncé à ouvrir le chantier des procréations médicalement assistées (PMA). Quelques années plus tard, la Cour de cassation a clos le débat, en précisant dans un avis de 2018 que ni la reconnaissance, ni la possession d'état ni bien sûr la présomption de paternité n'étaient rendus accessibles par la loi aux couples du même sexe¹¹.

⁹ Où l'on voit que les Conseillers n'ont jamais essayé d'inscrire un enfant réel à la bibliothèque municipale.

¹⁰ Et pendant ce temps la Cour de Cassation joue seule dans son coin au *jokari*, en s'appliquant à rejeter systématiquement toutes les demandes de validation de GPA au nom de l'indisponibilité de l'état et du corps humain, puis au nom de la fraude à l'OP. Ça bascule en 2015, v. *infra*.

¹¹ Avis Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n° 17-70.039 P : « *En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption. (...) Les modes d'établissement du lien de filiation prévus au titre VII du livre Ier du code civil, tels que la reconnaissance ou la présomption de paternité, ou encore la possession d'état, n'ont donc pas été ouverts aux époux de même sexe, a fortiori aux concubins de même sexe. En toute*

D'après la loi de 2013 il n'est donc pas question d'avoir une parenté monosexuée en dehors du champ étroit de l'adoption. Deux questions s'imposent alors, sur les causes et sur les conséquences de ces exclusions.

1. Les raisons de ces exclusions

Plusieurs explications peuvent être avancées :

D'une part, concernant spécifiquement le « déni de PMA », il est possible de supposer que la réticence gouvernementale est liée tout simplement au manque de courage politique, ou disons plus gentiment à la volonté des pouvoirs publics d'avancer prudemment et progressivement. Comme son nom l'indique, la PMA suppose que le corps social *assiste* financièrement et techniquement la procréation. S'agissant de couples homosexuels, ce soutien délibéré semblait dépasser ce que la société était en 2013 capable d'admettre ou de supporter.

Il faut y ajouter le fait que le traitement des PMA ouvrait quasi-inéluçablement *l'autre chantier*, connexe et autrement plus délicat, de la gestation pour autrui (GPA). L'affaire fut donc mise sur « pause » : le gouvernement a annoncé qu'il attendait l'avis du Comité National Consultatif d'éthique, et que serait bientôt votée une « grande loi sur la famille »... que l'on attend toujours en 2023.

D'autre part, concernant les refus d'accès des parents homosexuels aux autres modes d'établissement de la filiation (possession d'état ou reconnaissance, voire présomption de maternité), une explication est donnée par Hugues Fulchiron selon lequel, si le législateur a « *suspendu sa plume* », c'est parce qu'il n'a pas voulu « *dénaturer le droit de la filiation* »¹². Il lui paraissait impossible d'emprunter au droit de la filiation charnelle pour réglementer une situation qui s'éloignait si manifestement des lois de la nature : on ne pouvait imiter la filiation biologique au-delà du raisonnable, et couvrir ainsi l'homoparenté du voile de la normalité. Cela aurait en effet supposé une dissociation officielle entre le droit et la biologie, à laquelle on ne savait se résoudre¹³.

hypothèse, l'article 320 du code civil dispose que, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. Ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant ».

¹² H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *J.C.P. G* 2013, Doctr. p. 1123.

¹³ Pourtant l'argument de la vraisemblance n'avait pas fait obstacle à l'intégration de la PMA aux règles du droit commun, y compris lorsqu'elle a recours à un tiers donneur : rien n'empêche en effet le mari d'une femme inséminée avec tiers donneur d'invoquer la présomption de paternité, ni à son concubin de reconnaître l'enfant ou d'établir sa filiation par possession d'état. Mais il faut dire que l'on restait alors dans le cadre d'une relation hétérosexuelle. Les apparences étant sauvées, on pouvait faire semblant de ne rien remarquer. Avec les situations

Rétrospectivement, ces restrictions apparaissent regrettables : si l'on avait plus clairement ouvert le débat, bien des complications auraient été évitées par la suite.

2. Les conséquences de ces exclusions

On peut s'intéresser à la fois aux conséquences symboliques et pratiques de cette limitation.

Sur le plan symbolique, certains auteurs ont pu s'inquiéter du message délivré par la loi : on pouvait craindre une stigmatisation de l'adoption, une sorte de filiation de second rang – cette hiérarchie établie entre les liens adoptifs et les sacro-saints liens du sang ayant déjà été dénoncée par certains observateurs bien avant 2013.

Surtout, des interrogations ont vu le jour quant aux conséquences pratiques de la loi nouvelle. Il faut comprendre en effet que, lorsque l'on parle d'adoption, on renvoie en fait à deux réalités sensiblement distinctes : d'une part, l'adoption *par le couple* et, d'autre part, l'adoption *au sein du couple*, c'est à dire l'adoption de l'enfant du conjoint. Or il était clair dès le départ que les époux du même sexe qui allaient réussir à obtenir l'agrément des services de l'ASE auraient les plus grandes difficultés à trouver des enfants à adopter ensemble, que ce soit en France ou à l'étranger.

Tout d'abord, le douloureux décalage entre le nombre de demandes d'adoption et le nombre d'enfants effectivement adoptables en France est notoire. Selon l'Agence française de l'adoption (AFA), on comptait en 2018 30.000 demandes de couples ou célibataires agréés, alors que seuls 2.600 enfants étaient enregistrés comme pupilles de l'État. Au final 2925 adoptions plénières ont été effectivement prononcées cette même année – ce chiffre incluant les adoptions de l'enfant du conjoint et les adoptions internationales¹⁴. On peut donc schématiquement dire que l'on a un enfant adoptable pour dix demandes régulières. Un observateur réaliste prédira que, sur un « marché » aussi tendu, il faudra certainement du temps pour que les demandes d'un couple homosexuel soient traitées sur un pied de stricte égalité avec les demandes des couples hétérosexuels.

homoparentales le législateur n'a pas voulu se souvenir qu'il trichait souvent, et que le droit de la filiation est « *le refuge des fictions* » comme le disait si joliment le Doyen Cornu. Où l'on voit qu'en droit de la famille le mensonge n'est pas si grave, tant qu'il n'est pas visible...

¹⁴ À noter toutefois qu'en raison de la complexité toujours plus grande des procédures, surtout à l'international, et à la faveur donnée aux PMA (gratuite, accompagnement), l'adoption perd de son attrait : le nombre d'agréments délivrés en 2020 était de 1968 contre 7027 en 2008 (sources Observatoire National de l'Enfance en Danger, devenu Observatoire National de la Protection de l'Enfance).

Quant à l'adoption internationale, non seulement la source se tarit dramatiquement (421 adoptions prononcées en 2019¹⁵ contre 4.136 en 2006 – soit 10 fois moins en l'espace de 15 ans), mais on a assisté en outre à un effet secondaire de la loi « Mariage pour tous », effet désastreux non anticipé : la plupart des pays donnant leurs enfants à l'adoption étant des pays pauvres et souvent influencés par les religions, nombre d'entre eux ont purement et simplement fermé leurs portes aux couples homosexuels, voire aux États dès lors qu'ils autorisaient le mariage entre personnes de même sexe.

Ainsi le 7 juillet 2013 la Russie promulguait-elle une loi interdisant l'adoption d'un enfant russe par tout couple de personnes homosexuelles ressortissant d'un pays où le mariage est autorisé, ainsi qu'à toutes les personnes célibataires ressortissantes de ces pays. La loi étant d'application immédiate, les procédures en cours ont donc été interrompues pour 134 célibataires français, lesquels ont subi bien injustement les dommages collatéraux de la loi « *Mariage pour tous* ».

La conséquence directe de la rareté d'enfants adoptables, aussi bien en France qu'à l'étranger, est que la création des familles homoparentales devait passer essentiellement par l'autre forme d'adoption : l'adoption intraconjugale, *i.e.* l'adoption de l'enfant du conjoint. Mais pour pouvoir adopter l'enfant de son conjoint, encore faut-il que celui-ci existe déjà, mais aussi qu'il soit juridiquement adoptable. Donc il faut bien *fabriquer* ces enfants sans père ! Si une proportion difficilement quantifiable de ces enfants est conçue par les voies naturelles (par exemple dans une vie antérieure hétéro- ou bi-sexuelle), nombre d'entre eux vont être conçus par PMA à l'étranger¹⁶.

En définitive, si la parole du législateur semblait en 2013 à la fois claire et ferme (pas de filiation homoparentale en dehors de l'adoption), rien ne pouvait raisonnablement s'arrêter à ce point :

– d'abord, parce que l'effectivité de la voie adoptive supposait *de facto* l'accès des couples homosexuels aux modes de procréation assistée ;

– ensuite, parce que l'on connaît l'histoire du barrage dans lequel on ouvre une brèche : difficile de lutter contre les flots qui vont s'engouffrer. Or, une fois admis le principe de l'homoparenté, il était certain que les revendications pour une égalité parfaite avec les couples hétérosexuels allaient abonder, en vue d'un accès pour tous aux autres modes de filiation.

¹⁵ Dont 117 via l'AFA.

¹⁶ Entre les deux formules se trouve ce que l'on pourrait appeler la « PAA », la procréation artisanalement assistée (avec importation postale de sperme danois).

La reconnaissance de l'adoption par les couples mariés homosexuels allait donc forcément avoir des conséquences en chaîne. Les dominos n'avaient plus qu'à tomber un par un, chacun entraînant le suivant dans sa chute. L'absence de vision globale des pouvoirs publics a permis que la partie se joue de façon assez anarchique. Il en est résulté deux mouvements assez contradictoires : d'un côté, une confusion des modèles de couple et, de l'autre, un éclatement des modèles de filiation.

II. Deuxième partie : Dominos

Après une période de latence qui a duré huit ans, les choses ont fini par s'accélérer en 2021 et 2022. Certains dominos sont d'ores et déjà tombés (A), d'autres sont encore sur liste d'attente (B).

A. Dominos à terre : PMA et adoption

C'est par la loi *Bioéthique IV* que la question de la PMA a finalement été traitée, tandis que le droit de l'adoption a été discrètement bouleversé par la loi du 21 février 2022.

1. Le cas de la PMA

La quatrième loi bioéthique française, adoptée le 2 août 2021, a bousculé le droit positif en ouvrant l'accès aux PMA non seulement aux couples de femmes, mais également aux femmes célibataires. C'est l'avènement de « la PMA pour toutes ».

On doit souligner d'emblée que la légistique est totalement différente de celle employée dans les lois précédentes, lesquelles avaient tendance à minimiser la portée des innovations, en les intégrant discrètement dans le droit commun existant. Cette fois au contraire on innove, on crée, on invente un nouveau mode d'établissement de la filiation : la *filiation notariée par reconnaissance conjointe anticipée transcrite*¹⁷.

La procédure est concrètement décrite par l'article 342-11 C. civ. : les couples de femmes devront se rendre chez le notaire *avant* la PMA pour, d'abord y donner leur consentement à la PMA (selon une procédure identique à celle déjà mise en place pour les couples de sexes opposés) et, ensuite, y faire dans le même temps une *reconnaissance conjointe* anticipée, qui sera présentée le jour de la

¹⁷ Ici tous les modes traditionnels d'établissement de la filiation sont évincés : ni titre, ni reconnaissance en mairie, ni présomption de maternité, ni possession d'état ni même adoption....

déclaration à l'officier d'état civil, lequel en fera la transcription sur l'acte de naissance.

Cette innovation juridique appelle trois remarques.

- Sur le plan socio-politique tout d'abord, le signal est singulier car, en admettant l'accès des femmes célibataires aux PMA, on en vient à encourager la création assistée de familles unilinéaires. Aucun débat préalable ni aucune justification solide n'est venue étayer cette curieuse démarche.

Par ailleurs, pourquoi n'avoir pas simplement appliqué ici les règles qu'on avait inventées pour les PMA avec tiers donneur, qui reposaient sur un consentement notarié préalable du couple, suivi de la reconnaissance du père en mairie ? Sous couvert d'égalitarisme, tout est finalement fait pour singulariser la situation des familles visées.

- Sur les plans technique et financier ensuite, ouvrir les PMA aux couples de même sexe supposait que l'on changeât la nature même de ces interventions : jusqu'alors conçue comme un remède à une « *infertilité pathologique médicalement constatée* »¹⁸, la PMA est désormais « *destinée à répondre à un projet parental* »¹⁹. On est donc devant un accompagnement médicalisé de la demande de personnes qui ne peuvent avoir d'enfant pour une raison structurelle, et non pathologique.

La question a naturellement été posée du remboursement de ces interventions par la sécurité sociale : dans la mesure où elles n'avaient plus de caractère thérapeutique, les nouvelles pratiques devaient-elles toujours être prises en charge par la collectivité ? Le législateur a rapidement déclaré refuser de créer ici « de nouvelles discriminations »²⁰. La prise en charge est donc assurée comme pour les couples hétérosexuels infertiles, c'est-à-dire à hauteur de six inséminations ou de quatre fécondations *in vitro* (FIV) par cas enregistré. Il a même été prévu d'exonérer des droits d'enregistrement l'acte de reconnaissance notarié. Tout est donc entièrement pris en charge par la collectivité.

- Sur le plan juridique enfin, un nouveau modèle de filiation volontaire a été créé, avec des effets incertains, et en tout cas asymétriques, puisque l'établissement se fera différemment pour les deux femmes du couple (si couple il

¹⁸ V. anc. art. 2141-2 CSP

¹⁹ V. nouv. art. 2141-2 nouv. CSP

²⁰ Où l'on voit que le concept de discrimination est mal maîtrisé par le législateur car il n'est pas illégal de créer des distinctions lorsque la situation est objectivement différente, et que la distinction ainsi opérée est en rapport avec l'objet de la règle, ce qui est bien le cas ici.

y a). Il va donc falloir distinguer la mère gestatrice et « l'autre femme », ainsi que l'appelle élégamment l'article 342-11 du Code civil.

– En ce qui concerne la mère d'intention (mais on peut aussi envisager qu'elle ait donné son ovocyte, donc elle sera également *génitrice*), la filiation est établie par l'effet de la reconnaissance « préalable » à la PMA, donc antérieure à la fécondation ! Il ne s'agit pas ici d'une reconnaissance « prénatale » mais « pré-conceptionnelle ». Sans que cela soit prévu par la loi, il va donc être nécessaire d'adapter l'adage *infans conceptus...* car ici l'enfant n'est même pas encore conçu qu'il a déjà droit à un lien de filiation. Est-ce finalement toute la notion de personnalité juridique qu'il faudra revisiter ?

Par ailleurs, la reconnaissance n'est valable que si elle est « conjointe », alors qu'elle n'aura d'effet qu'à l'égard de la mère d'intention. C'est encore une innovation, dans un système où l'on a toujours enseigné que la reconnaissance était un acte discrétionnaire et individuel, et que nul n'avait besoin de l'autorisation de quiconque pour reconnaître un enfant.

– En ce qui concerne la gestatrice, il semblerait, à la lecture de l'article 342-11²¹, que la reconnaissance simultanée, bien qu'elle soit obligatoire, n'aura finalement aucun effet à l'égard de la mère qui accouche. Seule la désignation de la parturiente dans l'acte de naissance permettra ici l'établissement de la filiation à son égard (donc on exclut aussi le jeu de l'article 316 du Code civil et de la reconnaissance en mairie).

En procédant ainsi, une brèche a encore été ouverte dans l'édifice, en faisant un service « sur-mesure » qui rompt *de facto* l'égalité des couples et des filiations. Une fois encore on observe qu'il aura fallu beaucoup de contorsions pour éviter d'ouvrir simplement aux couples homosexuels les règles du droit commun.

Après avoir fragmenté le droit de la PMA, il restait encore une institution à finir de dynamiter : l'adoption.

2. Le sort des adoptions

Accouchée aux forceps et en procédure accélérée, la loi du 21 février 2022 est annoncée avec l'objectif de « *faciliter et sécuriser le recours à l'adoption* ». Il semble qu'elle n'ait atteint aucun de ces deux objectifs.

²¹ C. civ. art. 342-11, al. 2 : « *La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance* » (nous soulignons).

Nous n'avons retenu ici que quatre points, qui tous ont fait l'objet d'un passage en force des députés, après échec de la Commission mixte paritaire, Ce faisant, l'Assemblée nationale est passée outre l'opposition, non seulement des sénateurs, mais aussi de celle d'une partie des professionnels et de la doctrine.

– D'abord, la loi poursuit l'édification d'un « droit commun du couple », en ouvrant la possibilité d'adopter non seulement aux couples pacsés, mais également aux simples concubins.

– Ensuite, « pour faciliter les démarches de tous les couples », la durée de vie commune exigée, qui n'était que de 2 ans, est ici réduite à 1 an.

– Enfin, l'âge minimal des parents adoptants passe désormais de 28 ans à 26 ans.

Alors que la mesure était jusqu'alors réservée aux couples mariés depuis plus de 2 ans et âgés d'au minimum 28 ans (ce qui justifiait d'ailleurs qu'on la refusât avant 2013 aux couples homosexuels), on ouvre désormais les portes de l'adoption, bien au-delà de ce qui était réclamé²² : c'est « l'adoption pour tous » !

En vérité on voit mal l'intérêt d'ouvrir en grand un marché déjà hyper saturé²³, surtout si c'est pour y accueillir de jeunes adultes, unis dans des couples à peine constitués. On sait que la parentalité n'est pas chose facile, et elle l'est encore moins lorsqu'elle repose sur un lien adoptif. Les conditions posées par la loi ancienne n'étaient pourtant pas si contraignantes, et à peine suffisantes pour garantir que le couple d'accueil ait les reins assez solides pour amortir le choc de l'adoption²⁴. On peut douter une fois de plus que le cap suivi soit ici celui de l'intérêt de l'enfant.

– On peut ajouter la stupéfiante disposition de la loi Adoption concernant les couples de femmes ayant eu recours à la PMA à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi *Bioéthique IV*. Cette dernière leur permettait déjà de souscrire une reconnaissance notariée conjointe (mais *de facto* « post-conceptuelle ») pour accorder la filiation à la mère d'intention. C'était une possibilité offerte aux couples qui avaient agi hors-la-loi de légaliser *a posteriori* leur démarche²⁵. Mais la loi *Adoption* du 21 février 2022 va beaucoup plus loin que la loi *Bioéthique IV* : elle pourra en effet s'appliquer au cas où la mère gestatrice *refuserait* de souscrire

²² Comme l'ont souligné les sénateurs et les acteurs de la protection de l'enfance, ces propositions ne répondaient à aucune demande de terrain et elles ne pourront qu'aggraver finalement la situation actuelle des adoptants.

²³ V. *supra*, et le chiffre d'à peine un enfant adoptable pour plus de dix demandes.

²⁴ Bien sûr le barrage se fera-t-il probablement au stade de l'agrément de l'ASE, car toute la procédure se fait au barème de l'intérêt de l'enfant. Mais les limites légales ont du bon, ne serait-ce que pour être certains que les règles s'appliqueront de manière identique sur tout le territoire.

²⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, art. 6-IV.

à la fameuse reconnaissance conjointe (donc on suppose ici un cas de séparation particulièrement conflictuelle). Dans ce cas, la loi permet à la mère « sociale » de solliciter l'adoption plénière de l'enfant malgré l'opposition de la mère biologique et légale ! On lui épargne également la condition relative à l'accueil de l'enfant pendant une durée de 6 mois²⁶.

Donc, plutôt que d'ouvrir simplement la reconnaissance de droit commun aux couples de même sexe, on a préféré inventer une formule d'adoption qui se dispense du consentement du représentant légal, et même *passé outre son opposition expresse*²⁷. C'est donc une forme d'adoption forcée qui est mise en place ici.

Cette loi de 2022 réformant l'adoption démontre ainsi de la manière la plus éclatante qu'on a totalement perdu le nord²⁸.

Bref, loin d'apporter sécurité et facilité à l'adoption, la réforme du 21 février 2022 en a bouleversé le faible équilibre et, en lâchant sur le marché de nouveaux candidats, a sans doute ruiné les derniers espoirs des parents qui se trouvaient depuis plusieurs années en attente d'apparement.

Il est paradoxal d'en arriver, au nom d'une pseudo-égalité des couples – que l'on ne réalise même pas en vérité – à fragmenter totalement le droit de la filiation²⁹. Tout cela pour éviter de donner aux couples homosexuels les mêmes droits que les couples hétérosexuels...

Encore les dégâts ne sont-ils pas encore parfaitement réalisés.

B. Dominos en suspens : accouchement sous X et GPA

Nous ne sommes vraisemblablement qu'à mi-parcours de l'enchaînement des effets secondaires de la nouvelle réglementation sur l'homoparenté. Il est

²⁶ Loi du 21 février 2022, art. 9.

²⁷ L'adoption reste soumise aux conditions 1/ d'une absence de motif légitime justifiant le refus de la mère gestatrice 2/ de la preuve d'un projet parental commun 3/ de l'intérêt de l'enfant.

²⁸ Heureusement cette mesure est une disposition transitoire, qui ne durera en principe que jusqu'à 2025. Mais d'ici là, allez faire comprendre aux centaines d'adoptants à qui l'on a fait des misères sans fin parce que l'on mettait – à tort ou à raison – en doute l'intégrité du consentement de la mère biologique de leur enfant, que certaines personnes sont de plein droit dispensées de ce consentement ? Cette forme de discrimination sexuelle à rebours est unique et désarmante.

²⁹ C'est là qu'une hiérarchie commence à s'esquisser, avec au sommet, les parents hétérosexuels « classiques » qui ont accès à tous les modes de procréation et d'établissement, et tout en bas les parents hétérosexuels candidats à l'adoption, à qui l'on fait toutes les difficultés. Entre les deux, une nouvelle catégorie intermédiaire, le couple homosexuel, à qui l'on accorde en théorie les mêmes droits que les autres couples mais... selon des modalités différentes.

probable que les prochaines secousses affecteront à court ou moyen terme la gestation pour autrui, et peut-être également l'accouchement sous X.

1. L'accouchement sous X

En compensation de l'accès des couples de femmes et des femmes célibataires à la PMA – probablement pour ne pas laisser les enfants concernés dans les limbes de la paternité – l'anonymat du donneur de gamètes a finalement été levé par la loi *Bioéthique IV* du 2 août 2021. Cette mesure était attendue et réclamée depuis de nombreuses années, tant par les personnes nées de PMA avec tiers-donneur, que par une partie de la doctrine et des praticiens du monde médico-psychiatrique.

Désormais, le donneur de gamètes devra donc confier son identité préalablement au don, et l'enfant aura accès à sa majorité aux données identifiantes et non identifiantes de son géniteur. Les données seront traitées par l'Agence de Biomédecine, et une Commission *ad hoc* (distincte du CNAOP) qui fera l'interface³⁰.

Si l'objectif est de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, et notamment son droit à connaître ses origines, il nous semblerait cohérent que le processus de levée d'anonymat concerne également l'accouchement sous X. Va-t-on contraindre les mères à déposer leur identité, sur le modèle de ce qui a été prévu pour le donneur de gamètes ? Le terrain est déjà bien préparé, avec les 3 arrêts de cassation du 27 janvier 2021, qui censurent au motif que les juges n'avaient pas recherché si l'application en l'espèce de l'ancien article 352 al. 1^{er} du Code civil ne portait pas une *atteinte disproportionnée* au droit au respect de la vie privée et familiale du père d'un enfant né sous X³¹. Discrètement mais sûrement, la jurisprudence appelle à une modification législative.

Finalement, en provoquant plus ou moins volontairement la chute des anciens obstacles à la manifestation de la vérité, la loi du 17 mai 2013 aura eu des effets inattendus, allant bien au-delà de la seule situation des couples homoparentaux.

2. La GPA

À ce stade, la question reste entière de la légalisation de la GPA en France. Il est clair que, plus on progresse dans la reconnaissance d'un droit commun du

³⁰ CSP, art. L. 1244-3 s.

³¹ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2021, n° 19-15.921 ; 19-24.608 ; 2014012. L'un des trois arrêts portait sur l'affaire qui avait donné lieu à une QPC contestant l'article 352 au nom de l'intérêt de l'enfant, laquelle QPC avait pourtant été rejetée (on peut y voir une certaine résistance de la Cour de cassation au Conseil Constitutionnel).

couple et d'un accès généralisé à la filiation, moins il paraît aisé de justifier la prohibition de la GPA. Les arguments qui la soutiennent sont en effet de moins en moins nombreux – même si ceux qui demeurent nous semblent qualitativement déterminants.

Car finalement en 2023 nous sommes parvenus à un système que l'on pourrait intituler « La filiation pour... presque tous ». Restent en effet exclues du « Droit à la filiation », deux catégories de candidats : les couples d'hommes, et les hommes célibataires, lesquels, tant que l'on n'aura pas mis au point l'utérus artificiel, seront contraints d'avoir recours aux services d'une mère porteuse pour accéder à la parenté.

On ne fera pas ici l'historique détaillé de la question, mais pour en dresser un état rapide on peut dire schématiquement que, à l'heure actuelle, la GPA reste rigoureusement interdite lorsqu'elle est pratiquée en France : elle est en effet fermement condamnée tant par le droit pénal³² que par l'article 16-7 du Code civil ; en revanche, elle est validée lorsqu'elle est opérée à l'étranger.

Cette validation a deux vitesses est l'effet de la jurisprudence : après avoir longuement campé sur un principe général d'interdiction, la Cour de cassation n'a cessé depuis 2014 d'adopter, au sujet des GPA accomplies à l'étranger, des solutions de plus en plus libérales. La Cour de cassation est allée jusqu'à imposer la transcription intégrale, dans les registres d'état civil français, de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA, dès lors que cet acte a été valablement établi à l'étranger³³.

À noter toutefois que la Loi *Bioéthique IV* a donné un coup d'arrêt à cette évolution jurisprudentielle³⁴, en refusant que la filiation du parent d'intention soit

³² Le droit pénal prohibe la substitution d'enfant (art. 227-13 CP) et l'activité d'intermédiaire en GPA (art. 227-12 CP) d'une peine de 3 ans / 45.000 € d'amende.

³³ Cass. civ. 18 novembre 2020, n° 19-50.043, arrêt rendu au prix d'une lecture qui nous semble très contestable de l'article 47 du Code civil, et au motif d'une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale de l'enfant.

³⁴ En vérité la formule employée par le législateur pour modifier l'article 47 du Code civil n'a aucun sens : la loi ancienne refusait la transcription « *lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* » (p. ex : la loi désigne 2 hommes comme parents de l'enfant) ; la loi nouvelle y ajoute « *Celle-ci [donc : la réalité] doit être appréciée au regard de la loi française* ». Cette phrase nous paraît absurde : on ne peut pas apprécier une réalité au regard d'une loi. La réalité est ce qu'elle est, c'est une donnée factuelle, et non juridique. La réalité n'a rien à voir avec la loi. Le législateur aurait donc dû écrire « *cette régularité doit être appréciée au regard de la loi française* ». Et quand bien même on accepterait la possibilité d'une réalité « juridique », alors cela ne fonctionne pas non plus : en effet, la réalité prise en compte par le droit positif en matière de filiation n'est pas forcément la réalité *biologique* (ex : avec la possession d'état, qui se fie à une vérité sociologique et affective). Donc cette disposition risque bien de se retourner contre son objectif.

transcrite sur les actes d'état civil français, et en ne lui laissant ouverte que la voie de ... l'adoption³⁵.

Malgré ce petit retour en arrière imposé par la loi du 2 août 2021, le droit français demeure dans une position totalement contradictoire, voire schizophrénique : d'un côté, on prohibe absolument la GPA au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain³⁶, de l'indisponibilité de l'état des personnes³⁷ et de la dignité humaine, mais de l'autre on l'entérine lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger, au nom de la proportionnalité et du respect de la vie privée de l'enfant... Cette position revient finalement à encourager le tourisme procréatif – en tout cas pour ceux qui en ont les moyens³⁸.

Certes, on pourra arguer que cette position est conforme aux injonctions de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), qui depuis 2019 impose *de facto* aux États de trouver une solution pour garantir un lien de filiation aux parents d'intention ayant eu recours à une GPA à l'étranger³⁹. La Cour EDH refuse toutefois *d'imposer* aux États la transcription des actes étrangers et se contente de renvoyer, elle aussi, au droit de l'adoption⁴⁰. Cette solution a récemment été suivie par la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹.

³⁵ Cela confirme qu'à chaque nouvelle difficulté, le droit français confère à l'adoption le rôle de « voiture-balai ».

³⁶ La Cour de cassation a récemment jugé que les articles 16-7 et 16-9 du Code civil « reposent sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, qui interdisent, sauf exceptions prévues par la loi, de conclure une convention portant sur un élément du corps humain ou de disposer librement de sa qualité de père ou de mère » (Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2022, n° 21-50.042 : *JurisData* n° 2022-015164 ; *Dr. famille* 2022, comm. 167, M.-Ch. LE BOURSICOT).

³⁷ V. Civ. 1^{ère}, 21 septembre 2022, n° 21-50.042 à propos de la délégation d'AP à Papeete (refus d'annulation sur le fondement de l'art. 16-7 du Code civil).

³⁸ Le coût moyen d'une GPA va de 40.000 à 180.000 € voyage compris, hors complications médicales. Sur cette somme, entre 10.000 et 40.000 € sont reversés à la gestatrice. Source : le vertigineux site www.Babygest.com. Les pays les moins chers sont (étaient) : l'Ukraine et la Géorgie (40.000 / 60.000 €). Cela fait donc entre 20 et 25 % versés à la mère porteuse... mais pas sûr que ce soit le cas en Inde ou dans les pays où les mères porteuses sont particulièrement démunies.

³⁹ Avis CEDH 10 avr. 2019, n° P16-2018-001

⁴⁰ Cour EDH 16 juillet 2020 : *D. c/ France* : pas d'obligation de transcription à l'égard de la mère d'intention, même si elle a donné l'ovocyte, dès lors que l'adoption est possible. Confirmé par Cour EDH 18 mai 2021, *F. et a c/ Islande* ; Cour EDH 22 novembre 22 *DB et autres c/ Suisse*.

⁴¹ CJUE 14 déc. 2021, aff. C-490/20, *D.* 2022. 331, note L. D'AVOUT et R. LEGENDRE ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, pour laquelle les autorités espagnoles ayant légalement établi le lien de filiation entre l'enfant et ses deux mères lors d'un séjour conforme à la directive 2004/38/CE, les autorités bulgares sont tenues de reconnaître ce lien aux fins de permettre à l'enfant d'exercer sans entrave son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, avec chacun de ses deux parents, leur relation étant protégée par l'article 7 de la Charte.

En tous les cas, si la position française sur la GPA est conforme aux droits européens, elle n'en reste pas moins très inconfortable : le droit positif se retrouve tiraillé entre son objectif d'égalité des couples et l'impératif de respect de la dignité humaine, entre ses engagements internationaux et ses principes fondamentaux. Les contradictions de notre système semblent irréductibles, et l'exposent à se voir reprocher, tantôt de pratiquer le *blanchiment d'enfant*, tantôt de faire de la *discrimination androphobe*...

À noter que la jurisprudence de la Cour EDH est elle-même difficilement lisible dans ses solutions récentes, puisqu'elle vient de considérer, en mars 2022, que l'absence de reconnaissance par le droit français du lien de filiation entre un enfant né par PMA à l'étranger et la compagne de la mère biologique ne portait finalement pas atteinte à l'article 8 de la Convention EDH... ce qui revient paradoxalement à favoriser la GPA vis-à-vis de la PMA⁴².

Incapables de faire des choix cohérents, les droits français et européens se sont donc enfermés dans leurs propres contradictions, et l'on serait bien en peine de faire des pronostics sur leurs évolutions. D'autant que l'ingéniosité de la pratique est sans fin : on a vu très récemment (janvier 2023) des couples contourner les difficultés instituées par la réforme de l'article 47 du Code civil, en demandant (et obtenant) *l'exequatur* d'un jugement prénatal américain désignant un couple d'hommes partenaires de pacs français comme parents légaux de l'enfant à naître d'une mère porteuse américaine⁴³. Dans ces conditions, il n'est plus besoin de rechercher la transcription des actes de naissance étrangers : il suffit de demander que soit donnée force exécutoire aux jugements légalement rendus à l'étranger. L'obstacle mis en place par la loi française de 2021 est donc déjà obsolète. Il semble bien que toutes les parades que l'on pourra bricoler seront aussitôt démontées par des individus en mal de parenté.

Conclusion

Dix ans après l'adoption de la loi « Mariage pour tous », et sous l'objectif louable mais mal assumé d'accorder l'égalité à tous les couples, le droit de la filiation a donc littéralement implosé. Celui-ci avait pourtant été correctement remanié par l'ordonnance de 2005, mais à force de bricolages, d'empilements, de contorsions accomplies pour ne pas normaliser l'homoparenté, le droit de la

⁴² Cour EDH 24 mars 2022, *CE et a. C/ France*. Certes la réponse de la Cour est un peu plus subtile que ça, mais ces subtilités de la différence de traitement entre PMA et GPA sont byzantines et inaccessibles au justiciable de base (en vérité elles sont à peine accessibles à l'enseignant-chercheur de base).

⁴³ CA Paris 31 janvier 2023, *Dr. fam.* n° 5, mai 2023, comm. 75 par V. EGÉA. Dans le même sens, CA Paris 17 janvier 2023, *Dr. fam.* 23 comm. 58 par V. EGÉA.

filiation a perdu aujourd'hui une grande partie de sa cohérence et de sa lisibilité. Tous les experts s'accordent aujourd'hui sur la nécessité de le réformer en profondeur, et de fait cette réforme est annoncée depuis dix ans par les pouvoirs publics. On peut toutefois s'associer aux craintes de Jean-Jacques Lemouland lorsqu'il écrit que « *la qualité de la légistique actuelle interroge sur l'aptitude du législateur à mener à bien une réforme de cette ampleur* »⁴⁴. Souhaitons en tous les cas que l'intérêt de l'enfant, si souvent invoqué, revienne enfin au centre des préoccupations⁴⁵.

Mai 2023

⁴⁴ J.-J. LEMOULAND : « 1972-1922 : Et maintenant ? », *Dr. fam.* n° 6, Juin 2022, p. 11, n. 26.

⁴⁵ Le cas de l'adoption est un bel exemple de détournement de finalité : l'adoption n'a jamais été autant à la mode, mais comme on l'a vu (v. not. *supra* n°36) elle est désormais instrumentalisée à des fins bien éloignées de son objectif premier : donner une famille à un enfant qui n'en a pas, et non pas créer un enfant afin de satisfaire un désir parental.

La parenté et la loi « Mariage pour tous »

Réflexions sur l'établissement de la filiation

Céline KUHN

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de La Réunion

La parenté ? Vaste question ! Si vaste que le Législateur s'est bien gardé d'en donner une définition. Le dictionnaire Larousse retient en première acception que la parenté constitue « *la relation de consanguinité ou d'alliance qui unit des personnes entre elles* »¹. La notion connaît ainsi une dimension biologique mais pas uniquement, la référence à « l'alliance » induit une dimension sociale non négligeable. D'un point de vue étymologique, le mot se nourrit du vocable latin *parens, tis* – le père ou la mère², qui lui-même trouve son origine dans l'adjectif *par, is* – pareil, égal. La parenté marque l'appartenance d'un individu à un groupe, à savoir le groupe familial qu'il intègre grâce à son ascendance et dont il constitue un élément, un maillon. La notion peut ainsi se concevoir sous trois dimensions :

– **la parenté est un lien** qui marque l'existence d'un rapport entre des individus (relation parents/enfant) ;

– **la parenté détermine une place** au sein d'un ensemble d'individus (relation famille/enfant) ;

– **la parenté symbolise une équivalence**, une fongibilité des individus (relation Société/famille).

Ces trois dimensions de la notion de parenté connaissent ou ont connu une réalité juridique. Le lien, c'est le lien de filiation qui établit aux yeux du Droit les qualités de mère, père et d'enfant ; la place, c'est la hiérarchie au sein de la famille et l'on pense à la question de l'autorité parentale mais à l'ordre successoral en matière de dévolution légale. L'équivalence, c'est l'idée que l'individualité des membres qui composent la famille s'efface derrière une dimension collective. Cela s'est traduit dans l'Ancien Droit par le régime applicable aux immeubles dont la vocation familiale empêchait toute emprise individuelle de leur propriétaire relégué à la fonction de *fiduciaire* de ce patrimoine familial. Destiné

¹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/parent%C3%A9/58146>

² GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 2001, p526.

à être transmis de génération en génération, le bien immobilier était appelé « héritage »³. Le traitement juridique des « biens de famille » est encore aujourd'hui construit sur modèle. L'individualité cède devant le collectif, l'essentiel étant qu'un membre de la famille assure le passage de témoin à la génération suivante.

La parenté est à distinguer de la parentalité qui constitue la « *fonction parentale de prise en charge, d'éducation et de protection de l'enfant, indépendamment de l'existence d'un lien généalogique et juridique* »⁴. Le plus souvent parenté et parentalité sont associées mais ce n'est pas toujours le cas, la situation du beau-parent est en une illustration parfaite : il peut remplir la fonction de parent mais pour le Droit, il n'est pas le parent de l'enfant qu'il a élevé. Ces situations insatisfaisantes tant humainement que juridiquement ont conduit à nombreuses réflexions⁵ et continuent de produire du débat. La Famille, l'un des piliers du droit civil selon Carbonnier⁶, assiste depuis le début du XXI^{ème} siècle à un profond bouleversement de ses fondamentaux. La notion a connu un renouvellement de son acception et se définit désormais par la diversité de ses manifestations : famille au sens clanique du terme, famille nucléaire, famille recomposée, famille monoparentale, famille homoparentale.

La Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe constitue sans doute une tentative du Législateur d'adapter le Droit⁷ aux évolutions de la Société. Ce texte marque l'abandon de la condition d'altérité sexuelle pour la formation du mariage puisqu'il dispose désormais que « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Les époux se déclinent en époux/épouse, épouse/épouse et époux/époux. Le mariage est traditionnellement conçu comme l'antichambre de la famille, les conjoints sont par conséquent des parents en puissance. L'importance de la présomption de paternité érigée en principe du droit de la filiation l'illustre parfaitement. Les époux sont programmés pour être des parents, mariage et parenté ont toujours rimé⁸. Cette réalité n'a pas empêché notre *corpus* d'admettre

³ J.-Ph. LEVY – A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2002, n°215, pp. 271-272.

⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2023, p.766.

⁵ Ministère des affaires sociales et de la santé – Ministère délégué chargé de la famille, *Filiation, origines et parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiations, origines, parentalité (Irène Théry, présidente – Anne-Marie Leroyer, rapporteur), 2014, 547 pp.

⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, 278 p.

⁷ Ch. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977.chr.251-258.

⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1996, p. 231 : « *La filiation comme le mariage constitue une notion première à partir de laquelle s'est construit tout le droit de la famille. L'une et*

le concept de parenté non matrimoniale dite naturelle⁹ car uniquement fondée sur la donnée biologique.

Le lien de filiation confère les qualités de parent et d'enfant, il connaît différents modes d'établissement. Tout est alors question de contexte puisque ce lien juridique entre des personnes physiques qualifiées d'une part, de parent et d'autre part, d'enfant, peut être fondé sur la Nature, sur la volonté ou sur l'apparence. Ces trois modes d'établissement de la filiation sont des réalités positives de notre droit de la famille.

Le lien biologique est un copier/coller de la Nature mais le Droit ne l'a pas exprimé ainsi. Ce lien est établi « **par l'effet de la loi** »¹⁰ car même la donnée biologique la plus évidente a besoin d'être transposée dans le monde juridique pour en faire partie. L'article 311-25 du Code civil dispose que « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». L'acte de naissance fait à de nombreuses reprises référence à l'accouchement¹¹, le lien de filiation est construit sur une donnée biologique : la femme qui a accouché, est celle à qui le Droit reconnaît la qualité de mère de l'enfant qu'elle a mis au monde. L'accouchement identifie la mère, il crée le lien de filiation. Telle une traçabilité génétique, le lien biologique relève de l'irréfragable et de la certitude si parfaitement exprimée dans l'adage du Droit classique romain, *Mater semper certa est*¹². *Quid du père ?*

Dès lors que le couple est marié, un autre adage romain entre en scène : *Pater is est quem nuptiae demonstrant*¹³ – que l'article 312 du Code civil traduit à sa manière par « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ». Le lien se veut également biologique. Le mariage force le droit de la filiation à concevoir nécessairement les deux membres du couple comme les parents de l'enfant né de la mère. Cette fiction juridique installe une présomption qui ne saurait toutefois aller à l'encontre de la vérité biologique puisqu'à la différence de la règle de l'article 311-25 du Code civil, celle de l'article 312 ne pose qu'une présomption simple.

Le lien peut dépendre d'une manifestation de volonté expresse de la part d'une personne souhaitant que le Droit lui attribue la qualité de parent de tel

l'autre ont pour objet d'institutionnaliser la reproduction de l'espèce selon certaines règles jugées nécessaires à la Transmission »,

⁹ L'expression « filiation naturelle » a été abandonnée depuis l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

¹⁰ V. C.civ., art. 310-1.

¹¹ V. C.civ., art. 55.

¹² L. BOYER – H. ROLAND, *Adages du Droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n°217, pp. 428-431.

¹³ *Idem*, n°320, pp. 644-650.

enfant. L'on rencontre cette manière de concevoir l'établissement de la relation entre parent et enfant dans l'adoption qui procède d'une démarche volontaire validée par une décision de justice. De la même façon, la reconnaissance de l'article 316 du Code civil ainsi que la reconnaissance conjointe anticipée, ce nouveau mode d'établissement de la filiation instauré par la Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la Bioéthique¹⁴, s'appuient sur une manifestation de volonté expresse d'être identifié comme le parent de l'enfant. Le lien n'est pas fondé sur le biologique, il en est même déconnecté. Cela ne veut pas dire que le parent ainsi relié à un enfant n'a pas de lien génétique avec lui, cela signifie que de telles considérations ne jouent pas. Ainsi, il n'est pas demandé à l'homme venant reconnaître un enfant né de parents non mariés, un test ADN pour justifier sa qualité de père. L'exemple tant de l'adoption que de la reconnaissance conjointe anticipée (RCA) en témoignent également, le biologique n'est pas pris en compte.

Le lien peut être fondé sur l'apparence. C'est l'hypothèse de la possession d'état. Par son comportement, la personne revendiquant la qualité de parent a créé l'apparence d'une relation parent/enfant établie juridiquement. Cette apparence de parenté pourra être consacrée si les conditions présentées à l'article 311-1 du Code civil sont remplies :

« La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;

2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;

3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;

4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;

5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ».

L'acquisition de la qualité de parent est donc fondée sur le comportement du revendiquant qui a été celui attendu de tout parent : il a traité l'enfant comme

¹⁴ S. PARICARD, « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du code civil », *D.* 2021, p. 1685.

le sien (*tractatus*), l'enfant porte son nom de famille (*nomen*) et la communauté identifie l'enfant comme étant le sien (*fama*).

Que le lien soit fondé sur le biologique, la volonté ou l'apparence, il est à chaque fois question d'identification. Comment identifier le parent de cet enfant et inversement ? Comme relevé précédemment, le mariage et la famille ont toujours été liés, l'ouverture du mariage à des couples de même sexe qui sont dans l'incapacité naturelle de procréer bouleverse-t-elle l'architecture de notre droit de la filiation ? Qu'est-ce que la Loi du 17 mai 2013 a changé ? Qu'est-ce qu'elle pourrait conduire à changer ?

Dix ans après l'adoption de la Loi « Mariage pour tous », faire le bilan est sans doute un peu prématuré mais cela peut être l'occasion de jeter un œil neuf sur la notion de parenté telle qu'elle est appréhendée par le Droit. La parenté établit une relation juridiquement protégée entre des personnes physiques ayant soit la qualité de **parent** (I) soit celle d'**enfant** (II).

I. Le parent

La Loi du 17 mai 2013 rend possible l'attribution de la qualité de *parent* aux membres d'un couple de même sexe. Ce texte permet de penser au pluriel la parenté homosexuelle et le couple homosexuel accède à la figure du couple parental. Cette réalité désormais positive oblige à s'interroger sur la signification juridique de la parenté. Que permet la parenté ? Comment est-elle utilisée par le Droit ? Force est de constater que la parenté établie par le lien de filiation crée une relation parent/enfant qui constitue un maillon d'une chaîne familiale. Elle traduit une réalité : l'intégration de l'enfant dans l'arbre généalogique d'une famille. En cela, la parenté constituerait la clé de l'organisation de la transmission du patrimoine du *de cuius* (A) mais également de la transmission de son patrimoine génétique (B). Ces propositions demandent à être vérifiées.

A. Transmettre un patrimoine

Le Droit voit classiquement dans le mariage, une usine à héritiers ! Toute l'évolution du droit successoral a consisté à rompre cette association et à reconnaître aux autres modes de filiation la possibilité de créer eux-aussi des héritiers. La loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sobrement intitulée « *Loi sur la filiation* », en est une illustration parfaite. Ce texte s'est efforcé de consacrer en droit positif le principe de l'égalité entre les filiations par l'alignement des régimes juridiques applicables à la filiation « légitime », à la filiation

« naturelle »¹⁵ et à la filiation adoptive. Ainsi quelle que soit sa filiation, tout enfant du *de cuius* a la même vocation successorale dans la succession de son parent.

Même si l'association mariage/héritage perdure et marque les esprits (il faut rappeler que seuls les époux disposent d'une vocation successorale légale, à la différence des partenaires d'un Pacs ou de concubins), s'agissant de l'enfant, il a une double vocation successorale : il est héritier de sa mère et de son père. Désormais, il convient de dire qu'il est héritier de son parent 1 et de son parent 2. La parenté désigne un héritier en la personne de l'enfant (1), quelles sont les adaptations du Droit positif à prévoir dans un contexte de parents, membres d'un couple de même sexe (2) ?

1. La désignation d'un héritier

La parenté donne une place dans un arbre généalogique : elle situe l'enfant après son parent et avant ses propres enfants, le processus générationnel est ainsi. Ce processus générationnel irrigue le droit successoral. L'héritier acceptant pur et simple est considéré comme le continuateur de la personne décédée : il reprend toute l'activité juridique du défunt tant l'actif que le passif. L'importance du principe de continuation du *de cuius* par son successeur explique le traitement de faveur de l'acceptation pure et simple par le Code civil¹⁶. Le successible, celui qui est appelé à succéder, est censé accepter purement et simplement sa qualité d'héritier afin de devenir le successeur du défunt. Le fonctionnement du système juridique pour des raisons de stabilité a besoin de rendre « indolore » le décès de la personne physique. L'acceptation pure et simple¹⁷ permet de faire comme si rien n'avait changé malgré la mort de la personne, ses qualités de propriétaire, de créancier et de débiteur passent sur la tête d'une autre personne juridique qui prend le relais. Comme relevé précédemment, la parenté induit ici l'idée d'une fongibilité des individus de la même Famille, l'identité semble être une donnée secondaire, l'essentiel étant que l'activité se poursuive : c'est ce qui est recherché par le droit successoral.

¹⁵ Il resta des inégalités notamment s'agissant de la vocation successorale de l'enfant naturel adultérin qui ne pouvait prétendre qu'à la moitié de la part de l'enfant non adultérin. La condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme le 1^{er} février 2000 dans l'arrêt *Mazurek c./ France* a conduit notre Législateur dans sa Loi du 3 décembre 2001 à abolir cette discrimination patrimoniale.

¹⁶ V. C.civ. art. 782 et suivants. L'acceptation pure et simple est la seule branche de l'option successorale pouvant être choisie de façon tacite par l'héritier, les autres branches de l'option successorale que sont l'acceptation à concurrence de l'actif net et la renonciation nécessitent une manifestation expresse de volonté.

¹⁷ F. ZENATI-CASTAING – Th. REVET, *Cours de droit civil, Successions*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} ed., 2012, n°77, p. 175.

L'héritier gère les affaires de la Famille avec un F majuscule, ce que le légataire universel ne saurait faire. En effet, le Droit va faire une différence entre l'héritier, désigné par les règles de la dévolution légale qui s'appuie sur l'arbre généalogique du défunt, et le légataire universel désigné par la volonté individuelle. Ce dernier ne saurait *ès qualités* de légataire exercer les actions relatives à la composition de la famille. En témoigne, l'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 septembre 2022 suivant lequel : « *Après avoir énoncé à bon droit que le légataire universel du titulaire de l'action prévue par l'article 333 du code civil, n'étant pas un héritier de celui-ci au sens de l'article 322 du même code, n'a pas qualité pour exercer cette action ni pour la poursuivre, la cour d'appel en a exactement déduit que Mmes [R] et [Z] étaient irrecevables à poursuivre, en leur qualité de légataires universelles, l'action en contestation de paternité engagée par [B] dit [O] [S]. [...]* »¹⁸. L'héritier protège la lignée.

2. L'absence de changement en droit successoral

La dévolution légale ne s'intéresse qu'à l'existence du lien de filiation pour déterminer les successibles du *de cuius*, les modalités de son établissement ne sont pas prises en compte, principe d'égalité entre les filiations oblige. Le lien de filiation inscrit juridiquement l'enfant dans l'arbre généalogique de son parent. Ainsi, le descendant d'un couple marié de même sexe pour lequel la double filiation a été établie est dans la même situation que le descendant d'un couple marié hétérosexuel. Sur ce point, la Loi « mariage pour tous » n'a rien modifié, les règles de la dévolution légale n'ont pas dû être retouchées.

Il convient cependant de noter qu'un toilettage du Code civil s'avère nécessaire car les références à l'altérité sexuelle demeurent dans de nombreuses dispositions. L'expression « *les père et mère* » est omniprésente. Or l'ouverture du mariage aux couples de même sexe conduit à renommer les ascendants privilégiés qui ne se reconnaissent plus dans cette expression. L'article 734 du Code civil relatif à la dévolution successorale et l'article 743 exposant la règle du degré sont notamment concernés. L'on peut également citer les textes consacrés à la fente successorale, les articles 746 et 747 du Code civil. Le paragraphe qui expose le régime juridique de la fente successorale est intitulé « *De la division par branches, paternelle et maternelle* ». Cette institution classique qui adapte l'adage *Paterna, paternis, materna, maternis*¹⁹, vise à instaurer une égalité entre les familles des parents du *de cuius*. Il n'y a pas de considérations genrées, le principe n'est pas fondé sur la différence sexuelle des parents mais sur une quête d'égalité de distribution des biens du défunt : la branche paternelle recevant autant que la branche maternelle et inversement. Aussi, son application à la succession d'un

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 21 septembre 2022, n°20-21.035 : *AJ fam.* 2023. 56., obs. J. HOUSSEIER.

¹⁹ L. BOYER – H. ROLAND, *Adages du Droit français, op.cit.*, n°321, pp. 650-654.

défunt dont les parents sont de même sexe ne soulève pas de problèmes techniques particuliers, seule la dénomination du mécanisme est à revoir.

La parenté permet d'inscrire un enfant dans la famille de ses parents et cela dès le jour de sa naissance. Il est aux yeux du Droit d'ores et déjà leur successible. Seule l'effectivité de cette qualité est retardée au jour de leur décès. La parenté fixe des éléments sur lesquels le Droit s'appuie. Cela se vérifie en droit successoral, le lien de filiation pose les conditions de la transmission du patrimoine. Mais la parenté n'était-elle pas également la traduction dans une certaine mesure de la transmission d'un patrimoine génétique (B) ?

B. Transmettre un patrimoine génétique ?

La loi du 17 mars 2013 en permettant aux couples de même sexe de se marier leur offre par conséquent, la possibilité d'être parents ensemble. La parenté pourra être construite au pluriel, l'enfant aura deux liens de filiation. L'adoption et la reconnaissance conjointe anticipée pour le couple de femmes ayant recours à une aide médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur constituent les modes d'établissement de la filiation auxquels les membres du couple auront recours pour établir leur qualité de parent.

Dans quelle mesure une parenté uniquement composée de mères ou de pères peut s'intégrer dans notre système juridique ? Le droit de la filiation a toujours admis des arrangements avec la Nature : l'attribution de la qualité de parent n'a jamais été liée à une aptitude à procréer (1). Le couple homosexuel est avant tout un couple : le sexe des époux ne compte pas, le sexe des parents non plus. Il n'y a pas de parenté homosexuelle, la parenté demeure sans adjectif (2).

1. Les arrangements avec la Nature

La parenté telle que le Droit la conçoit, semble connaître une dimension biologique. Les enfants sont conçus par une union charnelle et cette réalité naturelle explique la référence classique au sang dès qu'il est question de famille²⁰. Les expressions « famille par le sang » en droit successoral ou « famille d'origine » en matière d'adoption²¹ l'illustrent parfaitement. Cependant, le Droit s'accommode de la vérité biologique, lui préférant parfois la simple vraisemblance. La règle de la présomption de paternité pose la vraisemblance de la paternité par la qualité d'époux indépendamment de la preuve avérée du lien biologique entre l'époux de la mère et l'enfant. De même, s'agissant de

²⁰ Pour une approche historique des relations entre le sang et le droit de la filiation, V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, *op. cit.*, pp.231-399.

²¹ C.civ., art. 366.

l'admission de l'adoption pour les couples mariés hétérosexuels, la vraisemblance de leur parenté biologique suffit. L'altérité sexuelle ainsi qu'une différence d'âge minimum de 15 ans²² tel un écart générationnel contentent le système juridique. Enfin, lorsqu'un homme vient déclarer la naissance d'un enfant et manifeste sa volonté de le reconnaître ; la vraisemblance de sa paternité n'est établie que par le sexe du déclarant et cela suffit au Droit.

Le lien biologique a longtemps fait figure de modèle, cependant, le sang n'est pas l'unique référence en matière de filiation. Les différents modes d'établissement de la filiation le démontrent comme la possession d'état qui s'appuie sur le comportement des individus et l'apparence ainsi créée. Ces constats révèlent que le Droit ne refuse pas par principe la qualité de père ou de mère à des personnes qui ne peuvent pas engendrer. Les couples dont ou moins l'un des membres est stérile ou dont l'absence d'altérité sexuelle rend impossible toute procréation, auront accès à la parenté s'ils remplissent les conditions posées par la Loi. La parenté en Droit n'induit pas la transmission d'un patrimoine génétique (2).

2. Le refoulement du biologique

L'univers juridique est un construit incorporel et intellectualisé. Il ne s'agit pas d'un copier/coller de l'univers sensible dont il peut s'inspirer mais également s'éloigner. Le Droit peut choisir de s'affranchir de l'ordre biologique : un parent peut être stérile, cela n'empêchera pas l'établissement du lien de filiation. Toutefois, il est à relever que notre Droit, avant la Loi du 17 mai 2013, limitait les situations d'affranchissement des lois de la Nature à la vraisemblance d'un couple reproducteur. Ainsi seul un couple hétérosexuel du fait de la vraisemblance de son aptitude à engendrer pouvait prétendre notamment à l'adoption. La Loi « mariage pour tous » et sa transcription en droit de la filiation par la Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption marquent une rupture avec la logique de la vraisemblance.

Faudrait-il refuser la qualité de parent aux membres d'un couple qui n'a pas l'apparence d'un couple pouvant faire un enfant ? La réponse du Droit français est claire : c'est NON ! La rupture avec la vraisemblance de la parenté biologique est actée. La Loi du 17 mai 2013 a parachevé cette évolution. La référence à la vraisemblance naturelle procède d'une fiction qui n'était plus tenable et tendait vers une schizophrénie préjudiciable à la cohérence du système juridique. En effet, il n'a jamais fait de doute que les parents adoptifs d'un enfant provenant d'un autre continent, ne sont pas ses parents biologiques. Cela démontre que la parenté en Droit n'est en réalité fondée ni sur les liens du sang ni sur la volonté individuelle ni sur le comportement qui sont les fondements des modes

²² V. pour l'adoption plénière : C. civ. art. 344.

d'établissement du lien de filiation. Parenté et modes d'établissement de la filiation sont à distinguer : la parenté est la qualité de parent/ d'enfant alors que les modes d'établissement de la filiation sont les conditions à remplir pour que la qualité de parent/d'enfant soit juridiquement instituée. L'on comprend alors que si les modes d'établissement peuvent avoir différents fondements et s'appuyer sur des réalités tant factuelles que juridiques distinctes ; il ne saurait exister plusieurs conceptions en Droit de la parenté. La parenté n'est ni naturelle ni élective ni vécue ... ni hétérosexuelle ni homosexuelle²³. La parenté est une notion unique qui ne saurait par souci de cohérence se décliner. Il convient d'affirmer l'unité conceptionnelle de cette notion qui s'applique à toute personne remplissant les conditions permettant l'établissement du lien de filiation entre elle et une autre personne physique. Par conséquent, le lien de filiation établi entre des parents homosexuels et leur enfant leur confère la même qualité de parent que celui établi entre des parents hétérosexuels et leur enfant.

L'étude de la Loi du 17 mai 2013 permet de révéler l'unicité de la notion de parenté : être le parent d'un enfant pour le Droit ne connaît pas par principe de réalités multiples. La variable est présente dans les modes d'établissement lesquels s'envisagent au pluriel comme on l'a vu. Le fondement de la parenté se situe alors dans la quête d'une exclusivité entre deux personnes physiques qui vont se partager les qualités de *parent* et d'*enfant*. Le lien de filiation une fois établi, crée les conditions de cette exclusivité. La parenté est une exclusivité qui concerne les deux extrémités du lien de filiation : lorsque le Droit identifie une personne physique comme un parent, c'est toujours le parent de tel enfant ; l'inverse est vrai, un enfant est identifié comme l'enfant de tel parent (II).

II. L'enfant

Comment fait-on des enfants ? On les fait toujours de la même façon ! Le Droit change, la Nature, non. La reproduction procède de la rencontre d'un gamète femelle et d'un gamète male. Malgré le refoulement du biologique, les questions relatives à l'origine sont autant humaines que légitimes. Le Droit l'a bien compris quand il entend la revendication biologique de l'enfant (A). Toutefois, la parenté juridique doit être pensée indépendamment du biologique et de manière générale, indépendamment des modes d'établissement de la filiation. Elle se révèle lien d'exclusivité protégé par le Droit entre des personnes physiques ayant des qualités précisément attribuées : d'une part, le parent et d'autre part, l'enfant (B).

²³ E. CADOU, « Le droit de la filiation à l'épreuve de l'homoparentalité », in A.-F. ZATTARA-GROS (dir.), *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, 300 pp., spéc. pp.183-196.

A. La revendication biologique

La *parenté* a une fonction d'identification puisqu'elle permet de déterminer l'identité d'une personne, à la fois ce qui la caractérise mais également ce qu'elle partage avec d'autres personnes qui lui seraient *identiques*. En effet, les membres de la même famille ont en commun des traits, la même apparence, ils se ressemblent, se reconnaissent : ils ont un air de famille. Par conséquent, l'enfant face à une parenté juridique pouvant être déconnectée du biologique peut se poser la question de ses origines. Le Droit lui permet d'avoir des réponses (1) mais il convient toutefois de ne pas intégrer cette revendication biologique dans la conception juridique de la parenté (2).

1. La question des origines

Le droit de connaître ses origines fait partie de notre paysage juridique notamment depuis la Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État. Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) s'intéresse à la demande des enfants abandonnés ou confiés à leur naissance. Pour compléter le dispositif, la Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique a créé la Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs (CAPADD). Cette nouvelle instance gère les demandes d'accès aux origines émanant d'enfants nés d'un don de gamètes ou d'embryons. La loi de 2021 leur permet à leur majorité de demander la levée de l'anonymat de leur donneur. Ce dernier en a accepté le principe au moment du don. Le recueil d'un tel consentement a été érigé en condition au don comme l'article L2143-2 du Code de la Santé publique le précise²⁴. Les informations portent sur l'identité du donneur à savoir son nom, son prénom, sa date de naissance mais également sur des données non identifiantes telles que sa situation familiale et professionnelle ainsi que les motivations qui l'ont poussé à réaliser ce don. Elles pourront être révélées à l'enfant s'il en fait la demande. Tout dépend de sa volonté de connaître ses origines puisqu'à l'inverse, le donneur ne sera jamais informé de l'identité de

²⁴ L'article L2143-2 du Code de la Santé Publique dispose que :

« Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3.

Les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité, dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil.

Le décès du tiers donneur est sans incidence sur la communication de ces données et de son identité.

Ces données peuvent être actualisées par le donneur ».

l'enfant²⁵. La loi de Bioéthique du 2 août 2021 a été qualifiée de Loi « PMA pour toutes » en référence à la loi « Mariage pour tous » puisque l'une des dispositions majeures de ce texte est de permettre à tout couple de femmes (marié, pacsé ou en concubinage) de pouvoir recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur²⁶. Le lien de filiation sera établi à l'égard des deux membres du couple à l'instar de ce qui est mis en place pour les couples hétérosexuels. Il ne s'agit pas d'une question en lien direct avec l'admission du mariage pour tous mais plutôt une nouvelle illustration de la déconnexion entre la qualité de parent et la vraisemblance biologique. Il est essentiel de maintenir cette déconnexion et d'exclure le thème des origines du concept de parenté juridique (2).

2. L'exclusion des origines dans le concept de parenté juridique

Dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, les textes adoptés en 2021 consacrent pour l'enfant un droit de connaître ses origines : il peut savoir s'il le souhaite. Il saura mais l'information communiquée ne pourra pas être utilisée pour construire un lien de filiation avec le donneur. Le Droit reconnaît l'importance des origines notamment pour la construction personnelle de l'enfant qui est demandeur de réponses mais à l'opposé, ne lui permet pas d'engager sur le terrain juridique une action qui imposerait au donneur la qualité de *parent*. En Droit, transmission d'un patrimoine génétique ne rime pas avec parenté.

La parenté juridique se conçoit indépendamment de toute donnée naturelle : elle s'installe dès lors que les conditions requises à l'établissement du lien de filiation sont remplies. Pour cette raison, en matière de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, le Législateur a sécurisé la relation entre l'enfant et ses parents. Cette sécurisation est réalisée par un dispositif qui comprend deux principes : impossibilité de créer un lien de filiation avec le tiers donneur et impossibilité de contester sa parenté. Ces deux principes sont issus de la Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : la non-parenté du donneur était présentée à l'article 311-19 du Code civil et la non-contestation de parenté à l'article 311-20 du Code civil. La Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 conserve la teneur de ces règles mais en a changé la place dans le Code civil.

Ainsi, l'article 342-9 prévoit désormais :

« En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation [nous soulignons] ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.

²⁵ A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur », *AJ fam.* 2021. 545.

²⁶ L. BRUNET, « Les dispositions de la loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus », *AJ fam.* 2021. 522.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

La parenté juridique du donneur est exclue par principe. Aux yeux du Droit, le donneur ne sera jamais le parent de l'enfant qu'il a contribué à créer. Ce principe de non-parenté du donneur n'est qu'une manifestation parmi d'autres d'une conception de la parenté affranchie de toute considération biologique.

À côté du principe de non-parenté du donneur, a été érigé un principe de non-contestation de sa parenté par le membre d'un couple qui a recours à une procréation médicalement assistée. Ce principe est aujourd'hui énoncé à l'article 342-10 du Code civil. Ce texte dispose, dans ses deux premiers alinéas :

« Les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent donner préalablement leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur.

Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation [nous soulignons], à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet [...] ».

L'exemple de la PMA avec tiers donneur illustre la déconnexion opérée entre la parenté et la donnée biologique. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe n'a pas opéré un changement de paradigme, elle a peut-être simplement eu tort de poser la question du fondement de la parenté juridique. Ce fondement ne saurait être trouvé dans le biologique et le Droit depuis longtemps n'y fait plus référence²⁷. Si certains modes d'établissement de la filiation peuvent s'appuyer sur le biologique, la parenté constituée ne s'en nourrit pas. Certes il existe des situations dans lesquelles les parents juridiques sont les géniteurs de l'enfant mais cette conjonction, cette double qualité de parents juridiques et biologiques n'a pas d'incidence sur leur qualité de parent : ils sont reconnus par le Droit comme étant les parents de leur enfant de la même façon que des parents adoptifs par exemple. Leur statut est identique, ce sont des parents (B).

²⁷ F. TERRÉ – Ch. GOLDIE-GENICON – D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2018, n°6 et ss, p.7 et ss.

B. La parenté, un lien d'exclusivité

La parenté juridique doit être pensée indépendamment du contexte de son établissement et c'est même une nécessité pour éviter notamment toute discrimination que la donnée biologique pourrait amener. Toute l'évolution du droit de la famille n'a cessé d'essayer de faire disparaître les différences fondées sur le contexte de l'établissement du lien de filiation. Le principe de l'égalité entre les filiations en constitue un exemple parfait. Le droit des successions fait écho à ce mouvement et l'on peut citer la Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 qui a renouvelé la matière en l'expurgeant de toute différence de traitement fondée sur la donnée biologique. Ce texte a ainsi mis fin à la discrimination patrimoniale que subissaient les demi-frères et les demi-sœurs du *de cuius*. En effet, leur vocation successorale tenait compte de leur appartenance uniquement à la branche paternelle ou maternelle du défunt. L'ancien article 752 du Code civil dans sa version en vigueur du 21 mars 1804 au 1^{er} juillet 2002 disposait que : « *Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même lit ; s'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt ; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins ou consanguins chacun dans leur ligne seulement : s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne* ». Il n'existe plus de référence aux collatéraux utérins (même mère), consanguins (même père) et germains (mêmes père et mère) et l'on peut s'en féliciter. Désormais, les textes visent les frères et sœurs du défunt sans distinction aucune. Il demeure une exception à ce tableau : l'article 366 du Code civil qui s'intéresse à la dévolution en cas de décès de l'enfant adopté simple²⁸. Le régime applicable constitue plus une exception qui confirme la règle que la marque d'un principe directeur de notre *corpus*. La succession est par principe divisée entre la famille dite biologique et la famille dite juridique : la donnée biologique intervient pour dicter les règles de répartition des biens entre les familles en présence. Or, il ne s'agit que d'une conséquence structurelle de l'adoption simple qui se nourrit de la dualité famille biologique/famille juridique.

²⁸ L'article 366 du Code civil dispose :

« *Dans la succession de l'adopté, à défaut de descendants et de conjoint survivant, les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers. Les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses parents retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants. Le surplus des biens de l'adopté se divise par moitié entre sa famille d'origine et sa famille d'adoption* ».

Il s'agit de l'ancien article 368-1 dont le contenu a été transféré à l'article 366 par l'Ordonnance n°2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

La parenté juridique n'est pas (plus) construite sur la donnée biologique²⁹. Toute référence au « sang » pourrait conduire à ériger des discriminations que la génétique permettrait de fonder. Ne risquerait-on pas de voir émerger une distinction entre l'enfant à 100% du couple, à 50% ou à 0%³⁰?

Il convient de restituer à la parenté sa fonction dans l'ordonnement juridique ; elle exprime l'existence d'un lien d'exclusivité entre deux personnes dont les qualités, les rôles sont connus : d'une part, le parent, d'autre part, l'enfant. Si l'enfant est l'enfant de son(ses) parent(s), l'inverse est vrai, le(s) parent(s) est(sont) le(s) parent(s) de leur enfant, la relation se conçoit dans les deux sens. L'exclusivité marque cette relation qui ne saurait supporter par principe l'immixtion de tiers. La relation parent(s)/enfant est protégée par le Droit qui ne reconnaît qu'exceptionnellement des situations dans lesquelles l'intervention d'un tiers³¹ est admise ; l'intérêt de l'enfant expliquera une telle rupture avec le principe d'exclusivité. Le lien de filiation a ainsi des faux airs de lien d'appropriation et la parenté ne semble pas si éloignée du concept de propriété³², toute proportion gardée. Il s'agit plus d'un constat épistémologique en tant que réflexion sur la construction de la science juridique qu'ontologique sur l'essence de la notion de « Parenté ». Il est intéressant de relever que le Droit paraît développer les mêmes logiques dès qu'il est question d'organiser la protection d'un rapport privilégié³³ tel que celui existant entre un parent et un enfant. L'exclusivité en tant qu'outil juridique est une garantie contre l'immixtion des tiers et permet ainsi un fonctionnement autarcique. Toute intrusion est par définition une atteinte et appellera réaction et sanction du système juridique.

²⁹ Crim., 27 septembre 2023, n°21-83.673 : « [...] Dès lors qu'une reconnaissance de paternité n'atteste en elle-même aucune réalité biologique, l'acte par lequel une personne souscrit une telle reconnaissance alors qu'elle sait ne pas être le père biologique de l'enfant est insusceptible de caractériser l'altération frauduleuse de la vérité constitutive d'un faux au sens des articles 441-1 et 441-2 du code pénal. [...] »

³⁰ Cette réalité est déjà prise en compte en droit successoral pour déterminer les droits légaux du conjoint survivant. V. C.civ. art. 757.

³¹ V. les articles 373-3 à 374-2 du Code civil, notamment sous l'angle de l'exercice des droits en lien avec l'autorité parentale. Toutefois, il ne s'agit que de l'exercice et non de la titularité.

³² La parenté est exclusive puisque les tiers, comme on l'a précisé, ne peuvent s'immiscer par principe entre un parent et son enfant. La parenté s'avère également perpétuelle. En effet, aucun terme n'est attaché à la relation parent/enfant comme l'induit l'article 371 du Code civil : « *L'enfant, à tout âge [nous soulignons], doit honneur et respect à ses père et mère* ». Enfin, la parenté se révèle imprescriptible, l'écoulement du temps ne remettra pas en question l'attribution des qualités de parent et d'enfant, sous réserve de l'application des règles de la possession d'état, prescription acquisitive qui ne dit pas son nom...

³³ J.-M. MOUSSERON – J. RAYNARD – TH. REVET, « De la propriété comme modèle », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec 1993, p.281.

Conclusion

Le biologique ne saurait fonder la parenté juridique : ce serait la porte ouverte aux inégalités. L'évolution du droit de la famille a permis de s'affranchir de la Nature : le parent est avant tout un parent juridique et non biologique, de la même façon, un enfant est avant tout l'enfant de son parent aux yeux du Droit et non son enfant biologique. L'exclusivité établie par le lien de filiation fait entrer l'enfant dans la famille de son ascendant et le constitue futur héritier de son patrimoine. Cette analyse peut paraître cynique et froide, elle démontre qu'en cette matière, les sentiments n'ont peut-être pas leur place. Le paradoxe de cette conclusion est qu'elle clôt une réflexion menée à partir des conséquences de la Loi « Mariage pour tous » qui dans une certaine mesure consacre la place de l'affection en la matière. Mais mariage et parenté sont des univers différents et ce constat nous permet de retenir l'unité de la notion de parenté qui ne saurait se décliner en parenté hétérosexuelle et parenté homosexuelle. La parenté en Droit est une parenté sans adjectif qui développe le même régime juridique quel que soit son mode d'établissement.

Un second souffle pour le changement de sexe ?¹

Sophie PARICARD

Professeure à l'Institut National Universitaire Champollion d'Albi

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle constitue une évolution majeure voire une révolution dans l'appréhension de la transidentité tout comme la loi du 17 mai 2013, qui la précède, le fut à l'égard de l'homosexualité.

Il est d'abord important de mesurer le caractère révolutionnaire de la loi du 18 novembre 2016.

Celle-ci a introduit pour la première fois au sein du code civil une section 2 bis au sein du chapitre 2 du Titre II du Livre I^{er} consacrée à « *la modification de la mention du sexe à l'état civil* » contenant plusieurs articles². Cette loi est donc d'abord révolutionnaire sur la forme puisqu'elle vient combler un mutisme législatif largement dénoncé et insérer les dispositions relatives au changement de sexe dans notre code civil.

Mais cette loi est surtout révolutionnaire sur le fond. Elle opère en effet une libéralisation profonde du changement de sexe après une jurisprudence rigoureuse inaugurée en 1992³ qui se fondait sur des critères essentiellement médicaux : diagnostic, traitements médico-chirurgicaux impliquant une stérilisation du transsexuel, comportement social conforme au sexe revendiqué, expertise judiciaire permettant notamment de vérifier la réalisation de ces conditions et notamment celles médicales.

Si la procédure reste judiciaire, les conditions du changement de sexe ont profondément évolué. Cette loi opère en effet une démedicalisation totale du changement de sexe qui fait sauter tout à la fois le verrou du diagnostic du transsexualisme, de l'expertise judiciaire et des traitements médico-chirurgicaux. Le changement de sexe n'est dès lors plus fondé sur les modifications corporelles :

¹ La forme orale a été partiellement conservée.

² C. civ., art. 61-5 à 61-8.

³ Ass. plén., 11 déc. 1992, *JCP* 1993. II. 21991, concl. JEOL, note G. MEMENTEAU ; *Gaz. Pal.* 1993. 1. 180 ; *RTD civ.* 1993. 325, obs. J. HAUSER.

il est désormais largement fondé sur la volonté de la personne. L'art. 61-5 prévoit en effet que « *toute personne [...] qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir modification* ». Les « *principaux de ces faits dont la preuve peut être rapportée par tous moyens* » s'apparentent d'ailleurs à la possession d'état⁴, et même plus précisément à l'apparence sociale choisie par la personne.

En effet, même si les éléments qui caractérisent traditionnellement la possession d'état d'enfant – à savoir le *nomen*, le *tractatus*, la *fama* – se retrouvent également dans les conditions du changement de sexe, c'est avec la particularité importante qu'ils dépendent uniquement de la volonté actuelle de la personne concernée.

Le premier élément tient à ce qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; il fait référence au comportement adopté en société (le *tractatus*). La personne doit donc avoir choisi d'adopter une attitude sociale (habillement, attitudes, discours) propre au sexe revendiqué.

Le deuxième élément consiste à exiger qu'elle soit connue sous le sexe revendiqué, par son entourage familial, amical ou professionnel. Il renvoie ainsi au regard social porté sur la personne (la *fama*) qui suppose que la personne ait décidé de renvoyer cette image sociale.

Le dernier élément, s'apparentant clairement au *nomen*, est que la personne ait demandé et obtenu judiciairement le changement de prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

La personne concernée maîtrise donc totalement les conditions de la procédure de changement de sexe qui serait donc uniquement fondé sur sa volonté. La loi consacrerait ainsi l'identité de genre définie par l'ONU comme « *l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle de son corps et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »⁵.

⁴ Philippe Reigné y fait ainsi référence dans le titre même de son article « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle – À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP*, 2016, 1378 ; « *Désormais, la question est abordée sous l'angle de la possession d'état* », F. VIALLA, *D.* 2017. 816. V. également Cl. BERNARD-XEMARD, « La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ? », *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2017, dossier 7 ; REGINE, *D.* 2017, 935 ; S. PARICARD ; *AJ Fam*, 585.

⁵ « Principes de Yogyakarta. Ces principes ont été dégagés au niveau mondial en 2006 et portent sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

La circulaire ministérielle de 2017, prise en vue de l'exécution de la disposition législative susmentionnée, affirme en ce sens explicitement que le fondement du changement de sexe est « *la volonté de la personne de se présenter en société comme appartenant au sexe intimement vécu* »⁶.

Cette législation s'inscrit donc dans la nouvelle fonction identitaire de l'état des personnes⁷ et rejoint plus largement le mouvement du libéralisme dit romantique qui « *se propose d'entrevoir en chaque personne son unicité, sa dimension esthétique et émotionnelle* »⁸ et qui tend ainsi, sur le fondement du respect de la vie privée, à ériger la personne en maître absolu d'elle-même.

Est-ce que cette première révolution qu'est le mariage homosexuel a constitué un second souffle pour cette seconde qu'est la protection de l'identité de genre ?

Le second souffle est une « *reprise d'activité, un regain d'énergie* »⁹. Cela signifierait que la loi de 2016 s'inscrirait dans une linéarité initiée par la loi de 2013 comme un second souffle après le premier. Vraisemblablement non. Car, en réalité, si la loi de 2013 a constitué une législation préparatoire, qui a par là même rendu possible la loi de 2016, elle n'en est pas à sa source tant ces législations sont indépendantes l'une de l'autre.

I. Une législation « préparatoire »

La loi de 2013 constitue une législation préparatoire à celle de 2016, d'une part parce qu'elle a amorcé l'assouplissement des conditions de changement de sexe et, d'autre part, car elle a participé à la protection de l'identité de genre.

A. Une amorce de l'assouplissement des conditions

Le changement de sexe avait un effet radical sur le mariage antérieurement conclu : il le métamorphosait en un mariage de deux personnes de même sexe que

⁶ Circ. 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, BOMJ, 31 mai 2017.

⁷ V., sur une telle évolution, D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., collection « Bibliothèque de droit privé », T. 327, 2000, 520 pp. ; A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 270.

⁸ V. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 367

⁹ V. *Le Petit Robert*, « Souffle ».

n'autorisait pas la loi française. L'interdiction du mariage homosexuel posait donc une difficulté majeure pour le trans marié.

Pour la doctrine, le mariage ne constituait pas un obstacle au changement de sexe, mais le changement de sexe emportait en principe la caducité du mariage et donc sa disparition automatique¹⁰. En ce sens, le rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques avait proposé l'ajout, dans le Code civil, d'un article selon lequel le juge ordonnant le changement de sexe constaterait la cessation pour l'avenir des effets du mariage¹¹.

Mais, dans le silence des textes, les tribunaux se montraient généralement hostiles au changement de sexe d'une personne mariée et l'incitaient à divorcer pour pouvoir changer de sexe¹².

Seules quelques décisions avaient autorisé un changement de sexe malgré le mariage, créant par ailleurs une rupture d'égalité entre les citoyens. La Cour d'appel de Caen avait en 2003 ainsi autorisé le changement de sexe d'une personne mariée en considérant que « *l'ordre public n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne [...] d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme* »¹³.

La Cour d'appel de Rennes, en 2012, dix ans plus tard, avait également autorisé le changement de sexe alors même que le transsexuel était marié. Elle se fondait principalement sur la validité du mariage et constatait parallèlement qu'en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *le choix de poursuivre la vie commune relève d'un choix privé dans lequel elle n'a pas à intervenir* »¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme était et reste pourtant timide sur ce point. Elle considère que le sort du mariage antérieur du transsexuel relève de

¹⁰ J. HAUSER, *RTD Civ.* 2001, 335 ; F. TERRÉ – D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz 2005, 7^{ème} éd., n° 150 ; Ph. MALAURIE – H. FULCHIRON – *Droit civil, La famille*, Defrénois, 3^{ème} éd. 2009, n° 170.

¹¹ F. TERRÉ (dir.), *Le droit de la famille*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., collection « Cahier des sciences morales et politiques », 2002, 93 pp., spéc. p. 16.

¹² TGI Besançon, 19 mars 2009, *Droit de la famille* mars 2011, com. 33, Ph. REIGNÉ, *RTD civ* 2011, 326, obs. J. HAUSER ; TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975 : JCP 2012, note 189, J. DUBARRY.

¹³ Ainsi le TGI puis la Cour d'appel de Caen ont été saisi d'une demande de changement de sexe, alors que le transsexuel et son conjoint désiraient rester mariés. Le ministère public s'est opposé à la rectification et a été suivi par les juges de premier ressort mais pas par la Cour d'appel, TGI Caen, 9 janvier 2003, CA 12 juin 2003, non publiés, cités par L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Droit de la famille*, 2005, ch .18, n° 6, p. 8.

¹⁴ CA Rennes, 16 oct. 2012, n° 11/08743 : *D.* 2013, 156, note S. PARICARD.

la marge nationale d'appréciation des États¹⁵. Elle l'a rappelé en 2014 dans un arrêt de Grande Chambre, jugeant que la loi finlandaise qui subordonne la reconnaissance du changement de sexe d'un transsexuel à la transformation de son mariage antérieur en un partenariat civil n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention¹⁶.

La loi de 2013 a donc supprimé une des conditions implicites du changement de sexe, l'absence de mariage, et a ainsi incontestablement amorcé un assouplissement des conditions du changement de sexe. Au-delà, ce mouvement de légitimation du couple homosexuel a participé à la protection de l'identité de genre.

B. Une participation à la protection de l'identité de genre

Longtemps considérée comme une déviance, l'homosexualité a suscité une stigmatisation qui s'est étendue au phénomène de la transidentité.

La loi n° 2022-92 du 31 janvier 2022, « *interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne* », témoigne de cette assimilation dans la déviance. C'est en effet, en vertu de théories qui assimilent tant l'homosexualité que la transsexualité à des maladies, que ces pratiques ont pour finalité de traiter l'individu par une intervention sur son corps (électrochocs, lobotomie, traitement hormonal) ou sur son esprit (exorcisme, retraite religieuse ou spirituelle, hypnose).

Homosexualité et transidentité ont ainsi été longtemps confondues et le combat se poursuit encore contre ces idées d'un autre âge, mais, en droit, la protection de l'orientation sexuelle, qui trouve son point d'orgue dans la loi de 2013, a incontestablement participé à la protection de l'identité de genre. La dépathologisation de l'homosexualité en 1992 a ainsi précédé celle du transsexualisme en 2010.

Si l'on remonte plus loin, c'est la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 qui crée au sein du code pénal le cadre général de la répression des discriminations, entendues au sens de la discrimination directe « *en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Cette incrimination de la discrimination s'étend ensuite progressivement aux discriminations à raison du sexe et de la situation de famille avec la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, puis à raison des mœurs en 1985.

¹⁵ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni* (affaire n° 28957/95) ; Cour EDH, 28 nov. 2006, *Parry c/ Royaume-Uni* (affaire n° 42971/05).

¹⁶ Cour EDH, Grande Chambre, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande* (affaire n° 37359/09).

C'est au début des années 2000 que les lois encadrant les crimes et incidents de haine en raison de l'orientation sexuelle se sont principalement structurées. Avec la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, les discriminations sont redéfinies et la notion d'« *orientation sexuelle* » apparaît à cette occasion

L'orientation sexuelle est désormais une discrimination bien identifiée fondée sur le désir sexuel qui a pu laisser place progressivement à une autre discrimination fondée sur l'identité sexuelle apparue avec la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, remplacée par la discrimination relative à l'identité de genre.

La notion d'« *identité sexuelle* » a en effet été considéré comme trop liée à la sexualité, et remplacée par celle d'« *identité de genre* » par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. Il s'agissait justement de bien distinguer ce qui était autrefois confondu : la sexualité et l'identité. Cette notion d'« *identité de genre* » a ensuite connu une progression rapide tant au sein du code pénal¹⁷ que dans d'autres codes afin d'étoffer la protection des droits fondamentaux de la personne¹⁸.

Cette évolution fut fondamentale car la loi protège désormais la personne non plus seulement au regard de son orientation sexuelle mais également sur un aspect essentiel de son identité, l'identité de genre. La légitimation du couple homosexuel, point final de cette protection de l'orientation sexuelle, a donc incontestablement participé à légitimer la protection de l'identité de genre.

Si la loi de 2013 a préparé la loi de 2016, elle n'a cependant pas constitué une impulsion majeure. Il s'agit de deux législations indépendantes.

¹⁷ V. par exemple l'article 226-19 du code pénal qui, depuis la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, incrimine le fait de « *conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui [...] sont relatives [...] à l'identité de genre de la personne* ». V. également l'article 222-13 relatif aux violences qui incrimine notamment celles commises à raison de l'identité de genre vraie ou supposée de la victime depuis la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 ; V. aussi l'art. 132-77 qui aggrave la peine d'un crime ou d'un délit lorsque des circonstances établissent qu'ils ont été commis en raison de l'identité de genre de la victime depuis la loi du 27 janvier 2017.

¹⁸ V. Par exemple le nouvel article L. 711-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile modifié en ce sens par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 qui précise dans son alinéa 2 que « *s'agissant des motifs de persécution, les aspects liés [...] à l'identité de genre [...] sont dûment pris en considération* ». V. également l'article 2-6 du code de procédure pénale issu de la loi du 27 janvier 2017.

II. Deux législations indépendantes

La loi de 2016 a une origine bien identifiée, qui n'est pas la loi de 2013 mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De même, la loi du 2 août 2021, considérée à juste titre comme l'acte II du mariage pour tous en ce qu'elle ouvre l'AMP aux couples de femmes, ne l'ouvre absolument pas aux trans, confirmant que ces deux législations sont bien indépendantes.

A. L'origine de la loi de 2016 : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La France a une histoire spécifique sur cette question du transsexualisme, qui s'est répétée avec la loi nouvelle, laquelle n'a aucun lien avec la législation relative au mariage pour tous. La loi de 2016 trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Rappelons que la France est le premier État à avoir été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹. Cette instance s'est appuyée de façon très concrète sur les caractéristiques du système français (nécessité d'obtenir une décision judiciaire pour la rectification de l'état-civil, mention du sexe sur de nombreux documents, numéro d'identification INSEE). La France a dû réagir de façon précipitée pour éviter une nouvelle condamnation. La Cour de cassation a donc opéré un revirement, solution la plus rapide et la plus simple, ayant malheureusement en quelque sorte neutralisé la possibilité de débattre de ce problème au sein du Parlement et peut-être « *dans l'espoir secret de ne plus jamais entendre parler de ce genre d'affaires* »²⁰.

Bien des années plus tard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle des pressions internationales et internes se sont ajoutées, est de nouveau à l'origine de la dernière évolution juridique sur cette question, puisque les quelques dispositions de la loi de 2016 ont été ajoutées par le biais d'amendements et votés dans une précipitation largement dénoncée²¹ afin d'éviter une condamnation de la France.

La réflexion à propos de la réassignation sexuelle exigée par la Cour de cassation a en effet rejoint un autre débat, très sensible, celui de la stérilisation

¹⁹ Cour EDH, 25 mars 1992, *Botella c/ France* (affaire n° 13343/87), *JCP* 1992. II. 21955, note T. GARÉ ; *D.*1993. 101, note J. P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 1992, obs. J. HAUSER.

²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, PUF, coll. « Thémis Droit », 21^{ème} édition, 1996, 423 pp., n° 79.

²¹ V par ex. A. MARAIS, *Droit des personnes*, Cours Dalloz, 4^{ème} éd., 2021 n° 195.

forcée notamment dénoncée à l'égard des femmes roms²². En effet la réassignation sexuelle totale tout comme l'ablation des organes génitaux entraîne la stérilisation des transsexuels, contrairement à la seule hormonothérapie. Et cette stérilisation définitive comme condition préalable au changement de sexe a été critiquée par différents organes du Conseil de l'Europe tels le Comité des ministres²³, l'Assemblée Parlementaire²⁴, et le Commissaire aux droits de l'homme qui a même clairement recommandé d'abolir la stérilisation en tant que condition nécessaire au changement de sexe²⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu à cet égard un arrêt important en 2015²⁶, qui a conduit la France à évoluer.

La question qui était spécifiquement posée était de savoir s'il était conforme à la Convention et plus spécialement à son article 8 de poser, comme condition à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, la stérilité du transsexuel.

La Cour n'estime d'abord pas nécessaire de se prononcer sur l'accessibilité éventuelle du requérant à la stérilisation, considérant que « *le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements* » (§ 119). Elle semble donc hostile à toute obligation en ce sens.

De plus, elle restreint la marge d'appréciation des États en la matière. D'une part elle affirme qu'elle « *est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre 'intime' qui lui sont reconnus* » (§ 101). D'autre part, elle prend soin de relever que ce qui importe est moins « *l'absence d'éléments indiquant un consensus européen [...] que l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale* ». Et la Cour prend bien soin de relever cette évolution internationale en faveur de la suppression de la condition de stérilité.

²² V. par ex Cour EDH, 28 avril 2009, *C. c/Slovaquie* (affaire n° 18968/07); v. aussi OMS, "Eliminating forced, coercive and otherwise, involuntary sterilization. An interagency statement", 2014, 36 pp..

²³ Recommandation CM/Rec(2010)542 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, point 20-21.

²⁴ Résolution 1728 (2010) - Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, point 16.11.2.

²⁵ Rapport du Commissaire aux droits de l'homme « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », 2011, points 2 et 4 ; V. aussi, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme « Droits de l'homme et identité de genre », 2009.

²⁶ Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y c/Turquie*, (affaire n° 14793/08).

C'est donc bien l'anticipation d'une condamnation de la France par la Cour EDH qui a conduit à légiférer, d'autant plus qu'un recours était alors pendant. La condamnation n'a d'ailleurs pas manqué de venir après le vote de la loi de 2016²⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué dans son arrêt du 6 avril 2017 que « *conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantissent non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention* ».

Le respect de l'intégrité corporelle constitue dès lors l'apport majeur des dispositions du code civil issues de cette loi. Une disposition spéciale, l'article 61-6 al. 3, prévoit, afin de le garantir que « *le fait de ne pas avoir subi de traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

Or les conséquences du respect de l'intégrité corporelles du trans sont considérables à l'heure où la Cour de cassation rappelle que la binarité sexuelle est au fondement de notre ordre juridique²⁸ : une femme peut avoir conservé un corps d'homme et inversement un homme peut avoir conservé un corps de femme et accoucher.

Pourtant, alors que l'interdiction de la stérilisation forcée a été le vecteur essentiel de la loi de 2021, la parenté biologique transidentitaire est refusée dans l'AMP.

B. L'absence d'ouverture de l'AMP aux trans

Alors que la loi bioéthique est parfois considérée comme l'Acte II du mariage pour tous en ce qu'elle ouvre l'AMP aux couples de femmes, elle ne l'ouvre pas aux personnes trans, bien au contraire.

²⁷ Cour EDH, 6 avril 2017, *A. P., Garçon et Nicot c/ France* (affaires n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13), § 120 ; *D.* 2017. 1027, note J.-P. VAUTHIER – F. VIALLA ; *ibid.* 994, point de vue B. MORON-PUECH ; *AJ fam.* 2017. 299, obs. F. VINEY ; *RTD civ.* 2017. 350, obs. J. HAUSER.

²⁸ Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17189, *D.* 2017. 1399, note J.-P. VAUTHIER – F. VIALLA et 1404, note B. MORON-PUECH ; *AJ fam.* 2017. 354, obs. J. HOUSIER et 329, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2017. 607, obs. J. HAUSER *JCP* 2017. 696, Avis M. INGALL-MONTAGNIER, et 716, obs. M. GOBERT.

À l'égard des personnes trans, le choix a été fait de ne pas inclure de clause de non-discrimination liée à l'identité de genre²⁹, de ne pas préciser « *que le changement de sexe ne fait pas obstacle à l'accès à l'assistance médicale à la procréation* »³⁰, et surtout de ne se saisir que de la mention du sexe inscrite à l'état-civil. Certes, comme l'indique le gouvernement « *dans la vie civile, seule l'identité indiquée à l'état civil d'une personne est prise en compte* »³¹, mais cette « *affirmation est d'une simplicité trompeuse* »³². C'est un véritable choix politique d'exclusion des personnes trans.

La femme trans semble devoir être la première concernée par la réforme. Pourtant, lorsqu'elle est seule ou en couple avec un homme cisgenre³³, elle en est exclue car le recours à l'AMP supposerait une gestation pour autrui.

En couple avec une femme cisgenre, seule cette dernière peut assurer la gestation de l'enfant, mais la femme trans pourrait-elle fournir ses gamètes ? L'Assemblée nationale a clairement manifesté son refus en retirant une disposition l'autorisant³⁴. Il ne semble donc pas certain que les CECOS utilisent les spermatozoïdes de la femme trans³⁵. Pourtant, sa situation est en tout cas en tout point semblable à celle de l'homme cisgenre sur le terrain de la procréation (utilisation des spermatozoïdes) et de la filiation (filiation fondée sur la volonté). Le traitement différent de la femme trans, c'est-à-dire le refus de son apport de spermatozoïdes constituerait probablement une discrimination fondée sur le sexe³⁶.

L'homme trans conserve quant à lui la capacité de remplir la fonction de gestation et son accès devrait être plus large en ce qu'il ne s'inscrit pas dans l'interdiction de la gestation pour autrui.

²⁹ V. M. MESNIL, « Les angles morts de la bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790, spéc. note 6.

³⁰ Les amendements en ce sens ont tous été rejetés : amendement n° 2027, rejeté par l'Ass. nat. en 1^{re} lect., *Compte rendu*, 1^{re} séanc. 26 sept. 2019 ; amendements n° 487, n° 907 et n° 1396, rejetés par l'Ass. nat., en 2^e lecture, *Compte rendu*, 2^e séanc. 28 juill. 2020.

³¹ Cité par A. MARAIS, « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick BATTEUR*, LGDJ, 2021, n° 46.

³² A. MARAIS, *Droit des personnes*, op. cit., n° 66

³³ Le terme « cisgenre » renvoie à la situation d'une personne qui s'identifie au genre qui lui a été attribué à la naissance à partir, notamment, de l'apparence extérieure de ses organes génitaux.

³⁴ La commission spéciale de l'Assemblée nationale, chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, en 2^e lecture avait permis à un couple de femmes de « recourir, quand cela est possible, à l'utilisation des gamètes **des membres du couple** ou de l'un ou l'autre des membres du couple, après avis de l'équipe clinico-pluridisciplinaire » (proj. art. L. 2141-3 CSP).

³⁵ En ce sens M. MESNIL, « Les angles morts de la bioéthique en matière d'AMP », *ibid.*, p. 794.

³⁶ V. A. MARAIS, « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *ibid.*

À la seule lecture de l'article L 2142-1 du Code de la santé publique qui se réfère uniquement au sexe inscrit à l'état-civil³⁷, l'homme trans non marié ne peut pourtant accéder à l'AMP s'il est seul ou en couple avec un homme³⁸. Une QPC a bien été déposée, considérant notamment qu'une telle exclusion portait atteinte au principe d'égalité et serait également contraire à la liberté personnelle et au droit de mener une vie familiale normale. Mais le Conseil constitutionnel a jugé que « *la différence de situation entre les hommes et les femmes au regard des règles de l'état-civil pouvait justifier une différence de traitement* » et « *qu'il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur* »³⁹.

Finalement, seul un homme trans en couple avec une femme cisgenre peut y avoir accès. Mais cet accès est en réalité une impasse biologique car il ne semble pas que son corps puisse remplir une fonction dans l'engendrement de l'enfant.

Sa fonction exclusivement gestationnelle dans l'engendrement de l'enfant ne paraît guère pouvoir être accueillie comme l'a indiqué le gouvernement dans le cadre des travaux préparatoires : l'homme trans « *pourra [...] avoir accès [à l'AMP] s'il est en couple avec une femme, cette dernière portant l'enfant après insémination ou transfert de l'embryon* »⁴⁰. La maternité doit rester « *fondée sur l'accouchement d'une femme* »⁴¹.

La conclusion est claire : la personne trans n'est pas autorisée par la loi à se reproduire biologiquement par le biais de l'AMP, contrairement aux femmes homosexuelles. Le législateur maintient ainsi comme « *impensé* » les figures d'« *une paternité féminine* » ou « *une maternité masculine* »⁴². La protection de

³⁷ L'AMP est ouverte à « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation* ».

³⁸ Sur les débats parlementaires attestant de la connaissance d'une telle exclusion, V. L. CARAYON, « *Personne trans et loi de bioéthique : histoire d'un silence* » *AJ Famille*, 2021, p. 543 ».

³⁹ CC, décision n° 2022-1003 QPC du 8 juillet 2022, *Association Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles* [Accès à l'assistance médicale à la procréation] *RTD Civ.* 2022, 874, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ Famille* 2022, 435, note M. MESNIL et obs. S. PARICARD ; *ibid.* 401, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr Fam* 2022, n° 10, 160, obs. J.-R. BINET.

⁴⁰ A. TAQUET, Discussion en séance publique sur les amendements, Ass. nat., 2^e lecture, Compte rendu 2^e séanc. 28 juill. 2020 ; voir déjà, A. BUZIN, in Rapport de la Commission spéciale chargée d'examiner le Projet de loi relatif à la bioéthique, 14 sept. 2019, Ass. nat. n° 2243, T. 1, Audition des ministres, p. 59.

⁴¹ A. MARAIS, « *Sexe, mensonge et quiproquo - À propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe* », *JCP*, 2019, doctr. 1237.

⁴² A.-M. LEROYER, *RT* 2020, p. 867. V. aussi C. FRAÏSSE, « *Les figures d'un « père-mère »* », in L. HERAULT (dir.), *La parenté transgenre*, 2014, p. 215 et s.

l'identité de genre ne s'étend pas encore, comme désormais l'orientation sexuelle, à la parenté.

Sexe, état civil et immutabilité de l'état des personnes

Cathy POMART

*Maître de conférences HDR en droit privé
Directrice du Centre de Recherche Juridique
Université de La Réunion*

Après avoir longuement réfléchi – à la faveur des précédentes contributions – aux évolutions induites par loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 en matière de couple et de filiation, le temps est venu de proposer un focus sur les impacts de la loi de 2013 en matière d'état des personnes, en s'appuyant notamment sur les premières analyses qui avaient pu être menées dès la sortie du texte¹.

La présente contribution conduit à envisager un quatuor (plus encore qu'un trio) si nous souhaitons préciser son intitulé : le sexe ; l'indisponibilité de l'état ; l'état civil et l'immutabilité de l'état civil. Il nous faut, pour commencer, fixer les termes de notre sujet.

S'agissant tout d'abord du sexe, aborder le sexe de l'individu doit conduire à distinguer ce sexe du genre². Le terme « sexe » renvoie au premier chef à l'ensemble des attributs biologiques, physiques et physiologique des humains (ou des animaux). Il est donc lié principalement à des caractéristiques physiques et physiologiques, par exemple les chromosomes, l'expression génique, les niveaux d'hormones et l'anatomie du système reproducteur³. L'Institut Européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (organisme autonome de l'Union Européenne) définit le sexe comme « *se référant aux caractéristiques biologiques et physiologiques qui différencient les hommes des femmes* ». Il ajoute que « ces

¹ F. GRANET-LAMBRECHTS – P. HILT, « Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », AJ fam. 2013. 336.

² J. GRANGE, « Genre et sexe : nouvelles catégories épistémologiques des sciences humaines », *Cités*, 2010/4 (n° 44), pp. 107-121.

³ V. la définition donnée par la Haute Autorité de Santé, *Sexe, genre et santé. Rapport d'analyse prospective 2020 – Synthèse*. https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-12/rapport_analyse_prospective_2020_synthese.pdf

Voir également la définition de l'OMS rappelée par le Conseil de l'Europe : <https://www.coe.int/fr/web/gender-matters/sex-and-gender>. V. encore la définition donnée par l'Institut de recherche en santé du Canada : <https://cihr-irsc.gc.ca/f/48642.html>

caractéristiques biologiques ne s'excluent pas mutuellement, puisque certaines personnes possèdent les deux » mais l'enjeu est bien « *la différenciation des êtres humains en tant qu'hommes et femmes* »⁴. Au-delà de cette définition très générale, le sexe est aussi et surtout – pour le juriste – un sexe juridique (homme ou femme), c'est-à-dire une composante de l'état civil des individus. Nous avons vu, à la faveur des précédentes interventions, qu'avec le temps, la notion est devenue complexe. Le sexe peut être un sexe juridique (mentionné à l'état civil et dans les documents officiels de l'intéressé), un sexe biologique mais également un sexe social, les trois ne coïncidant pas ou plus nécessairement. Si le sexe juridique mentionné à l'état civil a longtemps été fondé sur le sexe biologique de l'intéressé dont on tirait des conséquences juridiques, tel n'est plus nécessairement le cas aujourd'hui.

Le terme « genre » fait quant à lui référence aux comportements, aux rôles, aux activités et aux attributions appropriés – au sens d'une société donnée, en un temps donné – pour un homme ou pour une femme, pour un garçon ou pour une fille et pour les personnes de divers genres⁵. Le genre influe sur la perception qu'ont les gens d'eux-mêmes et d'autrui, sur leur façon d'agir et d'interagir, ainsi que sur la répartition du pouvoir et des ressources dans la société. On peut alors distinguer – selon la Haute Autorité de Santé – l'expérience de genre (genre avec lequel la personne est perçue en société) de l'identité de genre (genre avec lequel la personne se perçoit)⁶. L'identité du genre n'est dès lors ni binaire (fille-femme / garçon-homme) ni statique (elle prend la forme d'un *continuum* et peut – mais pas nécessairement – évoluer au fil du temps à partir du construit sociétal). Les individus comprennent et expriment le/leur genre de manières diverses dans leur relation aux autres et à eux-mêmes⁷. Le concept de genre se déploie sous plusieurs dimensions : relationnelle, hiérarchique, historique, contextuelle mais également

⁴ Définition donnée par la Haute Autorité de Santé, *Sexe, genre et santé. Rapport d'analyse prospective 2020 – Synthèse, ibid.*

⁵ La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (dite Convention d'Istanbul) est le premier instrument international de défense des droits humains à contenir une définition du genre. Le terme « genre » y est défini comme recouvrant « *les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* » (Art. 3).

L'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes aborde le genre comme « *faisant référence aux attributs et opportunités sociaux associés à la masculinité et à la féminité et aux relations entre les femmes et les hommes, les filles et les garçons, ainsi qu'aux relations entre les femmes et celles entre les hommes. Ces attributs, opportunités et relations sont socialement construits et appris à travers les processus de socialisation. Ils sont ponctuels, variables et liés à un contexte spécifique. Le genre détermine ce qui est attendu, permis et estimé chez une femme ou un homme dans un contexte donné* ».

⁶ Voir la définition donnée par l'HAS, *Sexe, genre et santé. Rapport d'analyse prospective 2020 – Synthèse, ibid.*

⁷ Voir la définition donnée par l'Institut de recherche en santé du Canada, citée plus haut.

institutionnelle⁸. Le genre n'est donc pas le sexe. Le juriste est familier de la notion de sexe qui constitue une notion juridique historique là où la réflexion sur la prise en compte du genre par le Droit et/ou la réflexion sur l'approche genrée de notre Droit sont plus récentes⁹. Comme précisé précédemment, la notion de sexe a cependant connu un véritable enrichissement et/ou une réelle complexification ces dernières années : notre Droit permet d'acter – au titre de l'état civil – un sexe vécu par l'individu qui n'est pas son sexe biologique. Le lien sexe / genre existe donc : le genre est – selon la Haute Autorité de Santé – la représentation sociale du sexe.

Il convient ensuite de préciser les notions d'état et d'état civil de la personne. Les deux notions ne désignent pas la même chose même si un lien étroit existe entre elles. L'état d'une personne fait référence à sa situation juridique, son statut. L'état des personnes se définit comme « *l'ensemble des éléments caractérisant la situation juridique d'une personne au plan individuel (date et lieu de naissance, nom, prénom, sexe, capacité, domicile), au plan familial (filiation, mariage) et au plan politique (qualité de français ou d'étranger), de nature à permettre d'individualiser cette personne dans la société dans laquelle elle vit* »¹⁰. En d'autres termes, on entend par « état des personnes » l'ensemble des caractéristiques de la personne qui déterminent, selon la loi, certains effets de droit et définissent son statut juridique. Ce statut juridique permet de distinguer cette personne des autres individus.

Les actes de l'état civil attestent de l'état des personnes. L'état civil a été créé le 20 septembre 1792. La tenue des registres d'état civil est une mission obligatoire de la commune, exercée au nom de l'État¹¹. Certains éléments de l'état civil relèvent en principe de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais les énonciations de ces éléments de la vie privée dans les actes de l'état civil sont admises dès lors qu'elles poursuivent un but légitime en ce qu'elles sont nécessaires à l'organisation sociale et juridique. En effet, l'état civil (et donc les actes de l'état civil) remplit trois fonctions

⁸ V. la définition de l'OMS rappelée par le Conseil de l'Europe, et citée plus haut.

⁹ V. les travaux du programme de recherche REGINE et notamment S. HENNETTE-VAUCHEZ – M. PICHARD – D. ROMAN (dir.), *La loi & le genre. Études critiques de droit français*, CNRS éd., 2014 ; S. HENNETTE VAUCHEZ – D. ROMAN – M. MOSCHEL, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, Coll. « A droit ouvert », 2013, 278 p..

¹⁰ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^{ème} édition, 2015, 1070 pp. V. pour une étude complète : A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Mélanges Ruptures, mouvements et continuités du droit, Autour de Michelle Gobert*, 2004, Economica, pp. 247-283.

¹¹ V. « L'état civil et l'état des personnes », in P.-B. LEBRUN (dir.), *Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant en action sociale et médico-sociale*, Paris, Dunod, coll. « Guides Santé Social », 2011, pp. 73-104.

déterminantes¹² : il permet l'identification et la localisation des personnes (dimension d'ordre public), il confère une identité juridique (dimension d'individualisation), il remplit une fonction probatoire.

Lorsqu'on évoque les caractères de l'état des personnes, on a coutume de dire que l'état des personnes est indivisible (ceci signifie qu'une personne ne peut avoir simultanément deux états contraires : enfant en / hors mariage ; homme / femme ; célibataire / marié, *etc.*), imprescriptible (ceci renvoie au fait que la prescription – acquisitive ou extinctive – est en principe rejetée en matière d'état des personnes¹³) et indisponible. Il est important d'être précis sur l'acception de ce dernier terme pour ne pas faire de contresens. L'indisponibilité de l'état des personnes implique que la volonté de l'individu est en principe sans effet sur les éléments de son état. Une personne ne peut pas modifier son état de son propre chef, sans l'aval de la loi¹⁴. Les conventions seraient nulles (de nullité absolue) car elles porteraient sur une chose hors commerce juridique. Cette règle dite de l'indisponibilité de l'état des personnes – et donc de l'immutabilité de l'état civil qui constate cet état – semble connaître de nombreuses dérogations : ainsi, par exemple, le mariage, le divorce, l'adoption, la demande de changement de sexe sont des événements qui bouleversent l'état d'une personne et se répercutent sur son état civil. Mais à la vérité, ce ne sont pas des exceptions au principe d'immutabilité dès lors que ces hypothèses de changement de l'état et de l'état civil sont prévues par la loi. L'état civil a donc vocation à traduire les évolutions de l'état des personnes. L'évolution de l'état de la personne induit une évolution de son état civil.

La loi du 17 mai 2013 – dont nous fêtons l'anniversaire – a-t-elle été le terreau d'une révolution / de révolutions en droit des personnes ?

¹² F. VIALLA (dir.), *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Étude de l'opportunité d'une réforme*, Rapport final Mission Droit et Justice, 2017, 113 pp. spéc. p. 9 : « L'étude des fonctions attribuées à l'état civil et du rôle joué par ce dernier dans l'organisation des rapports sociaux et juridiques apparaît centrale pour apprécier l'opportunité d'une évolution du droit sur la question. (...) L'état civil possède une dimension d'ordre public, sa principale fonction étant de permettre l'identification juridique de la personne. Au-delà, l'état civil joue un rôle d'individualisation et contribue à conférer à l'individu son identité juridique. Il constitue également un moyen de preuve ».

¹³ Les exceptions à l'imprescriptibilité de l'état tendent à se multiplier ces dernières années au point que certains auteurs se demandent si on ne doit pas considérer aujourd'hui que le principe est renversé. La prescription acquisitive joue un rôle en matière d'état. Ainsi, par exemple, les juges reconnaissent des effets à la possession prolongée d'un nom. La loi – quant à elle – admet l'acquisition d'une filiation par le jeu de la possession d'état – (C.civ., art 334-8).

¹⁴ I. GALLMEISTER, « État et capacité des personnes », *Rép. Dalloz civ.*, juin 2016, § 31 : « L'indisponibilité doit donc être entendue comme l'impossibilité de modifier son état en dehors des cas dans lesquels une telle modification est admise par la loi ».

La réponse semble devoir être pour partie au moins positive, en ce sens que l'adoption de cette loi a satisfait des revendications (pas nécessairement majoritaires) et a entraîné une modification de textes historiques du Code civil (notamment l'article 143) en vue de supprimer l'exigence d'une différence de sexe entre les époux. Cette différence de sexe, et donc le sexe, n'est plus depuis 2013 une condition de formation du mariage.

La loi de 2013 n'est cependant pas la cause unique des interrogations nombreuses qui s'expriment aujourd'hui en droit des personnes et sur lesquelles nous réfléchissons ensemble. Observons en effet que l'évolution, à marche forcée, de la jurisprudence française relative au changement de sexe des personnes transsexuelles a été initiée en amont, avant 2013, dès 1992¹⁵. L'évolution s'est ensuite intensifiée et traduite dans la loi, postérieurement à 2013, notamment avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016¹⁶. Par ailleurs, depuis la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, le couple n'est plus nécessairement hétérosexuel au sens de la loi (on fait référence ici à la consécration d'une définition de couple de pacsés et du couple de concubins centrée sur l'indifférence des sexes).

À partir du moment où la différence de sexe n'est plus un élément constitutif du couple (ni même du couple marié) et dès lors que le droit français permet le changement de sexe, deux questions peuvent se poser : faut-il supprimer le sexe de l'état civil de l'individu ? (I) ; faut-il également renoncer au principe de l'immutabilité de l'état (civil) des personnes ? (II) C'est sur ces deux points que nous nous proposons de réfléchir tour à tour.

I. Faut-il faire disparaître le sexe de l'état civil ?

Des positionnements doctrinaux ont lancé le débat. Le questionnement consiste à se demander dans quelle mesure l'identité sexuelle est nécessaire à l'identification de la personne. L'hypothèse avancée est que la mention du sexe n'aurait plus de véritable utilité compte tenu de l'état du droit français et de la jurisprudence : les singularités liées au sexe auraient été abolies, les droits inégaux reposant sur le sexe auraient disparu.

¹⁵ Voir la condamnation de la France par la Cour EDH dans l'affaire *Botella* (arrêt 25 mars 1992, affaire n°13343/87), qui a impulsé une évolution de la jurisprudence interne en vue d'une mise en conformité : Cass. Ass. Pl. 11 décembre 1992, n°91-11.900 et n°91-12.373. V. sur l'évolution ultérieure la contribution de S. PARICARD à cette journée d'études : « Un second souffle dans la prise en considération du changement de sexe ? »

¹⁶ S. PARICARD, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ fam.* 2016. 585 ; S.-M. FERRIÉ, « Quel fondement pour le changement de sexe à l'état civil ? », *AJ fam.* 2016. 587.

Quatre illustrations de ces positionnements de la doctrine peuvent être avancées. Elles permettent d’apprécier l’absence d’unanimité doctrinale mais aussi l’importance du questionnement, que ce soit au plan de la doctrine juridique ou sous l’angle du journalisme scientifique¹⁷. Ainsi, Philippe Guez a pu noter que « *dans une société qui combat les discriminations fondées sur le sexe et qui a légalisé le mariage homosexuel, il peut sembler inutile de continuer à constater officiellement le sexe de la personne dans les actes de l’état civil et dans les documents officiels (passeport, carte d’identité)* »¹⁸. L’argument envisagé en faveur de la suppression du sexe de l’état civil est la lutte contre les discriminations et pourtant, l’auteur conclut négativement *in fine*. Rémy Libchaber a quant à lui pu constater que la mention du sexe à l’état civil est « *à peu près dénuée de portée juridique* » : les singularités liées au sexe étant toutes abolies en droit français depuis la loi du 17 mai 2013 portant mariage pour tous, l’auteur relève qu’« *avec le temps, l’identification sexuelle est devenue inutile, tout en étant fort difficile à établir* »¹⁹. Stéphanie Arc (journaliste scientifique) s’interroge et questionne avec réalisme ou provocation : « *Sexe : F/M, cochez la case... Comment cette mention dans l’état civil s’est-elle historiquement construite ? Ne permettait-elle pas surtout d’accorder des droits inégaux aux hommes et aux femmes, notamment quand ces dernières n’avaient pas le droit de vote ? Si aujourd’hui tous les individus ont les mêmes droits et devoirs, pourquoi la conserver ?* »²⁰. Enfin, les actes d’un colloque de la Mission Droit et Justice à la Cour de cassation de 2021 relèvent que « *les états d’intersexuation psychique et physique que constituent respectivement le transsexualisme et les personnes porteuses de variations du développement génital, dites ‘personnes intersexes’, interrogent notamment l’obligation légale de la mention du sexe à l’état civil* »²¹.

Le débat est dès lors ouvert²². Le sexe peut-il / doit-il ne plus être structurant de l’état civil / de l’identité de l’individu ? En d’autres termes, le sexe peut-il / doit-il sortir de l’état civil de l’individu ? Nous tenterons de répondre à cette question en recensant tout d’abord les arguments avancés au soutien de la

¹⁷ Les débats apparaissent dès 1995-1996 et se poursuivent encore en 2021 et au-delà.

¹⁸ Ph. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne de l’état civil ? », *La Revue des Droits de l’Homme*, 2015, 8.

¹⁹ R. LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *D.* 2016. 20.

²⁰ S. ARC, « Faut-il supprimer la mention « sexe » de l’état-civil ? », *CNRS Le Journal*, 27.06.2019.

²¹ Mission Droit et Justice – colloque à la Cour de cassation de 2021, L’État civil à l’épreuve de la transidentité et de l’intersexuation, avril 2021.

²² C. BRUNETTI-PONS, « Après la loi du 17 mai 2013 ‘ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe’, quelles perspectives pour le droit de la famille ? », *Recherches familiales*, 2014/1 (n° 11), pp. 111-130 : « *le législateur refuse désormais de tenir compte de l’identité sexuée d’homme et de femme dans les raisonnements juridiques. L’aboutissement de l’évolution amorcée est la suppression du sexe à l’état civil. Les Argentins ont déjà franchi le pas. La question est sérieusement discutée à l’échelle du Conseil de l’Europe [...]* ».

suppression du sexe de l'état civil des individus (A) avant d'envisager la relativisation de ces arguments et la nécessité d'une conservation du sexe dans l'état civil des personnes (B).

A. Supprimer le sexe de l'état civil (et plus globalement des documents officiels) : quels arguments ?

Il convient de présenter d'abord les quatre arguments mobilisés en faveur d'une suppression du sexe de l'état civil et des documents officiels avant d'envisager les options possibles dans l'optique de ladite suppression.

Le premier argument avancé réside dans la possibilité ouverte et assouplie de changement de sexe juridique pour les personnes transsexuelles. L'admission de ce changement a d'abord été le fait de la jurisprudence²³ avant une consécration par le législateur à la faveur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (C. civ., art. 61-5)²⁴. Le processus de changement de sexe juridique est aujourd'hui – en droit français – toujours judiciairisé mais a été démedicalisé et simplifié²⁵. Cela peut conduire à inscrire à l'état civil un sexe qui ne correspond pas nécessairement au sexe biologique de l'intéressé. On peut en outre se demander dans quelle mesure notre droit est prêt – ou pas – à envisager plusieurs modifications consécutives dans l'hypothèse d'une conversion potentiellement non définitive (on évoque ici la problématique des détransitions). Si des modifications successives devaient être accompagnées, ne pas mentionner le sexe à l'état civil pourrait apparaître préférable.

Le deuxième argument invoqué est l'inter-sexualisme et l'incapacité pour les personnes concernées à se projeter dans le système binaire français. La Cour de cassation a confirmé la binarité du système français²⁶ : il n'est pas possible d'obtenir une mention autre que masculin ou féminin. L'article 57 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 évoque une décision médicale imposant une assignation sexuelle. La Cour européenne des droits de l'homme n'impose pas aux États d'ouvrir la possibilité d'une mention « sexe neutre » ou « intersexe » sur les actes de naissance²⁷. Sa position pourrait cependant être moins définitive qu'il n'y paraît. En effet, si le nombre d'États membres du Conseil de l'Europe acceptant la mention d'un sexe autre que

²³ Voir la jurisprudence citée à la note 15.

²⁴ B. MORON-PUECH – C BORREL, « Le changement de la mention du sexe et du prénom à l'état civil. Rapport d'évaluation de l'article de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *R.D.L.F.*, 2023, chron. n°43.

²⁵ L. HERAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité – Rapport final (Mission Droit et Justice)*, 2018, 279 pp.

²⁶ Cass. 1^{ère} civ. 4 mai 2017, n°16-17.189.

²⁷ Cour EDH, 31 janv. 2023, *Y. c/ France*, (affaire n° 76888/17) ; M. BRILLAT, « Mention 'sexe neutre' : la CEDH se prononce, que faut-il retenir ? », *Dalloz actualité*, 9 février 2023.

masculin ou féminin est aujourd'hui très minoritaire (6), les choses pourraient changer dans les années qui viennent. Néanmoins, il est aujourd'hui impossible pour les personnes intersexes d'avoir une mention du sexe à l'état civil satisfaisante. La piste d'une suppression de la mention peut dès lors faire figure de possible soulagement pour les personnes concernées et leur famille.

Le troisième argument mobilisé est que le sexe ne structure plus le couple (ni même le couple marié). Le concubinage est ouvert aux couples de sexe différent ou de même sexe (C. civ. art. 515-8 – création de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999), de même que le pacte civil de solidarité (C. civ. art. 515-1 – création de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999) et le mariage (C. civ. art. 143 modifié par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013). Ce qui a longtemps fait figure d'enjeu résiduel n'en est plus un.

Enfin, le quatrième argument avancé au soutien d'une suppression de la mention du sexe dans l'état civil des individus est l'argument de la non-discrimination. Le sexe ne doit plus conditionner de droits (ouverture du mariage aux personnes de même sexe ; bilatéralisation de nombreuses dispositions du droit des personnes et de la famille au fil du temps comme par exemple l'adoption d'un nom d'usage ou la transmission du nom) et la mention du sexe à l'état civil ne doit plus permettre une discrimination. La meilleure manière de s'en assurer serait de supprimer la mention du sexe de l'individu de ses documents officiels et notamment de l'état civil.

Un détour par l'histoire s'impose ici, *via* un retour sur la fonction historique de l'état civil. L'état civil est effectivement apparu au début du XV^{ème} siècle sous la forme des registres des baptêmes, il est d'abord tenu par l'Église catholique romaine et sert à « éviter les mariages illicites » (entre membres de la même famille ou personnes du même sexe)²⁸. Il a par la suite permis de flécher des droits et des obligations : « *L'état civil sert à identifier la personne pour éviter qu'elle ne soit confondue avec une autre et à faire la preuve de son état* »²⁹. Or incontestablement, dans la version du Code civil de 1804, les droits et les devoirs des époux par exemple sont loin d'être identiques³⁰. Compte tenu des évolutions ultérieures qui ont permis d'atteindre une égalité progressive entre les hommes et les femmes, le temps pourrait donc sembler venu de ne plus attacher autant d'importance au sexe de l'individu.

²⁸ S. ARC, « Faut-il supprimer la mention « sexe » de l'état-civil ? », *ibid.*

²⁹ Ph. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne de l'état civil ? », *ibid.*

³⁰ S. ARC, « Faut-il supprimer la mention « sexe » de l'état-civil ? », *ibid.* : « À une époque de patriarcat dominant, cette mention du sexe à l'état civil permet surtout d'accorder des droits inégaux aux femmes et aux hommes. Après la Révolution française, il faut rappeler que les femmes sont exclues de la citoyenneté et du droit de vote, et ce jusqu'en 1944. Parallèlement, elles sont soumises à l'autorité de leur père d'abord, de leur mari ensuite ».

Si l’effacement / la suppression du sexe de l’état civil et/ou des documents administratifs est envisagé, deux pistes peuvent alors être instruites : celle d’un effacement total ou effacement partiel³¹.

L’effacement total du sexe sur les actes de l’état civil sous-entend une absence de référence au sexe sur les actes de naissance et donc sur les documents non authentiques dressés en fonction des mentions indiquées sur l’acte de naissance. Deux *scenarii* sont envisageables : celui d’un effacement total du sexe de tous les actes (des actes de l’état civil comme l’acte de naissance et des documents non authentiques dressés sur l’acte de naissance) – il faut cependant que le Droit français accepte de revenir sur la binarité qui le structure ; ou celui d’un maintien de la mention du sexe à l’état civil mais d’une absence de mention du sexe sur les documents d’identité (à ce propos, on peut relever qu’il n’y avait pas de mention du sexe sur les cartes nationales d’identité avant 1955)³². On le voit alors : la frontière entre l’effacement total et l’effacement partiel n’est pas si claire et perméable. On est déjà ici dans un effacement partiel / sélectif.

L’effacement partiel du sexe conduit quant à lui à distinguer les documents pour lesquels la mention du sexe apparaît utile et serait donc requise et les documents pour lesquels elle est inutile et pourrait disparaître : en d’autres termes, il s’agirait de ne dévoiler le sexe que sur certains documents et qu’aux autorités qui ont un intérêt légitime à le connaître. La question n’est alors plus celle de la participation du sexe à l’état civil mais celle de sa visibilité. La biométrie pourrait permettre que la mention du sexe ne soit pas visible de tous, bien que présente sur un document tel le passeport. Pour certains auteurs, cette neutralisation de sexe dans l’état civil ne porterait pas nécessairement atteinte à la sécurité ni à l’ordre public dès lors qu’il existe aujourd’hui des modes d’identification plus performants que les éléments apparaissant sur les actes d’état civil. Par ailleurs, la définition et le rôle de l’ordre public peuvent être interrogés³³.

B. Supprimer le sexe de l’état civil (et plus globalement des documents officiels) : des arguments à relativiser

Il s’agit à présent d’engager un plaidoyer pour une conservation du sexe dans l’état civil des personnes sur la base d’une approche réaliste et pragmatique.

³¹ F. VIALLA (dir.), *De l’assignation à la réassignation du sexe à l’état civil. Étude de l’opportunité d’une réforme*, *op. cit.*

³² Cette dernière option nous conduit à effectuer un parallèle de droit comparé dès lors qu’il s’agit du choix effectué par les Pays-Bas. *Le Monde/AFP*, 4 juillet 2020 – https://www.lemonde.fr/international/article/2020/07/04/aux-pays-bas-le-genre-ne-sera-plus-mentionne-sur-la-carte-d-identite_6045212_3210.html

³³ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l’état des personnes et l’ordre public », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, 474 pp., p. 317 et s.

Le premier argument mobilisable est d'ordre quantitatif : le nombre de personnes concernées par cette gêne à se positionner face à une mention du sexe masculin ou féminin, ou par des changements de sexe, est relativement marginal. Or on envisage un changement important applicable à tous ; il ne faut pas nécessairement céder automatiquement à quelques aspirations individuelles. De plus, il existe une pluralité de profils et de revendications ; on touche ici aux limites du droit pour accueillir toutes des demandes. Il existe un danger réel à céder à la dynamique de subjectivisation, selon l'expression empruntée au Doyen Carbonnier³⁴. En outre, il convient de bien appréhender le sens des revendications : si les personnes s'engagent dans des procédures de changement de sexe ou souhaitent la reconnaissance d'un troisième sexe (autre que masculin ou féminin), c'est bien que – pour un certain nombre d'entre elles – le sexe (leur sexe) participe pleinement de leur identité, de leur être ; elles n'en souhaitent nécessairement pas la suppression. Même pour les personnes qui changent de sexe ou sont intersexes, la mention du sexe à l'état civil peut être importante. Dès lors, assouplir l'état civil (comme cela a été le cas par les changements de sexe, et comme cela pourrait être le cas pour sortir de la binarité et permettre la mention d'un troisième sexe) pourrait sembler une voie intéressante, voie que ne remettrait pas en cause la participation du sexe à l'état civil de la personne. Pour certains auteurs, il pourrait s'agir d'une fausse bonne idée en raison d'un risque de stigmatisation et de discriminations³⁵.

Le deuxième argument invocable tient à ce que, sociologiquement, le sexe est une variable d'importance. Pour s'en convaincre, on peut se reporter à l'affirmation de la Cour de cassation à la faveur de son arrêt du 4 mai 2017 : « *La loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin* » [...] *cette binarité [...] est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »³⁶. On peut également se souvenir de l'appel à la prudence formulé par Jean Hauser dès 2015 : il insistait précisément sur le danger de la suppression du sexe de l'état civil : « *À travers l'état civil c'est à une reconstruction de la société que l'on procède. La question étant finalement simple : qu'est-ce qui dans l'individu mérite d'être révélé dans un but d'organisation sociale, étant admis a priori qu'il s'agit de justifier une atteinte au principe fondamental du respect de la vie privée ? La réponse n'est sans doute plus la même qu'il y a quelques années.*

³⁴ V. à ce sujet l'analyse de Bérénice LEVET, « Mention 'sexe neutre' à l'état civil : le Genre, dernier avatar de l'idéologie progressiste », *Le FigaroVox*, 28 mars 2017 : « *Le droit n'a pas à entériner les aspirations des individus en général. Le droit doit aussi dire une certaine norme, une certaine civilisation. Je ne comprends pas pourquoi le droit aurait exclusivement à se soumettre à cette subjectivisation des droits, à cette autodétermination, à toute cette philosophie en définitive de la volonté qui serait seule maîtresse* ».

³⁵ V. par ex. F. VIALLA, (dir.), *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Étude de l'opportunité d'une réforme*, op. cit.

³⁶ Cass. 1^{ère} civ. 4 mai 2017, n°16-17.189.

Le Droit en a vu d'autres, le tout est de bien mesurer [...] les conséquences que l'on devra gérer. Elles sont, pour l'instant, assez imprévisibles »³⁷.

Le troisième argument susceptible d'être avancé est ce que l'on peut appeler l'effet domino. Si on fait sortir le sexe de l'état civil au motif qu'il est susceptible d'être modifié, qu'il n'est pas immuable et que la volonté de l'individu peut avoir un impact dessus ... que restera-t-il *in fine* dans l'état civil ? En effet, la même remarque peut être faite pour le nom, le prénom, le domicile, la nationalité... Dès lors, comment identifiera-t-on les individus demain ? Doit-on craindre d'être résumé à un code barre³⁸ ?

Enfin, le quatrième et sans aucun doute le plus décisif des arguments est que le sexe conditionne aujourd'hui encore des droits différenciés. Il est impossible de nier cette réalité³⁹ dès lors que l'on songe à la filiation, à l'exigence de mixité (quotas, alternance...), aux barèmes de concours, à l'organisation des compétitions sportives ; *etc.*

À la lumière de cet état des lieux des arguments avancés de part et d'autre, il apparaît prématuré de supprimer le sexe de l'état civil notamment au regard de l'importance que le sexe joue encore tant juridiquement que socialement.

Le deuxième questionnement qu'il convient d'évoquer est celui qui concerne l'éventuel abandon du principe de l'immutabilité de l'état civil des personnes.

II. Faut-il renoncer au principe de l'immutabilité de l'état (civil) des personnes ?

D'aucuns pourront considérer qu'il est déjà trop tard pour s'interroger : en effet, que reste-t-il aujourd'hui du principe de l'immutabilité de l'état civil des personnes ? Des exceptions à ce principe ont été progressivement admises en nombre croissant, au point qu'on évoque plus réalistement à présent une

³⁷ J. HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Éon », *JCP G* 2015. 1962.

³⁸ Voir à ce sujet l'étude plus générale d'Étienne DUBUISSON, *La numérotation des personnes physiques*, thèse dactyl., Paris II, 1994.

³⁹ Ph. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne de l'état civil ? », *ibid.* : « [...] Pourtant, la différence des sexes est loin d'avoir disparu en droit comme l'on peut s'en apercevoir en matière de filiation ou lorsque la mixité est imposée afin de lutter contre les inégalités entre les hommes et les femmes. Si la mention du sexe à l'état civil ne peut être supprimée, les conditions du changement de sexe devraient être assouplies afin de permettre aux personnes transgenres de pouvoir vivre plus facilement en harmonie avec leur identité de genre ».

mutabilité contrôlée de l'état civil. L'enjeu nous apparaît cependant capital. Doit-on franchir le cap supérieur et abandonner le principe de la mutabilité contrôlée de l'état civil, au profit d'un principe de libre mutabilité qui serait la traduction d'une totale autodétermination de l'individu ? Que resterait-il alors de l'état civil dont la stabilité était une caractéristique essentielle ?

Nous envisagerons en deux temps, l'effritement du principe de l'immutabilité de l'état civil (A) puis la recherche d'un nouvel équilibre entre les revendications individuelles de modification de l'état civil et les fonctions de l'état civil (B).

A. L'effritement du principe d'immutabilité de l'état civil

Si, à l'origine, la primauté reconnue au principe d'indisponibilité de l'état des personnes conduisait à leur refuser une telle modification, sa nécessaire conciliation avec le droit au respect de la vie privée (garanti en droit interne – C. civ., art. 9 – et en droit européen – notamment par la Convention européenne des droits de l'homme, art. 8 –) a, par la suite, permis de l'admettre sous conditions. En la matière, il faut se souvenir que l'évolution de l'état du droit est le fruit conjugué d'évolutions législatives le plus souvent et jurisprudentielles parfois⁴⁰.

Les témoignages de l'effritement du principe de l'immutabilité de l'état civil ne manquent pas. Certains changements d'état sont de plus en plus aisés, comme en témoignent les possibilités de changement de prénom⁴¹, de changement de domicile ou encore de changement de statut matrimonial (mariage, divorce...). D'autres changements d'état sont plus exceptionnels mais possibles, à l'instar des changements de nationalité⁴², des changements de filiation, des changements de sexe⁴³. D'autres changements ont été récemment admis ou élargis, tels que le changement de nom. Ce dernier est la faculté reconnue à une personne de substituer un nouveau nom à son nom d'origine. Ces changements de nom ont longtemps été exceptionnels dans la mesure où le nom permet au premier chef d'identifier les individus. Depuis la réforme issue de la loi n° 2022-301 du 2 mars 2022, l'article 61-3-1 du Code civil crée une nouvelle procédure simplifiée de changement de nom, mais un cadrage est cependant posé s'agissant du nom pouvant être choisi (renvoi à l'article 311-21 C. civ.). Par ailleurs, chaque

⁴⁰ M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD civ. 1992. 489.

⁴¹ Art. 60 C. civ., procédure modifiée par la loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation.

⁴² Changement de nationalité par déclaration en cas d'adoption simple ou par décision de l'autorité publique, prévues aux articles 21-1 s. C. civ., et acquisition possible de la nationalité du fait du mariage d'un étranger à un français mais acquisition conditionnée et non de plein droit (C. civ., art. 21-2).

⁴³ V. la loi du 18 novembre 2016 – C. civ., art. 61-5 nouveau.

personne ne peut recourir à cette procédure simplifiée qu'une seule fois dans sa vie. Finalement, les seuls éléments de l'état civil qui ne peuvent être modifiés sont la date de naissance et le lieu de naissance !

Plus qu'une immutabilité, il convient d'évoquer une mutabilité contrôlée en ce sens que les changements de l'état et de l'état civil des personnes nécessitent l'accord de la loi et l'intervention de l'autorité publique. On peut cependant noter, en parallèle, la démultiplication des changements possibles à la faveur des ouvertures législatives sus-évoquées. Rappelons que la seule volonté individuelle ne suffit pas, il faut que la loi prévoise cette opportunité de modifier son état. Les interventions législatives d'assouplissement sont possibles car les principes d'indisponibilité et d'immutabilité n'ont pas valeur constitutionnelle⁴⁴ et ne s'opposent donc pas à une volonté du législateur contraire⁴⁵. La stabilité de l'état civil est cependant remise en cause, ce qui peut sembler problématique eu égard à la fonction de l'état civil qui est d'identifier, de localiser et de prouver. On peut en outre se demander si la tendance n'est pas à l'évolution d'une mutabilité contrôlée à la perte de contrôle de la mutabilité tant la mutabilité apparaît généreuse voire débridée.

Il peut sembler intéressant de rechercher les raisons de l'effritement du principe de l'immutabilité de l'état civil. La raison principale de ce phénomène est sans doute à rechercher dans le lien qui unit le principe d'indisponibilité de l'état et le principe d'immutabilité de l'état civil. Le principe de l'indisponibilité des personnes (affirmé depuis 1975 par la jurisprudence⁴⁶) doit être entendu comme l'impossibilité de modifier son état en dehors des cas dans lesquels une telle modification est admise par la loi. L'indisponibilité est maintenue comme principe (comme l'immutabilité d'ailleurs), les apparences sont donc sauvées. Et pourtant, les occasions données à une personne d'intervenir sur son état ont été étendues. Des revendications individuelles s'expriment ; le droit au respect de la

⁴⁴ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que la loi fixe les règles concernant l'état des personnes. Les règles de droit relatives à l'état des personnes ont par conséquent principalement une origine législative.

⁴⁵ V. Cass. Ass. Pl, 27 juin 2013, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil : « *En France, l'état civil est régi par les principes d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état des personnes. L'indisponibilité de l'état des personnes est le principe légal selon lequel un individu ne peut disposer de manière pleine et entière de sa personnalité juridique, ni un tiers pour lui. L'immutabilité de l'état civil signifie que l'état civil est par principe immuable. Ce qui ne signifie pas que ces principes soient sans limites : un individu peut en effet changer de situation matrimoniale, de nom, de sexe, de nationalité à condition que ce changement se fasse dans les conditions prévues par la loi, et non du fait de sa seule volonté. Les principes d'indisponibilité et d'immutabilité n'ont pas de valeur constitutionnelle et ne s'opposent donc pas à la volonté du législateur. Les changements de situation matrimoniale, de nom, de sexe et de nationalité entrent ainsi dans le cadre de ce que le droit nomme « mutabilité contrôlée », selon des critères énoncés par la loi ».*

⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ. 16 décembre 1975, n°73-10.615, Bull. n°374.

vie privée est à considérer⁴⁷. La recherche d'un équilibre entre les revendications individuelles et les fonctions de l'état civil s'impose.

B. La recherche d'un équilibre entre les fonctions de l'état civil et les revendications individuelles tendant à sa modification

Faut-il abandonner l'état civil à la volonté individuelle ? Il apparaît aujourd'hui nécessaire de rechercher un équilibre entre les revendications individuelles de modification de l'état et donc de l'état civil (en lien avec l'auto-détermination) et les fonctions de l'état civil.

Des tensions s'expriment entre les intérêts de l'État – et notamment l'attachement à la stabilité et à la fiabilité de l'état civil – et les revendications individuelles. L'état civil a souvent pu être décrit comme un lieu de tensions. Ces tensions ont notamment été mises en exergue par des rapports dans le cadre de la Mission Droit et Justice⁴⁸ : « *La montée croissante au XX^{ème} siècle de l'égalité et de l'autonomie de la volonté dans le droit, fait de l'état civil un 'lieu' de tension entre, d'une part, les intérêts de l'État (souvent rassemblés sous la bannière du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes) et, d'autre part, les revendications de l'individu autour de son identité* ».

En vue de la détermination de cet équilibre, se pose la question de la temporalité et de la fréquence des changements acceptables. Combien de modifications successives d'un même paramètre à l'état civil tolérer ? Doit-on soumettre les changements souhaités à un délai pour éviter les changements précipités ou pour éviter des changements survenant dans des moments déterminants ? La question se pose notamment à l'égard des changements de sexe successifs de « détransitionneurs »⁴⁹. Un communiqué de l'Académie de

⁴⁷ Garanti en droit interne – C. civ., art. 9 – et en droit européen – notamment par la Convention européenne des droits de l'homme, art. 8 – V. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, coll. « Bibliothèque Droit privé », t. 327, Paris : LGDJ, 2000, 520 p., § 381 s.

⁴⁸ V. Mission Droit et Justice – colloque à la Cour de cassation de 2021, L'État civil à l'épreuve de la transidentité et de l'intersexuation, avril 2021 ; F. VIALLA (dir.), *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Étude de l'opportunité d'une réforme*, op. cit. ; L. HERAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité – Rapport final (Mission Droit et Justice)*.

⁴⁹ V. Article « 'Détransitionneurs' : ces adolescents qui regrettent leur changement de sexe » : « *Des voix s'élèvent et dénoncent des diagnostics de dysphorie de genre trop hâtifs, qui feraient fi de certaines pathologies* », in valeursactuelles.com, publié le 3 mai 2022.

médecine de 2022⁵⁰, mais également divers travaux universitaires⁵¹ ou articles destinés au grand public⁵², attirent l'attention sur les dysphories de genre « structurelles » ou « transitoire » de l'adolescence et le nombre croissant de jeunes adultes souhaitant « détransitionner ».

Il convient également de s'interroger sur la place à réserver à l'autodétermination / à la volonté individuelle. Comment notre droit positif – de façon pragmatique – organise ou au contraire refuse – la libre disposition de lui-même par l'individu ? Le constat est celui d'une incohérence des solutions du droit en matière de liberté de choix de l'individu sur son corps (ex : changement de sexe ; sexe neutre)⁵³. Ceci a un impact sur l'état civil et ses modifications. Notre droit a été marqué par l'évolution de la perception du corps et de l'analyse juridique du rapport au corps. Le corps a d'abord été considéré comme une entité naturelle. La personne était usufruitière de son corps et n'avait pas de droit absolu sur celui-ci, considéré comme sacré, mais seulement la possibilité d'en jouir en en assurant la conservation. Cette perception chrétienne a progressivement cédé la place à une approche laïcisée. En droit français aujourd'hui, l'analyse privilégiée est une analyse en termes d'usufruit. Certains avancent cependant une autre lecture sous l'angle du droit de propriété. Longtemps, le corps a été appréhendé comme consubstantiel de la personne juridique dans une approche essentialiste. Le corps était la personne. On admet aujourd'hui qu'il s'agit d'une chose (il est envisagé pour lui-même – cf. la loi du 19 déc. 2008 qui envisage le corps sans vie), mais d'une chose bénéficiant d'une protection particulière en ce qu'elle est étroitement liée à la personne humaine. Cette conception du corps/du rapport au corps explique qu'historiquement, un principe d'indisponibilité du corps humain ait été posé s'agissant des atteintes commises par une personne sur

⁵⁰ Communiqué « La médecine face à la transidentité de genre chez les enfants et les adolescents », 25 février 2022 :

« [...] une grande prudence médicale doit être de mise chez l'enfant et l'adolescent, compte tenu de la vulnérabilité, en particulier psychologique, de cette population et des nombreux effets indésirables, voire des complications graves, que peuvent provoquer certaines des thérapeutiques disponibles. [...] »

Aussi, face à une demande de soins pour ce motif, est-il essentiel d'assurer, dans un premier temps, un accompagnement médical et psychologique de ces enfants ou adolescents, mais aussi de leurs parents, d'autant qu'il n'existe aucun test permettant de distinguer une dysphorie de genre 'structurelle' d'une dysphorie transitoire de l'adolescence. De plus, le risque de surestimation diagnostique est réel, comme en atteste le nombre croissant de jeunes adultes transgenres souhaitant 'détransitionner'. Il convient donc de prolonger autant que faire se peut la phase de prise en charge psychologique ».

⁵¹ F. VIALLA (dir.), *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Étude de l'opportunité d'une réforme*, op. cit. ; L. HERAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité – Rapport final (Mission Droit et Justice)*, op. cit.

⁵² V. « 'Détransitionneurs' : ces adolescents qui regrettent leur changement de sexe », *ibid.*

⁵³ V. pour une étude complète la thèse de M. GOUGUET, *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse Limoges, 2019, 448 p.

elle-même. Mais les exceptions à ce principe se multiplient au point de faire douter du principe. Certains préféreraient donc qu'on admette l'existence d'un principe de libre disposition ou que l'on consacre un droit à l'autodétermination / un principe d'autodétermination⁵⁴. On a vu apparaître, ces dernières années, une affirmation doctrinale et jurisprudentielle d'un droit à l'autodétermination fondé notamment sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en réponse aux insuffisances du principe d'indisponibilité, droit donnant des prérogatives concrètes à l'individu et de potentielles demandes de rectification de son état civil. Il est sans doute temps de fixer le positionnement du curseur entre immutabilité de l'état civil et mutabilité libre de l'état, donc à terme de l'état civil.

La piste d'une distinction plus nette entre les éléments de l'état civil se profile. Il semble intéressant de hiérarchiser ces éléments du point de vue de la mutabilité acceptée / acceptable par rapport à l'ordre public. Ceci conduira à envisager l'affirmation d'un principe de mutabilité variable des éléments de l'état civil en fonction des enjeux de ces éléments au sein de l'état civil et à affiner la réflexion sur la mutabilité qui devrait être tolérée au regard du rôle de tel ou tel élément dans l'état civil. Ainsi, s'agissant du domicile, des changements fréquents sont possibles. La volonté de l'individu est consacrée par le législateur comme un paramètre déterminant dans la fixation et le changement de domicile (hors domicile légal). Pour le nom en revanche, les changements devant demeurer exceptionnels. Même avec la dernière évolution législative, un unique changement est envisagé. Une réflexion sur le positionnement du sexe sur cette échelle de mutabilité apparaît nécessaire dans les années qui viennent.

Juin 2023

⁵⁴ S.-M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS Editions, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne », 2018.

Le droit au mariage, un nouveau droit de l'Homme ? Éléments de réponse d'un constitutionnaliste

Rémi BARRUÉ-BELOU

Maître de conférences en droit public

Université de La Réunion

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a marqué la décennie en créant un droit inédit dans le système juridique français. Malgré des manifestations d'une partie de la société, la médiatisation en a fait un événement sociétal important, en raison de considérations principalement morales et religieuses. Dix ans plus tard, le droit au mariage ouvert aux personnes de même sexe a été accepté et intégré par la majorité de la population et par une partie des opposants à son adoption. Un véritable droit a été reconnu à des citoyens qui n'en jouissaient pas jusqu'alors. Ce droit attribué à une catégorie de personnes crée une nouvelle liberté pour l'ensemble de la société. En effet, la possibilité de se marier ouverte aux personnes de même sexe dans les conditions prévues aux articles 143 et suivants du Code civil constitue un droit au sens juridique du terme : il s'agit d'une prérogative individuelle établie par l'ordre juridique français. En cela, il s'agit bien d'un droit qui se définit comme une règle reconnue et sanctionnée par le droit objectif – i.e. l'ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société – qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou parfois dans l'intérêt d'autrui¹. Au-delà de la dimension nationale, un droit est également une prérogative reconnue aux individus, considérées comme inhérentes à la personne humaine et essentielles à la démocratie et à la paix, par conséquent, reconnues par des normes de valeur constitutionnelles et/ou par des conventions internationales, afin que leur respect soit assuré, même contre l'Etat².

Il convient de distinguer un droit d'une liberté qui est une sous-catégorie des droits en ce que chaque liberté peut être analysée comme étant une garantie à agir librement. De ce fait, la possibilité accordée aux personnes de même sexe de se marier dans les mêmes conditions que les personnes de sexes opposés, ne constitue pas une liberté qui doit être comprise comme l'exercice sans entrave

¹ Voir en ce sens G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 13^e édition, 2020, p. 371.

² M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2008, p. 161.

garanti par le droit (objectif) de telle faculté ou activité. Le droit au mariage pour tous n'est donc pas une liberté individuelle, c'est-à-dire un droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher et qui constitue une sûreté garantissant les personnes que « *nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et suivant des formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant les juges naturels, désignés par la loi* »³.

Si le droit au mariage pour tous est un droit nouveau – et nous allons montrer en quoi –, en ce qu'il est reconnu et établi par la loi, il s'agit également de mesurer la qualité de ce droit et sa valeur. En effet, cette contribution s'attache à répondre à la question à laquelle il lui a été demandé de répondre : le droit au mariage pour tous est-il un nouveau droit de l'Homme ?

Si les droits de l'Homme doivent être perçus, non pas comme une notion juridique mais plutôt comme un concept philosophique, politique et juridique, ils désignent les droits naturels de tout être humain, ayant un caractère universel, inaliénable indépendamment de l'ethnie, de la religion et du droit en vigueur. Ces droits, inhérents à tout individu, sont opposables à la société et à toute forme de pouvoir, institutionnel ou juridictionnel. Par leur caractère universaliste, les droits de l'Homme sont contraires à toute forme de discrimination. Leur reconnaissance est généralement prévue dans des textes à valeur supérieure à la loi ou à valeur fondamentale. Ainsi, ils ont une valeur constitutionnelle, conventionnelle ou tout du moins supra-législative.

À partir de ces définitions, nous allons nous interroger sur la valeur accordée au droit au mariage pour tous et voir qu'il s'agit d'un droit, d'un droit important puisqu'il va avoir une reconnaissance par des juridictions suprêmes de l'ordre interne mais également de l'ordre supranational ou international, même si cette reconnaissance est indirecte (I). Pour autant, on ne peut pas parler d'un droit de l'Homme et lui accorder une valeur supra-législative (II).

I. Le mariage pour tous, un droit nouveau

Le fait de pouvoir contracter un mariage entre personnes de même sexe a acquis la qualité de droit par sa conformité à la Constitution (A) et en ne remettant aucunement en cause la liberté de conscience protégée par la Déclaration des droits de l'Homme (B).

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 371.

A. Le mariage pour tous au regard des droits et principes à valeur constitutionnelle

La loi du 17 mai 2013 fait du mariage pour les personnes de même sexe un droit au même titre que le mariage entre personnes de sexes opposés. Sa qualité de droit a d'abord résulté d'un contrôle de constitutionnalité afin de vérifier la conformité de la loi avec les normes incluses dans le bloc de constitutionnalité.

Du fait de la saisine du Conseil constitutionnel par plus de 60 députés et plus de 60 sénateurs, un contrôle de constitutionnalité de cette loi a été effectué et a conduit à la décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013. Le Conseil a examiné tant les dispositions de la loi déferée (qui ouvre le mariage et l'adoption aux couples de même sexe) que les dispositions sur l'adoption découlant de cette loi. L'analyse du Conseil est très juridique car il insiste sur le fait qu'il n'a pas à s'immiscer dans le champ du Parlement et n'a pas de pouvoir général d'appréciation.

Le Conseil constitutionnel a d'abord jugé que la loi permettant le mariage des personnes de même sexe et l'adoption était conforme à la Constitution puisque le Préambule de la Constitution de 1946, qui fait partie des textes à valeur constitutionnelle, implique le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant et que le Code civil prévoyait cette exigence. Le Conseil a donc considéré que la tradition républicaine ne pouvait être invoquée pour considérer qu'une loi qui la contredirait serait contraire à la Constitution. Il a également ajouté que le mariage hétérosexuel n'était pas un principe fondamental reconnu par les lois de la république puisque cela faisait également l'objet d'une question soulevée par les requérants⁴.

Il a ensuite jugé qu'il n'avait pas le même pouvoir d'appréciation que le législateur mais que celui-ci avait permis l'adoption par les couples homosexuels et que cela ne constituait pas un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive.

Puis, il a jugé que le législateur avait ainsi considéré que le lien de filiation adoptive existait entre enfants et parents de même sexe.

Enfin, le Conseil a rejeté les griefs dirigés contre les dispositions de la loi concernant le nom de famille, le code du travail, le recours aux ordonnances, la validation des mariages antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi et à l'application de la loi en outre-mer.

⁴ Texte législatif antérieur à 1946 d'une portée générale, texte de nature républicaine, principe général et non contingent et dont l'application est reconnue.

Il ressort de cette décision que le mariage pour les personnes de même sexe, l'adoption par un couple de personnes de même sexe et l'établissement d'un lien de filiation sont des droits.

Cependant, il convient d'ajouter – pour être complet sur l'analyse de la part du Conseil constitutionnel et le caractère de droit de cette loi – que dans cette décision, le Conseil s'est prononcé également sur la compatibilité d'une circulaire avec une convention internationale. En effet, l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil dispose que « *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'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Le Conseil a reconnu au législateur la liberté de permettre à deux personnes de même sexe et de nationalité étrangère dont la loi personnelle interdit le mariage homosexuel de se marier en France si les autres conditions du mariage sont remplies et notamment la condition de résidence⁵. Cependant, cet article n'est applicable qu'en dehors de toute convention internationale. Or une circulaire du 29 mai 2013 interdisait ce mariage si l'un des deux époux était ressortissant d'un pays ayant conclu une convention internationale avec la France et qu'il interdisait le mariage homosexuel. Sur ce point, le Conseil va infirmer la circulaire en considérant que la loi applicable au ressortissant étranger qui interdit le mariage homosexuel est contraire à l'ordre public international. Il écarte donc l'application de la convention internationale passée par la France au profit de principes supérieurs instaurés par la loi du 17 mai 2013. En faisant cela, le Conseil a donné une valeur supérieure à une loi sur une convention internationale.

En rejetant le défaut de procédure d'élaboration de la loi, le défaut de conformité à la Constitution, la violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la république, la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et en écartant l'application d'une convention internationale, le Conseil a pris le principe d'égalité comme fil conducteur.

B. Le mariage pour tous vis-à-vis de la liberté de conscience

Dans une décision ultérieure, cette fois QPC (2013-353), en date du 18 octobre 2013, le Conseil était saisi concernant la question de la liberté de conscience des officiers d'état civil quant à la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe. En effet, certains élus remplissant la fonction d'officiers d'état civil avaient refusé de célébrer un mariage entre personnes de même sexe au nom de leur liberté de conscience. Une circulaire du 29 mai 2013⁶ avait déjà

⁵ Voir le considérant 29.

⁶ Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)

pris position en précisant l'obligation des maires. Elle indiquait qu'en tant qu'officiers d'état-civil ils agissent sous le contrôle du Procureur de la République et qu'ils ne peuvent pas refuser de célébrer un mariage pour des motifs d'ordre personnel sous peine de sanctions administratives et pénales. Suivant cette même logique, le Conseil constitutionnel a rappelé que la loi du 17 mai 2013 ne portait pas atteinte à la liberté de conscience des officiers d'état-civil en ne leur permettant pas de refuser de célébrer un mariage. Saisi sur ces moyens, le Conseil a refusé de considérer une violation du principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinion ainsi qu'une violation du principe de libre-administration des collectivités territoriales. Il a notamment mis en avant l'obligation et le principe de neutralité des services publics.

Il ressort de cette dernière décision que le fait de pouvoir se marier avec une personne du même sexe est clairement un droit puisqu'il existe une obligation légale à célébrer de tels mariages. Ceci a d'ailleurs été rappelé par la Cour administrative de Versailles dans un arrêt du 10 décembre 2015⁷ qui a indiqué que la délibération d'un conseil municipal qui reconnaît au maire et à ses adjoints le droit d'invoquer leur liberté de conscience pour refuser de célébrer un mariage entre personnes de même sexe est illégale.

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 18 décembre 2015⁸, a également rappelé que la loi du 17 mai 2013 ne violait pas la liberté de conscience et qu'aucun texte n'oblige un officier d'état-civil à approuver le choix de vie des personnes dont ils célèbrent le mariage. Cependant, leur fonction doit être remplie et si le Préfet n'est pas compétent pour remplacer un officier d'état-civil, le Procureur de la République l'est.

Les procédures de contrôle qui ont concerné la loi du 17 mai 2013 ont confirmé sa conformité au bloc de constitutionnalité et à tout principe reconnu dans l'ordre juridique national. Elles confirment sa qualité de véritable « droit ». Pour autant, il ne peut être considéré comme un droit de l'Homme en tant que catégorie juridique.

II. Le mariage pour tous, un droit encore loin d'être un droit de l'Homme

Nous l'avons précédemment souligné, les droits de l'Homme ne sont pas une notion juridique mais plutôt un concept philosophique, politique et juridique. Leur valeur juridique ne s'inscrit donc pas dans une catégorie juridique précise.

⁷ CAA Versailles, *Commune de Montfermeil*, n° 14VE00629. *AJDA* 2016. 580.

⁸ CE, 18 décembre 2015, n°369834, *M. C.*

Ce constat résulte de la diversité des conceptions données à ce droit au mariage pour les personnes de même sexe par le droit français (A), par le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (B) et par le droit de l'Union européenne dans l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne (C).

A - Le droit français et la double valeur constitutionnelle et d'ordre public

La qualification de « droit de l'Homme » et la portée juridique que cette expression impliquent sont complexes. Deux raisons principales expliquent cela. D'abord, car cette expression ne recouvre pas de définition juridique réelle et arrêtée, c'est-à-dire communément admise par la communauté scientifique. Elle est donc davantage un concept dont les contours de définition sont assez peu précis et ne font pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. Ensuite, car la valeur juridique d'un droit qualifié de « droit de l'Homme » peut être constitutionnelle, simplement supra-législative mais aussi conventionnelle. Cela dépend de la valeur du texte concerné.

1. La valeur constitutionnelle reconnue à la catégorie des droits de l'Homme en France

Pour ce qui concerne le droit français et le droit applicable dans le système normatif français, plusieurs normes juridiques se réfèrent aux droits de l'Homme. On peut citer la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui prévoit la protection de « droits humains » ou de « droits de l'Homme » – selon les traductions. Si cette Déclaration ne fait pas partie des normes internationales à valeur exécutoire et n'a donc qu'une simple portée déclaratoire, elle constitue une référence morale pour de nombreux États du monde dont la France.

De tels droits sont également inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est le cas de l'article 1^{er} concernant la liberté et l'égalité en droit, de l'article 4 relatif à la définition de la liberté et de ses limites (c'est-à-dire le droit d'autrui), mais aussi de l'article 10 relatif à la liberté d'opinion et de conscience et leurs limites qui sont les troubles à l'ordre public. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est devenue une norme de référence du contrôle de constitutionnalité depuis les décisions du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 et n° 73-51 DC du 27 décembre 1973. Les droits qu'elle énonce ont « *pleine valeur constitutionnelle* » depuis la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982. Les droits de l'Homme identifiés par le Conseil constitutionnel dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ont ainsi une réelle valeur constitutionnelle.

L'expression « droits de l'Homme » est aussi présente dans le préambule de la Constitution de 1958 : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'aux droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement de 2004 [...]* ». Selon une jurisprudence constante, les textes cités dans le préambule de la Constitution ont valeur constitutionnelle. C'est le cas depuis la décision du 19 juin 1970 du Conseil constitutionnel (n° 70-39 DC), confirmé dans la décision du 16 juillet 1971 « Liberté d'association » (n° 71-44 DC). Là encore, la valeur constitutionnelle des droits de l'Homme présents dans le préambule de la Constitution est reconnue et protégée.

Au regard de ces références normatives, il appert que le droit français donne une valeur constitutionnelle à la catégorie des droits de l'Homme. Or, nous venons de le montrer, le droit au mariage pour tous est une norme à valeur législative, ce qui ne peut en faire un droit appartenant à la catégorie des droits de l'Homme, même si la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 reconnaît la constitutionnalité de la loi sur le mariage pour tous et consacre un principe essentiel en droit français. Cependant, pour la Cour de cassation, la valeur du droit au mariage pour tous est même supra-conventionnelle et se réfère à un ordre public international.

2. La valeur de norme d'ordre public reconnue au mariage pour tous par la juridiction judiciaire suprême

Il paraît important de rappeler qu'en raison de la ratification par l'État français des conventions ou des traités internationaux, et de leur applicabilité en droit interne en application de l'article 55 de la Constitution, ceux-ci bénéficient d'une valeur supra-législative. Cependant, cette valeur supra-législative ne confère pas aux normes inscrites dans ces conventions et traités internationaux une valeur constitutionnelle. Cela concerne notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH/LF), communément appelée Convention européenne des droits de l'homme, qui est un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France en 1974. Il convient de préciser que cette valeur supra-législative semble pouvoir être écartée au profit d'une norme appartenant à l'ordre public. Sur ce point, la Cour de cassation a reconnu au mariage entre personnes de même sexe une place dans les normes composant l'ordre public. La Cour de cassation, par un arrêt du 28 janvier 2015 rendu par sa première chambre civile, confirme un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013 qui donne au mariage entre personnes de même sexe une valeur supra-conventionnelle. Elle reconnaît quasiment l'existence d'un ordre public

international⁹ supérieur au droit international lui-même, puisqu'elle écarte l'application d'une convention entre la France et le Maroc au profit de la loi française. Tout au moins, la Cour semble ériger un principe d'ordre public français en matière internationale¹⁰. En effet, le Procureur général considérait qu'il convient « d'écarter l'application de la convention franco-marocaine (du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire) au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public instaurés par la loi du 17 mai 2013, et en conséquence de ne pas reconnaître en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ». La Cour de cassation a considéré, en application de l'article 4 de cette convention bilatérale que la loi de l'un des deux pays pouvait être écartée si elle était manifestement incompatible avec l'ordre public. Or tel était le cas selon la Cour de cassation qui a estimé que la loi du 17 mai 2013 avait instauré un nouvel ordre public¹¹. La juridiction suprême de l'ordre judiciaire a donc expressément reconnu que la loi marocaine dont les effets s'opposent au mariage entre personnes de même sexe est incompatible avec l'ordre public. Une partie de la doctrine y a vu la reconnaissance d'un ordre public international et un niveau normatif supra-international. On peut alors considérer que la nationalité d'une personne ne peut être une justification à la non application d'une liberté fondamentale, en s'appuyant sur l'article 14 de la CESDH et les arrêts de la Cour EDH du 24 juillet 2003¹² ainsi que sur les décisions du Conseil constitutionnel des 12 et 13 août 1993 (n° 93-325 DC) et du 20 novembre 2003 (n° 2003-484 DC).

⁹ L'ordre public international définit les valeurs au fondement de l'ordre social à un moment donné. C'est un ordonnancement de valeurs. En l'occurrence, il s'agit de la valeur d'égalité.

¹⁰ Voir en ce sens H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2013, doctr. 9 ; P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.* 2015, p. 91 et s.

¹¹ « *Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié* ».

¹² Cour EDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche* (affaire n° 40016/98).

B. Le droit au mariage entre personnes de même sexe indirectement reconnu par la Cour EDH

Existents des droits dits « de l'homme » invocables directement devant la Cour européenne des droits de l'homme, issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et donc directement applicables en droit interne. Soulignons que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé, dans 4 arrêts du 15 avril 2011¹³, que le droit de la Convention était immédiatement applicable en France et préféré à la loi française en cas de contradiction. Parmi ceux-ci, l'article 12 de la Convention européenne définit le droit pour l'homme et la femme de se marier, à l'âge nubile, et de fonder une famille. La Cour avait jusque-là refusé de considérer que cela s'appliquait aux mariages de personnes de même sexe car cette appréciation devait être laissée aux Etats signataires.

La raison pour laquelle la Cour EDH a été timide à reconnaître le mariage entre personnes de même sexe s'explique par la variabilité des positions des États Parties à la Convention et par le fait que cela ne pouvait donc être vu comme un droit. Toutefois, dans une affaire de 2022, la Cour était saisie relativement au lien de filiation pouvant exister entre un enfant conçu par le biais d'une gestation pour autrui (GPA) à l'étranger et le couple d'intention. Dans cette décision, la Cour réaffirme sa jurisprudence relative aux droits inhérents au mariage entre personnes de sexe opposé et l'étend aux personnes de même sexe. Elle considère que les Etats signataires doivent prévoir la reconnaissance du lien de filiation ou des procédures alternatives comme l'adoption pour les enfants nés d'une GPA. Ainsi, dans une décision du 22 novembre 2022¹⁴, la Cour européenne reprend le raisonnement et la solution qu'elle avait adoptés dans l'affaire *Mennesson*¹⁵ concernant le lien de filiation entre l'enfant conçu par une gestation pour autrui à l'étranger et le couple d'intention. En reconnaissant à un enfant conçu par une convention de GPA conclue et réalisée aux États-Unis par l'ovule d'une donneuse et au sperme de l'un des deux hommes composant le couple d'intention, un droit illimité d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention sous peine de nier son droit au respect de sa vie privée, le juge de la Convention permet d'étendre la règle qu'il avait posée concernant les couples hétérosexuels à des couples homosexuels. Par ce biais, la Cour établit indirectement que le mariage entre personnes de même sexe est bien un droit.

¹³ Arrêts n°P10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242.

¹⁴ Cour EDH, 22 novembre 2022, *D. B. et A. c/ Suisse* (affaires n°58817/15 et n° 58252/15).

¹⁵ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France* (affaires n°65192) – *JCP G* 2014, 877.

C. La reconnaissance du droit au mariage entre personnes de même sexe via la définition de la notion de conjoint par la Cour de justice

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a également eu l'occasion de se prononcer sur le mariage entre personnes de même sexe, même si ce n'est qu'indirectement. La position des institutions, et notamment de la Cour de justice, a été et reste encore compliquée en raison de la diversité voire de l'opposition manifeste entre États membres. Si des pays comme les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Irlande, la Finlande, le Luxembourg, Malte ou la Suède ont légalisé le mariage homosexuel, d'autres comme la Hongrie ou la Pologne ont inscrit dans leurs constitutions que le mariage était hétérosexuel. D'autres enfin n'ont simplement pas reconnu ce droit comme la Bulgarie. Il est donc difficile pour les institutions européennes de se prononcer sur cette question. Toutefois, en évitant d'utiliser les termes d'homme et de femme pour reconnaître le droit de se marier ou le droit de fonder une famille, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a reconnu aux États la liberté de permettre le mariage aux personnes de même sexe. Cependant, c'est sur le plan de la lutte contre la discrimination que la Cour s'est prononcée indirectement sur ce sujet.

Dans un arrêt du 5 juin 2018¹⁶, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de conjoint. La question qui était ici posée était de savoir si le droit au séjour de plus de 3 mois pouvait être refusé au conjoint non européen d'un citoyen européen de même sexe, sachant que l'État en question ne reconnaît pas le mariage homosexuel.

La Cour considère que les textes s'opposent à un refus, et donne ainsi une approche neutre et non genrée de la notion de conjoint en s'appuyant sur le principe de non-discrimination. Par cette décision, elle poursuit la construction et le développement d'une jurisprudence de protection des droits fondamentaux et précise, de ce fait, le caractère compatible avec les traités du mariage entre personnes de même sexe.

Par l'histoire de sa jurisprudence et sa capacité à dégager l'existence et la reconnaissance de droits fondamentaux, la juridiction de l'Union européenne pourrait être le moyen de ce caractère fondamental. N'oublions pas que la Cour de justice, dès les années 1970, époque où les communautés n'étaient organisées qu'autour de traités à vocation économique, avait dégagé des droits qu'elle a découvert et qualifié d'abord de principes généraux du droit en s'appuyant notamment sur la CESDH (dont l'Union n'est toujours pas membre, même si des textes régissant leurs relations existent).

¹⁶ CJUE, Grande Chambre, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. contre Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne* (affaire C-673/16).

Conclusion

Il ressort de ces analyses que le mariage entre personnes de même sexe bénéficie de reconnaissances juridiques différentes. Cependant, que la valeur juridique accordée à ce droit soit constitutionnelle, conventionnelle ou simplement législative, il est indéniable qu'il ne peut être considéré à l'heure actuelle et dans un futur proche comme un droit de l'Homme. Une première grande étape vers cet éventuel chemin pourrait malgré tout résulter d'une reconnaissance à l'échelle internationale. Certains textes internationaux reconnaissent le mariage comme un droit. Il faudrait pour cela que la question du sexe des mariés soit abordée et tranchée. Cela serait également possible en passant par la question de l'adoption. Le Conseil d'État a, sur ce point, rappelé dans un arrêt du 18 décembre 2015 en réponse à sa saisine par des parlementaires sur la conformité de la loi du 17 mai 2013 à trois conventions et traités internationaux, que ni les traités internationaux garantissant le droit de se marier, ni la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ni la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, n'obligent à ce que le mariage et l'adoption soient réservés aux couples de personnes de sexes opposés. Sur la base de cette piste ici évoquée, le chemin vers une reconnaissance au niveau international du droit de se marier pour les personnes de même sexe pourrait être envisagé. Cependant, nul doute que le chemin sera long.

Le regard de la Cour de justice de l'Union européenne sur le droit au mariage pour tous

Laura DRUMEL

Doctorante en droit public

Centre de Recherche Juridique

Université de La Réunion

« La Famille, lieu d'« affectation » à nul autre pareil, aussi ancien que l'humanité. [...] Des époux fidèles, des enfants épanouis, une famille forte, résistant aux épreuves du temps »¹.

La famille, notion aussi polysémique² que fondamentale, ne possède en droit français aucune définition. Il s'agit d'un « *concept de droit connu de toutes les sociétés, fussent-elles de droit non-écrit, dont elle constitue l'un des piliers fondamentaux* »³.

Pour la définir, une vision traditionnelle est généralement retenue. Il s'agit de « *toutes personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance, sans limitation* »⁴. La famille repose sur une situation de droit et se compose d'individus liés biologiquement, d'une part, et d'individus liés juridiquement, d'autre part. Traditionnellement, le lien juridique fait référence au mariage, qui se définit comme l'« *acte juridique solennel par lequel un homme et une femme,*

¹ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, « Avant-propos de la première édition », reproduit in Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON (dir.), *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Droit civil, 8^{ème} édition, 2023, p. 13.

² La famille peut être définie de différentes manières : la famille traditionnelle (lien de parenté ou d'alliance), la famille demeurant sous le même toit, la famille nucléaire (parents/enfants), etc.

³ M.-T. MEUDLERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, LGDJ, 1994, p. 203.

⁴ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, « Premières vues sur la famille », in *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 20.

d'un commun accord, décident de s'unir et d'adhérer à un statut légal préétabli, celui des gens mariés »⁵. L'union d'un homme et d'une femme est le modèle de référence et s'explique, selon Portalis, par le « *rapprochement de deux sexes que la nature n'a faits si différents que pour les unir* »⁶. À cette époque, l'alliance d'un homme et d'une femme était la seule union possible et le mariage était le seul moyen juridique de la sceller.

Le mariage se situe « *au cœur du droit de la famille* »⁷ en ce qu'il en est le point de départ, l'acte créateur de possibles futurs enfants. Bien que la famille soit restée pendant longtemps fondée sur ce « modèle traditionnel », elle a connu, depuis, bien des évolutions. Le mariage étant réservé aux personnes de sexe différent, la France a reconnu, vers la fin des années 1990, la première forme d'union civile accessible aux couples de même sexe, le pacte civil de solidarité (PACS)⁸. Même si ses effets restent limités⁹ par rapport au mariage, le PACS permet à deux personnes de même sexe de s'unir juridiquement. Ce qui constituait à l'époque, une avancée remarquable.

Il a fallu ensuite attendre quatorze ans pour que le mariage soit reconnu aux couples homosexuels. Le 17 mai 2013, la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹⁰ est promulguée et modifie l'article 143 du code civil comme suit : « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Cette loi modifiant considérablement le code civil a fait entrer le droit de la famille dans une « *nouvelle ère* »¹¹. La France devenait ainsi le neuvième pays européen et le septième État membre de l'Union européenne à permettre le mariage entre personnes de même sexe sur son territoire. Avant elle, six États membres l'avaient déjà légalisé, laissant sous-entendre une volonté de faire évoluer les modèles familiaux en dépassant la vision purement traditionnelle de la famille.

⁵ PORTALIS, Travaux préparatoires à l'adoption du Code civil.

⁶ PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801), p. 32.

⁷ E. JACOBY, J.-F. GOJON et M.-H. LOUVEL, *Les familles sans frontière en Europe, mythe ou réalité ?*, 101^{ième} Congrès des notaires de France sans frontières, Nantes, 1^{er} au 4 mai 2005, LexisNexis, 2005, p. 79.

⁸ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, n° 0265, 15 novembre 1999, p. 16959-16981 ; article 515-1 du code civil : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

⁹ Plusieurs effets du mariage n'existent pas pour le PACS : la présomption de paternité, l'indivision (régime qui s'applique uniquement s'il est stipulé dans la convention de PACS), les règles applicables en matière successorale, etc.

¹⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n° 0114, 18 mai 2013, texte n° 3.

¹¹ A. GOSSELIN-GORAND, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA*, 2013, n° 133, p. 24.

En droit de l'Union européenne, la notion de famille relève de la compétence des États membres. L'histoire, les cultures et les traditions de chaque État conditionnent la reconnaissance juridique des couples de même sexe dans leur ordre interne. Cependant, même si le droit de la famille est une compétence, par principe, réservée aux États membres, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹² prévoit que « *les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil* ». Il s'agit d'une dérogation aux mesures que le Parlement et le Conseil, organes législatifs de l'Union, peuvent prendre afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur¹³. Dès lors, l'Union européenne est compétente en matière de droit de la famille uniquement lorsqu'il y a circulation au sein de l'Union européenne. Il en va de même pour la notion de famille, et *a fortiori* de couples, qu'ils soient de même sexe ou de sexe opposé à l'occasion d'une mobilité du citoyen européen. Dans ce cadre, l'Union européenne a pour objectif d'établir des règles communes à l'ensemble des ressortissants des États membres bénéficiant de droits au sein de l'Union.

La directive 2004/38/CE¹⁴ pose le cadre juridique de l'exercice de la libre circulation par les citoyens européens et les membres de leur famille. Son article 2 établit une liste des membres de la famille pouvant accompagner ou rejoindre le citoyen européen dans l'État membre d'accueil. Concernant le conjoint, la directive ne précise pas s'il s'agit de conjoints de même sexe ou de sexe différent. Par conséquent, la Cour de justice de l'Union européenne s'est saisie de la question de savoir si les couples de même sexe pouvaient eux aussi bénéficier du droit de libre circulation sur le territoire de l'Union. *De facto*, elle a contribué à dessiner les contours de la famille.

L'étude proposée vise alors à déterminer dans quelle mesure la Cour de justice de l'Union européenne prend en compte la situation des couples de même sexe.

De prime abord, la Cour de justice reconnaissait exclusivement la famille traditionnelle (I) refusant ainsi de prendre en compte les couples de même sexe et *a fortiori* leur union. Confrontée aux évolutions contemporaines de la famille au

¹² Article 81 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (version consolidée), *JOUE*, n° C-326, 26 octobre 2012, p. 47-390.

¹³ Les mesures que le Parlement et le Conseil peuvent prendre dans ledit cadre sont listées au paragraphe 2 de l'article 81 du TFUE.

¹⁴ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JOCE*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77-123.

sein de certains États membres, la Cour a sensiblement changé son regard pour mieux l'accueillir (II).

I. Un regard initialement timide sur la situation des couples de même sexe

Initialement, la Cour de justice de l'Union européenne refusait de reconnaître les couples de même sexe. *Ce* choix se justifiait, *primo*, par une conception restrictive de la « famille », et *secundo*, par l'absence de consensus entre les États membres sur la prise en compte des relations entre personnes de même sexe (B).

A. Une conception restrictive de la « famille »

Lors du lancement de la Communauté économique européenne en 1957, établissant le marché commun, les principales préoccupations étaient purement économiques et politiques¹⁵. Le traité de Rome énonçait clairement les fondements de cette Communauté, avec d'une part, la libre circulation des marchandises, d'une part, qui représentait la première priorité, et, la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, d'autre part. La libre circulation des personnes n'est en réalité réservée qu'aux seuls travailleurs. D'ailleurs, le traité n'y consacre que quatre articles¹⁶, laissant le soin au Conseil d'arrêter les mesures nécessaires quant à sa mise en œuvre.

Le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968¹⁷ a ensuite posé le cadre juridique pour la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Le préambule du règlement précise que la mobilité de la main d'œuvre devait être pour le travailleur « *un des moyens lui garantissant la possibilité d'améliorer ses conditions de vie et de travail et de faciliter sa promotion sociale* »¹⁸. En effet, le droit de libre circulation est un droit fondamental à la fois pour le travailleur mais

¹⁵ L'article 2 du traité instituant une communauté économique européenne (CEE), signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958, prévoit que « *la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit* ».

¹⁶ Article 48 à l'article 51 du traité CEE ; l'article 48 prévoit que « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté* ».

¹⁷ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

¹⁸ *Ibid.*, préambule p. 1.

également pour les membres de sa famille. Par conséquent, le droit de libre circulation exige l'élimination des obstacles s'opposant à la mobilité du travailleur ainsi qu'à son droit de se faire rejoindre par sa famille. Partant, le fait pour un État membre d'empêcher ou de rendre difficile le séjour des membres de la famille du travailleur sur son territoire pourrait dissuader le travailleur d'exercer son droit de libre circulation afin de s'installer et de travailler dans l'État membre d'accueil sans sa famille. Le droit de se faire rejoindre par sa famille constitue donc un élément déterminant dans la mobilité du travailleur. En témoigne l'article 10 du règlement n° 1612/68 qui énumère les différents membres de la famille du travailleur pouvant circuler au même titre que ce dernier¹⁹. Le « conjoint » y figure également mais aucune mention relative au sexe n'est faite.

En 1986, dans son arrêt *Reed*²⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a dû se prononcer sur l'interprétation à donner à cette notion. L'une des questions qui se posait en l'espèce était de savoir si les partenaires non mariés pouvaient être assimilés à des couples mariés. Afin d'y répondre, la Cour a rappelé que ses interprétations des notions juridiques devaient correspondre à l'évolution « *dans l'ensemble de la Communauté* »²¹ et non à celle perçue dans un seul État membre. Par conséquent, l'absence d'évolution à l'échelle de la Communauté a conduit la Cour à conclure que le terme « conjoint », employé par le règlement, ne se référait qu'à un « *rapport fondé sur mariage* »²². Toutefois, elle a admis, sur le fondement du principe de non-discrimination, que le séjour du partenaire non marié du travailleur pouvait contribuer « *à son intégration dans le milieu du pays d'accueil* »²³. Dans cette affaire, même si la Cour de justice refusait d'assimiler les partenaires non mariés des travailleurs aux couples mariés, elle imposait tout de même aux États membres de les traiter de manière identique lors de leur séjour.

Dès lors la Cour cantonnait son interprétation de la notion juridique de conjoint aux seules personnes mariées. En filigrane, l'interprétation donnée ne fait ainsi référence qu'au mariage de personnes de sexe différent. La position de la Cour s'explique par l'absence de reconnaissance du mariage pour tous sur le territoire de la Communauté. Une évolution de la notion de conjoint aurait exigé « *un examen de la situation dans l'ensemble de la Communauté* »²⁴ en raison des conséquences qui en découleraient dans tous les États membres.

¹⁹ *Ibid.*, préambule, p. 1.

²⁰ CJCE, 17 avril 1986, *Netherlands c/ Reed*, aff. 59/85, *Rec.* p. I-1283.

²¹ *Ibid.*, point 13.

²² *Ibid.*, point 15.

²³ Préambule du règlement n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, p. 1.

²⁴ CJCE, 17 avril 1986, *Netherlands c/ Reed*, aff. 59/85, *Rec.* p. I-1283, point 13.

Depuis la directive du Conseil en date du 28 juin 1990 relative au droit de séjour²⁵, le droit de libre circulation n'est plus simplement réservé aux seuls travailleurs mais à l'ensemble des ressortissants des États membres. Il s'agissait à l'époque d'une avancée considérable permettant à l'ensemble des personnes possédant la nationalité d'un État membre de circuler librement. De même, la directive précise que « *le droit de séjour ne peut être réellement exercé que s'il est aussi accordé aux membres de la famille* ». La famille est composée des mêmes membres²⁶ que ceux prévus par le règlement de 1968. Une fois de plus, aucune précision n'est donnée par le législateur communautaire quant à l'interprétation à donner à la notion de conjoint.

Dans la même lignée, le Tribunal de l'Union européenne rappelle dans un arrêt *Arauxo-Dumay* du 17 juin 1993, dans lequel était mobilisée la notion de « *mariage* », que toute extension de la notion de mariage ou de conjoint entraînerait une modification d'une telle ampleur qu'elle « *ne saurait être opérée que par le législateur communautaire, s'il l'estime nécessaire* »²⁷.

Les notions de mariage et de conjoint ne peuvent être facilement élargies, la Cour de justice refusant de procéder à elle seule à l'évolution de notions aussi fondamentales en dépit d'un consensus entre les États membres sur la prise en compte des couples de même sexe.

B. L'absence de consensus entre les États membres quant à la prise en compte des couples de même sexe

Dans les arrêts précédemment étudiés, l'interprétation des notions de « *mariage* » et de « *conjoint* » semblait déjà complexe alors même que les cas d'espèce concernaient les seuls couples hétérosexuels.

Quelques années plus tard, dans son arrêt *Grant* du 17 février 1998²⁸, la Cour de justice a été invitée à rechercher, à la lumière du droit communautaire, si les relations stables entre personnes de même sexe devaient être considérées

²⁵ Directive n° 90/364/CEE relative au droit de séjour, *JOCE*, n° L 180, 13 juillet 1990, p. 26-27 ; voir également, directive n° 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *JOCE*, n° L180, 13 juillet 1990, p. 28-29 et directive n° 90/366/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE*, n° L 180, 13 juillet 1990, p. 30-31.

²⁶ *Ibid.*, article 2 : « *Ont le droit de s'installer dans un autre État membre avec le titulaire du droit de séjour, quelle que soit leur nationalité : a) son conjoint et leurs descendants à charge ; b) les ascendants du titulaire du droit de séjour et de son conjoint qui sont à sa charge* ».

²⁷ Trib. UE, 17 juin 1993, *Arauxo-Dumay c/ Commission*, aff. T-65/92, *Rec.* p. II-597, point 30. En l'espèce, la notion de mariage est employée dans le cadre du statut des fonctionnaires des Communautés européennes.

²⁸ CJCE, 17 février 1998, *Grant c/ South-West Trains*, aff. C-249/96, *Rec.* p. I-621.

comme similaires à celles d'un couple marié ou d'un couple hétérosexuel non marié. En l'espèce, il était question de savoir si la notion de conjoint, mentionnée dans un règlement instaurant des réductions sur les prix des transports, pouvait comprendre les couples de même sexe. Si tel était le cas, le travailleur et son conjoint pouvaient effectivement bénéficier de tarifs réduits. À l'inverse, seul le travailleur, en raison de son activité, pouvait y prétendre. À cette occasion, la Cour a précisé que même si certains États membres assimilaient effectivement la communauté de vie entre deux personnes de même sexe au mariage, dans la plupart d'entre eux ces relations correspondaient plutôt à des relations hétérosexuelles stables hors mariage²⁹. En conséquence, les relations homosexuelles ne pouvaient être apparentées au mariage.

De plus, la Cour de justice ne retient aucune discrimination fondée sur le sexe. Selon elle, les couples de même sexe masculin et les couples de même sexe féminin³⁰ étant traités de la même manière, aucune discrimination ne pouvait être caractérisée. Or, il existait bien une différence de traitement mais entre les couples de même sexe (masculin ou féminin) et ceux de sexe opposé. Les couples mariés disposaient de droits, comme le droit de circuler librement ainsi que tous les droits qui y sont rattachés. À l'inverse, les couples de même sexe ne pouvaient pas y prétendre car leur « famille » n'était pas reconnue en droit communautaire. Toutefois, cette différence pouvait se justifier par le lien qui les unit. Le couple marié était lié juridiquement alors que le couple de même sexe n'était lié, initialement, que par une situation de fait.

Partant, si le conjoint de même sexe souhaitait se rendre dans un État membre d'accueil qui ne reconnaissait pas les couples de même sexe, il y avait un risque important que son séjour soit refusé par l'État membre d'accueil. En revanche, si l'État autorisait le séjour au conjoint de même sexe de ses propres ressortissants, il devait l'accorder également aux conjoints des ressortissants communautaires non nationaux.

Force est de constater qu'il était difficile pour la Cour de justice de faire évoluer la notion de famille qui ne renvoyait qu'à une conception restrictive - celle du mariage d'un homme et d'une femme. La Cour de justice n'a finalement pas eu d'autres choix que de composer avec les conceptions familiales reconnues dans une majorité d'États membres.

Dans son célèbre arrêt *D c/ Conseil*³¹ de 2001, la Cour a dû interpréter la notion de « mariage ». En l'espèce, le requérant, fonctionnaire des Communautés européennes, avait demandé au Conseil d'assimiler son statut de partenaire enregistré au mariage afin de bénéficier d'une allocation de foyer. Le Conseil lui

²⁹ *Ibid.*, point 32.

³⁰ *Ibid.*, point 27.

³¹ CJCE, 31 mai 2001, *D et Suède c/ Conseil*, aff. C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.* p. I-4319.

a répondu par la négative. Dans ses conclusions, l’avocat général a mis en lumière l’absence d’une « *évolution sociale d’ordre général* » permettant de conclure à la nécessité d’intégrer dans la notion de mariage deux personnes de même sexe³². Dans son arrêt, même si la Cour de justice a précisé pour la première fois que le mariage correspondait à « *l’union entre deux personnes de sexe différent* », elle a admis toutefois que des évolutions en faveur de la prise en compte des couples de même sexe avaient déjà été opérées dans plusieurs États membres, bien que minoritaires. Il s’agissait d’évolutions marquées par la reconnaissance d’unions civiles ou de partenariat, unions distinctes du mariage. En 1989, le Danemark a été le premier État membre, mais aussi le premier État au monde, à reconnaître aux couples de même sexe un cadre juridique. Le partenariat enregistré était exclusivement réservé à ces couples, contrairement aux couples de sexe différent qui pouvaient prétendre au mariage. Selon la loi danoise, les dispositions relatives au mariage étaient aussi applicables au partenariat, hormis celles relatives à l’adoption.

Par la suite, plusieurs États membres ont reconnu successivement une union civile aux couples de même sexe : la Suède, l’Espagne, Les Pays-Bas, la France ainsi que la Belgique³³. Puis en 2001, le mariage pour tous a été légalisé pour la première fois par les Pays-Bas³⁴. Toutefois, la reconnaissance des couples de même sexe dans une minorité d’États membres ne pouvait conduire la Cour de justice à redéfinir la notion de conjoint.

Si la Cour n’entendait pas faire évoluer des notions aussi fondamentales que le mariage et le conjoint, le législateur communautaire était en mesure de le faire. En 2004, un nouvel « *outil juridique* »³⁵ a considérablement élargi les bénéficiaires du droit de libre circulation. Le droit de séjour, initialement basé sur un critère économique, se fonde désormais sur un critère politique, la citoyenneté de l’Union³⁶. La citoyenneté européenne, consacrée en 1992 par le traité de Maastricht, offre à l’ensemble des ressortissants des États membres plusieurs droits, dont le droit de libre circulation. Les articles 20 et 21 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne ne précisent cependant pas leurs conditions d’exercice. La directive de 2004 fixe un cadre juridique unique au droit de libre circulation du citoyen européen et des membres de sa famille.

³² Conclusions de l’avocat général J. MISCHO, 22 février 2001, à propos de l’arrêt CJCE, 31 mai 2001, *D et Suède c/ Conseil*, point 49.

³³ Il y a une reconnaissance de l’union civile dans certains États : la Suède en 1995, l’Espagne en 1998, les Pays-Bas en 1998, la France en 1999 et, enfin, la Belgique en 2000.

³⁴ La loi du 21 décembre 2000 légalisant le mariage pour tous aux Pays-Bas est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001.

³⁵ M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l’Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38 CE », *RTDH*, n° 64, 2005, p. 931.

³⁶ *Ibid.*, p. 931.

Lors des travaux préparatoires de la directive 2004/38/CE, le Parlement européen avait proposé des amendements³⁷ visant à inclure les couples de même sexe en tant que membres de la famille au même titre que les couples hétérosexuels, que ce soit en tant que conjoint ou en tant que partenaires (enregistrés ou non enregistrés)³⁸. Ces modifications n'ont toutefois pas été retenues. La directive élargit tout de même la notion de famille du citoyen européen en ajoutant de nouveaux membres de la famille. Premièrement, il s'agit du « partenaire » (article 2). Le partenaire correspond à la personne ayant « *contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre* ». Avec cette disposition, la directive va au-delà de la vision purement traditionnelle de la famille retenue jusqu'ici. En effet, elle conduit à une reconnaissance des partenariats sur l'ensemble des territoires des États membres. Ces derniers doivent accepter le séjour du partenaire du citoyen européen indépendamment de son sexe. Deuxièmement, est ajouté aux bénéficiaires du droit de libre circulation « tout autre membre de la famille » (article 3). Toutefois, il n'est pas précisé si une vision extensive ou restrictive de cette notion doit être retenue. Elle pourrait alors englober l'ensemble des membres de la famille du citoyen européen. Par sa résolution en date du 2 avril 2009³⁹, le Parlement européen a souhaité écarter toute interprétation restrictive de la notion d'« autre membre de la famille ».

En définitive, entre la fin des années 1990 et le début des années 2000, une prise en compte des couples de même sexe peut être observée à la fois par les États membres mais également par le législateur communautaire qui choisit de les codifier. Quelques années plus tard, face à la reconnaissance des couples de même sexe dans une majorité d'États membres, la Cour de justice a revu son interprétation de la notion de conjoint (II).

³⁷ Proposition tendant à la modification de l'article 2 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOUE*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77-123.

³⁸ Proposition modifiée de la directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens européens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des EM, COM/2003/0199 final, p. 11.

³⁹ Proposition de résolution du Parlement européen du 2 avril 2009 sur l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens européens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, 2008/2184 (INI).

II. Un regard désormais bienveillant sur les situations des couples de même sexe

En 2019, face aux évolutions récentes dans une majorité d'États membres, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît au niveau de l'Union les situations des couples de même sexe. Le conjoint de même sexe est, au même titre que le conjoint de sexe différent, un membre de la famille du citoyen européen (A). De plus, les États membres doivent favoriser le séjour des enfants, citoyens européens, issus de couples de même sexe (B).

A. La prise en compte du mariage pour tous dans la notion de « famille »

La directive 2004/38/CE a mis effectivement en place un « régime extrêmement libéral »⁴⁰. Puis, dans les années qui ont suivi, « un double processus dans le domaine de la libre circulation des personnes se développe : un élargissement des bénéficiaires de la libre circulation et un enrichissement des droits que confère la liberté de circulation et de séjour »⁴¹. D'une part, les bénéficiaires sont plus nombreux. Comme précisé précédemment, le partenaire ainsi que les « autres membres de la famille » sont des notions nouvelles et *a fortiori* élargissent le cercle des bénéficiaires du droit de libre circulation. Ces nouveautés permettent notamment aux partenaires de même sexe de vivre, avec le citoyen européen, une vie familiale effective. D'autre part, la directive consacre des droits plus élargis aux bénéficiaires tels que le droit pour le membre de la famille de continuer de séjourner sur le territoire de l'État membre d'accueil alors que le citoyen européen a lui-même quitté le pays ou qu'il est décédé⁴².

L'ensemble des droits dont les citoyens européens et les membres de leur famille jouissent sont tous liés à la liberté de circulation⁴³. Si cette dernière préexistait au statut de citoyen européen, elle est aujourd'hui rattachée à la notion de citoyenneté européenne⁴⁴. En effet, « on s'est affranchi du concept de

⁴⁰ É. PATAUT, « L'invention du citoyen européen » in B. FAUVARQUE-COSSON, E. PATAUT et J. ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de Législation comparée, coll. Trans Europe Experts, vol. 3, 2011, p. 31.

⁴¹ A.-M. DE MATOS, « À la recherche des critères d'intégration sociales : la situation familiale », *RAE*, 2013, n° 4, p. 646.

⁴² Article 12 de la directive 2004/38/CE ; voir également pour un autre exemple, article 13 consacré au maintien du droit de séjour des membres de la famille en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de rupture d'un partenariat enregistré.

⁴³ A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de reconnaissance mutuelle*, Lyon, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014, p. 180.

⁴⁴ V. SKOURIS, « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in B. FAUVARQUE-COSSON et E. PATAUT, J. ROCHFELD (dir.), *La*

travailleur, pour reconnaître à l'individu une place prépondérante »⁴⁵. Le citoyen européen devient alors « *la figure centrale autour duquel doit se construire l'espace de liberté, sécurité, justice* »⁴⁶.

En utilisant désormais la notion de citoyenneté européenne, notion tout aussi classique que fondamentale, la Cour de justice pourrait faire évoluer le statut des couples de même sexe au niveau de l'Union. Si la citoyenneté européenne doit constituer « *le statut de base des ressortissants des États membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement* »⁴⁷, il doit inclure les libertés de circulation et de séjour des membres de sa famille, indépendamment de leur sexe, afin d'y poursuivre leur vie familiale.

En 2018, un célèbre arrêt *Coman*⁴⁸ portait sur l'exercice du droit de libre circulation par un citoyen européen et son conjoint de même sexe. En l'espèce, Monsieur Coman, citoyen de l'Union possédant la double nationalité américano-roumaine, s'est marié en Belgique avec son conjoint de nationalité américaine. Il souhaitait revenir dans son État membre d'origine, la Roumanie, avec son conjoint. Sa demande de séjour de plus de trois mois en qualité de membre de la famille d'un citoyen européen lui a été refusée au motif que le mariage pour tous n'était pas reconnu par le droit civil roumain. La Cour de justice a été saisie quant à l'interprétation à donner à la notion de « conjoint » prévue par la directive 2004/38/CE.

Dans ses conclusions, l'avocat général précise que les interprétations tant « *textuelle, contextuelle et téléologique de la notion de "conjoint" utilisée à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 conduisent à lui donner une définition autonome indépendante de l'orientation sexuelle* ». Le législateur a volontairement choisi un terme neutre permettant de dépasser la vision purement

citoyenneté européenne, Paris, Société de Législation comparée, coll. Trans Europe Experts, vol. 3, 2011, p. 89 : La citoyenneté européenne revêt « *avant tout une dimension symbolique. Il me semble que nous serions bien en mal d'avancer une définition universelle précise de son contenu juridique et de sa portée (...)* ».

⁴⁵ *Ibid.*, p. 187.

⁴⁶ É. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in B. FAUVARQUE-COSSON, É. PATAUT et J. ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de Législation comparée, coll. Trans Europe Experts, vol. 3, 2011, p. 28 ; voir également le programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, 2010/C 115/01, JOUE, n° C 115, 4 mai 2010, p. 1-38 et le plan d'action, communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens*, COM(2010) 171 final.

⁴⁷ Préambule de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, point 3.

⁴⁸ CJUE, grande chambre, 5 juin 2018, *Coman e.a.*, aff. C-673/16.

traditionnelle de la notion de « conjoint ». Toutefois, pour qu'un changement d'interprétation de ladite notion s'opère, encore faut-il tenir compte des évolutions du droit de la famille dans les différents États membres. Seules des évolutions notoires pourraient permettre une avancée au niveau de l'Union. Elles contribueraient également à remplir l'objectif premier de la directive 2004/38/CE, celui de favoriser la libre circulation des citoyens européens, et ce « *indépendamment de l'orientation sexuelle* »⁴⁹.

Dans son arrêt rendu en grande chambre le 5 juin 2018, la Cour considère qu'une interprétation de la notion de conjoint ne peut se faire qu'à la lumière du « *contexte* » et de « *l'objectif poursuivi par la réglementation en cause* »⁵⁰. Pour y répondre, elle affirme qu'au regard tant de la structure de l'article 2 que de l'article 3 de la directive, la notion de conjoint renvoie effectivement au « *mariage* ». Toutefois, le conjoint constitue une notion neutre du point de vue du genre. Elle peut englober tant les conjoints de sexe différent que les conjoints de même sexe du citoyen de l'Union. Elle indique que même si les « *règles relatives au mariage* » ressortent *a priori* de la compétence des États membres⁵¹, les dispositions de la directive litigieuse ne comportent aucun renvoi au droit des États membres pour la notion de conjoint (contrairement, par exemple, au partenariat enregistré⁵²).

Par conséquent, les dispositions de la directive ne peuvent être interprétées restrictivement de manière à priver le citoyen européen de l'effet utile des droits qui en découlent⁵³. Cela conduirait, en réalité, à une application totalement autonome et très différente de la notion de citoyenneté européenne, et plus spécifiquement du droit de séjour d'un État à un autre, au gré des évolutions de la famille. Tel serait le cas si le droit de séjour ne pouvait être octroyé au gré des évolutions de la famille dans chacun des ordres nationaux, créant alors des disparités entre les États. Pour éviter toute divergence d'interprétation de la notion de conjoint, la Cour a constaté que depuis l'entrée en vigueur de la directive de 2004/38/CE onze États supplémentaires ont reconnu le mariage pour tous dans leur ordre interne. Elle précisait que « *cette reconnaissance juridique du mariage*

⁴⁹ *Ibid.*, points 79 et 80.

⁵⁰ CJUE, grande chambre, 5 juin 2018, *Coman e.a.*, aff. C-673/16, point 34.

⁵¹ G. WILLEMS, « Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ième} édition, 2023, p. 225 ; Article 81 paragraphe 3 TFUE : le Conseil, sur proposition de la Commission européenne, statue à l'unanimité après consultation du Parlement européen « *les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière* ».

⁵² Voir en ce sens l'article 2 point 2 sous b) de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁵³ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, aff. C-127/08, Rec. p. I-6241.

homosexuel ne fait que traduire une évolution générale de la société à l'égard de la question ». En 2018, treize États membres ont légalisé le mariage pour tous⁵⁴. Depuis l'arrêt *Coman*, l'Autriche a légalisé le mariage pour tous en 2019, la Slovénie en 2022 puis l'Estonie avec une entrée en vigueur en 2024. Toutefois, la Cour n'entend pas remettre en question les conceptions familiales des États membres qui n'admettent toujours pas les couples de même sexe. Ils sont actuellement au nombre de six il s'agit la Pologne, la Bulgarie, la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie et la Roumanie.

L'évolution de la notion de conjoint par la Cour de justice correspond à l'objectif poursuivi, celui de préserver la liberté de circulation et de séjour du citoyen européen. En conséquence, les États sont obligés d'accorder le droit de séjour au conjoint de même sexe, bien qu'ils ne reconnaissent pas eux-mêmes le mariage pour tous sur leur territoire. En l'espèce, la Roumanie doit permettre le séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen sur son territoire alors même qu'il ne reconnaît pas le mariage pour tous. À l'inverse, le refus d'octroyer le droit de séjour au conjoint porterait atteinte au « *droit fondamental et personnel* »⁵⁵ mais également « *absolu* »⁵⁶ de circulation et de séjour du citoyen européen. Un tel refus pourrait le dissuader d'exercer son droit de libre circulation.

De surcroît, le refus de reconnaître un mariage légalement prononcé dans un autre État membre irait à l'encontre du « *droit de se marier et de fonder une famille* » énoncé à l'article 9 du titre II intitulé « Libertés » de la Charte des droits fondamentaux. La Cour s'y oppose formellement et utilise alors le concept de citoyenneté européenne pour reconnaître que le conjoint de même sexe du citoyen européen est un « membre de la famille » au titre de l'article 2 de la directive 2004/38/CE.

En conséquence, il y a un lien étroit entre « famille » et « libre circulation », la libre circulation étant bien souvent exercée pour concrétiser une vie familiale sur le territoire d'un autre État membre. La reconnaissance des couples de même sexe constitue une donnée primordiale dans l'actualisation de la notion de famille. L'arrêt *Coman* témoigne d'une évolution considérable de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la famille.

⁵⁴ Les Pays-Bas en 2001, la Belgique en 2003, l'Espagne en 2005, la Suède en 2009, le Portugal en 2010, le Danemark en 2012, la France en 2013, le Luxembourg et l'Irlande en 2015, Malte, la Finlande et l'Allemagne en 2017.

⁵⁵ Préambule de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, point 11.

⁵⁶ É. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », *ibid.*, p. 31.

La prise en compte de l'intégralité de la « famille homosexuelle », va bien au-delà du couple et fait également référence aux enfants issus de cette union.

B. La reconnaissance des enfants issus de couples de même sexe

Au moment de rendre son arrêt *Coman* de 2018, les évolutions contemporaines de la famille sont significatives. Elles sont présentes dans une majorité absolue d'États⁵⁷, justifiant ainsi que la Cour de justice les prenne en compte et les protège efficacement au sein de l'Union européenne.

La consécration de la famille homosexuelle était donc « *le barrage qui restait à franchir* »⁵⁸. Au niveau de l'Union européenne, la définition de conjoint englobe à la fois les mariages entre personnes de sexe opposé et de même sexe. Toutefois, l'expression « famille homosexuelle » fait référence aux « *couples constitués de deux membres de même sexe qui souhaitent l'accès à "l'alliance" mais aussi à la "parenté"* »⁵⁹. Concernant l'accès au mariage, la Cour de justice a déjà tranché la question avec son arrêt *Coman* de 2018. En revanche, reste en suspens la question de la parenté. La Cour de justice s'y est intéressée dans son arrêt *Rayon « Panharevo »* de 2021. Il s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence *Coman* ayant pour seul objectif de garantir l'effectivité de la citoyenneté européenne et *de facto* d'une vie familiale effective du citoyen européen. Ses prérogatives ne cessant de croître, le juge de l'Union européenne devient aussi exceptionnellement un juge de la famille⁶⁰.

En l'espèce, il s'agit d'un couple de femmes mariées, dont l'une est de nationalité britannique et l'autre bulgare. Elles ont eu ensemble une fille et ont exercé leur droit de libre circulation puisqu'elles résident en Espagne. L'acte de naissance de l'enfant mentionne les deux mères comme parents de l'enfant, dont l'une prénommée « mère » et la seconde « mère A ». Une demande d'acte de naissance est effectuée auprès de la Commune de Sofia. Cette dernière refuse la demande au motif, qu'aucune information n'est donnée sur l'identité de la mère biologique, d'une part, et que la mention des deux mères sur l'acte de naissance

⁵⁷ Vingt-deux des vingt-sept États membres de l'Union européenne reconnaissent aux couples de personnes de même sexe une forme d'union civile et douze d'entre eux prévoient également le mariage pour tous.

⁵⁸ M.-T. MEUDLERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., p. 207.

⁵⁹ C. NEIRINCK, « Une famille homosexuelle », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 143.

⁶⁰ S. BEN HADJ YAHIA, « Un droit de la famille en quête d'harmonisation », in J. MOLINIER (dir.), *Les influences de la construction européenne sur le droit français*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Paris, LGDJ, Lextenso Editions, 2007, p. 219-239.

remettrait en cause l'ordre public de la Bulgarie où le mariage pour tous est interdit, d'autre part.

Contrairement à ce qu'affirme la commune de Sofia, l'avocat général précise dans ses conclusions que ni la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et ses parents de même sexe, ni la délivrance de l'acte de naissance à l'enfant ne pourraient remettre en cause l'ordre public du pays⁶¹.

La Cour affirme, dans son arrêt en date du 14 décembre 2021, que l'État membre est obligé de délivrer à l'enfant du couple une carte d'identité ou un passeport mais également de lui remettre le document lui permettant d'exercer, avec ses parents, son droit fondamental de circuler et de séjourner librement au titre de son statut de citoyen européen.

La Cour s'empare à nouveau de la notion de famille sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré notamment par la Cour européenne des droits de l'homme comme « *un élément fondamental de la vie familiale* »⁶². Dans plusieurs autres textes également, il est précisé que l'intérêt supérieur de l'enfant⁶³ l'emporte, puisqu'il s'agit d'une « *considération primordiale des États lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »⁶⁴.

Dans ce cadre, la préservation de la famille du citoyen européen a poussé la Cour une nouvelle fois à prendre en compte les évolutions familiales existantes dans les ordres nationaux et à les concrétiser en droit de l'Union. À titre d'illustration, la gestation pour autrui (GPA) constitue un moyen utilisé régulièrement par les couples homosexuels afin de fonder une famille. Effectivement, « *la parenté homosexuelle, avec ou sans gestation pour autrui (GPA), s'invite progressivement dans les législations, les prétoires et la doctrine* »⁶⁵. Toutefois, plusieurs États membres, dont la France, l'Allemagne ou

⁶¹ Conclusions de l'avocat général, Madame J. KOKOTT, 15 avril 2021, sur CJUE, grande chambre, 14 décembre 2021, *Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, aff. C-490/20, points 150 et 151.

⁶² CJUE, grande chambre, 14 décembre 2021, *Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, aff. C-490/20, point 61 ; Cour EDH, 12 juillet 2021, *K et T c/ Finlande* (affaire n° 25702/94), paragraphes 150 et 151.

⁶³ A. GOUTTENOIRE, « Article 24. Droits de l'enfant », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 695-696.

⁶⁴ Voir notamment la Convention des Nations unies 1989, la résolution du Parlement européen du 19 janvier 2011 sur l'adoption internationale dans l'UE ou encore la Convention internationale des droits de l'enfant.

⁶⁵ J.-Y. CARLIER, P.-A. VAN MALLEGHEM, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *JDE*, 2022, p. 172-189 ; prise en compte par la Cour EDH de telles évolutions, en indiquant que l'article 8 de la Conv. EDH impose, quand il y a lien familial établi, de permettre à ce lien de se développer et d'accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille : Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, aff.

encore l'Italie refusent la gestation pour autrui. À titre d'exemple, le gouvernement italien a annoncé récemment qu'il ne souhaitait plus enregistrer les enfants issus de couple de même sexe car cela reviendrait à reconnaître les GPA. Dans ce cadre, au mois de mars 2023, il demande à la Commune de Milan de ne plus procéder à l'enregistrement des enfants issus de couple de même sexe. De même, concernant le mariage pour tous, par exemple, le Portugal n'a pas admis directement l'adoption ce n'est que quelques années plus tard qu'il a légalisé le mariage pour tous. En revanche, d'autres pays, comme le Danemark, les Pays-Bas, la Grèce et la Roumanie acceptent la gestation pour autrui sur leur territoire. Face à de telles évolutions, la Cour contribue dès lors à dessiner les contours d'une redéfinition de la famille traditionnelle.

Comme le rappelait la Commission lors de sa communication du 15 novembre 2020, « *l'évolution des législations, la jurisprudence et des initiatives politiques ont amélioré la vie de nombreuses personnes* » et ont contribué à « *bâtir des sociétés plus égales et plus accueillantes* »⁶⁶. En 2021, le Parlement européen a affirmé à son tour ce que la Cour avait déjà consacré avec son arrêt *Coman*, à savoir que le refus pour un État membre de reconnaître les unions de même sexe sur son territoire (et les droits qui s'y affèrent) constituait une discrimination et une violation du droit de l'Union⁶⁷. En effet, le refus d'intégrer les mariés homosexuels dans la catégorie de conjoint « *dégrade au rang de simple relation durable (qui est le niveau le plus bas) le mariage légalement prononcé* »⁶⁸ dans l'un des États membres.

Dans cette continuité, la Commission a adopté en décembre 2022, une proposition de règlement visant à mettre en place un « *certificat européen de filiation* » destiné à faciliter les situations transfrontières de l'ensemble des familles, de sexe différent ou non. Elle consiste en la reconnaissance de la filiation établie par un État membre dans les autres États membres. Cette reconnaissance conduirait à limiter les atteintes portées aux droits fondamentaux des enfants, d'une part, et, en octroyant les mêmes droits dans tous les États membres, elle permettrait de les renforcer, d'autre part. Toutefois, elle n'implique pas un

n° 43631/09, paragraphes 40 et 41 ; Cour EDH, 16 décembre 2014, *Chbihi Loudoudi e.a. c. Belgique*, aff. n° 52265/10, paragraphes 88 et 89.

⁶⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025, 12 novembre 2020, COM/2020/698 final.

⁶⁷ Résolution du Parlement européen du 11 mars 2021 sur la déclaration de l'Union européenne en tant que zone de liberté pour les personnes LGBTIQ, (2021/2557([RSP]), *JOUE*, n° 474, 24 novembre 2021, p. 140-145.

⁶⁸ M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38 CE », *RTDH*, n° 64, 2005, p. 938.

changement du droit de la famille des États membres. Par ailleurs, certains d'entre eux ont émis un avis négatif sur cette proposition de règlement⁶⁹. Selon la France, le droit de l'Union européenne prévoit déjà une reconnaissance de la libre circulation des enfants avec la directive 2004/38/CE. Ainsi, la reconnaissance de la filiation des enfants ne nécessiterait pas la mise en place de ce certificat⁷⁰. Enfin, la définition de la notion de famille relève de la compétence des États membres⁷¹.

Le 14 décembre 2023, le Parlement européen a soutenu à la majorité ce projet de loi⁷². Il revient désormais aux vingt-sept États membres de décider à l'unanimité de la version définitive du texte.

Conclusion

En définitive, l'Union européenne, au travers de la jurisprudence de la Cour de justice, est le reflet des États membres qui la composent. Tantôt, elle réserve à la notion de famille une définition purement traditionnelle faisant ainsi référence aux couples de sexe opposé et à leurs enfants, tantôt, elle élargit la notion de famille pour y inclure les couples de même sexe en dépit d'une reconnaissance unanime des États membres sur la question.

Force est de constater que ce sont les évolutions contemporaines de la famille, ces dernières années, qui guident la jurisprudence de la Cour de justice et la conduisent à porter un nouveau regard sur les couples de même sexe. Se développe alors, « *un jus commune familiaris qui transcende les particularismes nationaux* »⁷³ au point de gagner les différents ordres nationaux, même les plus réticents.

⁶⁹ Pour la France, il s'agit de la résolution européenne du 22 mars 2023 du Sénat portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM (2022) 695 final, pt. 25 ; pour l'Italie, le rejet de la proposition a eu lieu le 14 mars 2023 au motif que le certificat européen de filiation permettrait à tous les enfants, quel que soit leurs parents, de pouvoir jouir du droit fondamental de libre circulation.

⁷⁰ *Ibid*, point 34.

⁷¹ *Ibid*, point 32.

⁷² Résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2023 sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation (COM[20220695] – C9-0002/2023 – 2022/0402[CNS]).

⁷³ H. FULCHIRON, « Vers un droit « vraiment » européen de la famille ? À propos de la construction d'un *jus commune familiaris* dans le cadre de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 259.

La notion de « famille européenne » peut dès lors être employée. Il n'est pas indispensable, pour qu'un droit de la famille existe qu'il soit référencé dans un texte spécifique. Le droit européen de la famille peut s'identifier à travers différentes bases juridiques notamment la jurisprudence de la Cour de justice, qui dans ce domaine, joue un rôle plus que déterminant.

Avec la prise en compte du mariage pour tous et des partenariats, la famille européenne a connu ces dernières années une avancée remarquable. Elle est désormais perçue plus largement par le droit de l'Union européenne que par certains ordres juridiques internes.

Rapport de synthèse

Pascal PUIG

Agrégé des Universités

Professeur à l'Université de La Réunion

Comment conclure cette journée d'étude sans se rendre à l'évidence que tout a été dit et que tout reste à écrire ? En particulier pour le législateur qui, au lieu de reproduire le mythe de Sisyphe ferait bien de penser une grande loi sur la Famille¹.

Convoquer aujourd'hui la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe invitait au voyage dans le temps, le temps de porter un regard :

– sur le passé, l'origine, la genèse de cette loi, autrement dit de réexaminer la loi en son temps ;

– sur le présent, la loi en notre temps, pour en apprécier l'évolution, les applications qui en ont été faites, ses succès, ses échecs, ses lacunes, ses imperfections ;

– enfin sur l'avenir de la loi, ses perspectives d'évolutions, d'adaptation, sa portée, ses incidences.

Ces trois temps – passé, présent, futur – se reflètent d'emblée dans le découpage de cette journée d'étude voulu par ses organisatrices, Cathy Pomart et Céline Kuhn :

– en son temps, la loi de 2013 a pu apparaître comme l'aboutissement du droit des couples ;

– en notre temps, elle témoigne d'une profonde évolution du droit de la filiation ;

– et pour demain, elle porte déjà en germe des bouleversements en droit des personnes, véritable « terreau de révolutions » si l'on en croit l'intitulé de la troisième partie de la journée.

¹ Le style oral de l'intervention a été conservé.

Aboutissement en 2013, évolutions jusqu'à nos jours, révolutions en perspectives, les trois temps de la loi ont impeccablement rythmé la valse de la journée, une journée dont la complexité des débats n'a cessé de croître au fil des heures.

Mais le plus intéressant dans ce découpage temporel, qui constitue le premier enseignement majeur de la journée, tient moins à la chronologie des réflexions qu'au lien indéfectible qu'elles tissent entre le couple, la filiation et la personne, entre le droit des couples, le droit *des* familles et le droit des personnes.

Qu'une seule colonne de ce temple de l'humanité soit touchée et c'est l'édifice tout entier qui s'en trouve affecté, qui tremble, parfois vacille et cherche à se reconfigurer, à retrouver des points d'équilibre.

Or jamais les colonnes du temple n'ont autant tremblé depuis les vingt dernières années.

Cet effet papillon – ou effet domino selon l'expression d'Eléonore Cadou – se produit naturellement en droit interne et nous avons pu l'observer à maintes reprises au cours de cette journée, tant sur le droit de la filiation avec les interventions d'Eléonore Cadou et Céline Kuhn, que sur l'identité sexuelle et l'identité de genre avec Sophie Paricard, ou encore sur l'état de la personne et l'état civil avec Cathy Pomart.

Mais cet effet papillon produit également des conséquences sur les rapports impliquant un élément d'extranéité, en particulier les mariages de personnes de même sexe célébrés en France quand bien même la loi personnelle interdit le mariage homosexuel (C. civ., art. 202-1). Il fallait ériger le « mariage pour tous » au rang d'ordre public international pour surmonter l'obstacle des conventions internationales, ainsi que nous l'a expliqué Élise Ralser.

S'ajoute la saga jurisprudentielle évoquée par Rémi Barrué-Belou relative à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger – la fameuse jurisprudence Mennesson – et la réécriture de l'article 47 par la loi de 2021.

Plus récemment, cet effet papillon se manifesta à propos de l'exequatur d'un jugement prénatal américain qui désignait un couple d'hommes français mariés comme parents légaux de l'enfant à naître d'une mère porteuse américaine, sans que l'on sache si l'un d'eux est ou non parent biologique, au motif que, instituant une double filiation paternelle établie par la voie de l'adoption plénière, ce jugement ne porte pas atteinte aux principes essentiels du droit français, une telle adoption à l'égard de deux hommes étant désormais possible en France².

² CA Paris 17 janv. 2023, n°21/17455, *Dr. Famille*, avr. 2023, comm. 58, note V. Egéa.

La solution est réitérée quelques jours plus tard, le 31 janvier, au profit d'un couple d'hommes pacsés au motif que la demande du couple de partenaires « conduit [...] à admettre sur le territoire français une double filiation paternelle établie par la voie de l'adoption plénière, ce qui ne porte pas atteinte aux principes essentiels du droit français, une telle adoption à l'égard de deux hommes, non-mariés étant possible depuis la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 ».

On voit ainsi clairement que « modifier un élément de l'édifice national du droit de la filiation comporte nécessairement des répercussions sur la réception des situations créées à l'étranger »³. Or, ce sont toutes les lois relatives aux personnes et à la famille qui, depuis une trentaine d'années, obéissent à ce schéma, celui d'un législateur ayant perdu sa boussole, légiférant sans repère, sous la pression, par petits pas, par retouches successives, par tâtonnements, sans logique, sans vue ni cohérence d'ensemble, aux antipodes de ce que fut l'« âge d'or législatif » des « lois Carbonnier », que rappelait avec nostalgie Cathy Pomart, âge d'or marqué par une « unité de pensée et de style » autant que par une « inspiration fondamentale »⁴.

Cet éclatement du droit s'accompagne aussi d'évolutions sémantiques qui témoignent des ruptures, plus ou moins profondes, qu'il inflige aux principes fondamentaux de la personne humaine. Ainsi du « nom patronymique », devenu « nom de famille » par la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 sur fond de « féminisme mâtiné d'égalitarisme »⁵. Ainsi encore de ces « père » et « mère » devenus « parents » afin de neutraliser la différence des sexes, sauf en droit des successions⁶, au point de se fondre progressivement dans l'« identité » ou le « genre ». Ainsi encore des répercussions sur les notions de « maternité » et de « paternité », de « parenté » ou encore de « filiation ».

« La famille se dilate et se dilue dans le concept de vie familiale, la parenté se fond dans la parentalité, le mariage se perd dans la conjugalité »⁷. La dilution des notions accompagne inévitablement les profonds bouleversements de la société en quête de nouveaux repères au point que l'on en vient à s'interroger avec Céline Kuhn sur des évidences : comment fait-on des enfants ? comment fait-on des parents ? Heureusement qu'il nous reste Stromae !

S'y ajoute encore un dévoiement de certains principes fondamentaux, instrumentalisés par des minorités aux fins de susciter l'adaptation du droit à leurs

³ V. EGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 3^e éd., 2020.

⁴ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2006, n° 6-7.

⁵ B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, LexisNexis, 24^e éd., 2022, n° 548.

⁶ C. civ., art. 734 et s., art. 746.

⁷ Ph. MALAURIE – H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, n° 72.

pratiques sociales et aspirations individualistes. Ainsi du principe d'égalité convoqué par Rémi Barrué-Belou, cette « passion française » érigée en fer de lance des revendications égalitaristes des couples homosexuels, des transgenres ou intersexes, des femmes seules, bientôt des couples d'hommes et des hommes seuls, alors que ce principe n'interdit nullement de régler de façon différente des situations différentes. L'essentiel des débats provient de cette instrumentalisation du principe d'égalité sous la forme d'un principe de non-discrimination. Ainsi encore du principe de dignité, monopolisé par quelques lobbies influents au service de la promotion d'un « droit de mourir dignement » par le suicide assisté, oubliant au passage que le fondement chrétien de la dignité repose sur une « *transcendance, affirmant la dignité de l'homme en raison de son humanité, rattachant ainsi la dignité à l'essence même de l'homme et non aux contingences et déterminations dont témoigne l'existence de chaque être humain* »⁸.

Face aux défis de la société, aux pressions des lobbies, des avancées scientifiques qui ont tué la vraisemblance au profit de la vérité, les pôles émetteurs de droit avancent suivant une démarche claudicante, hésitante, parcellaire, au moyen de lois inabouties, reflet d'une « *immaturité légistique* »⁹.

Le droit comparé vient certes nourrir les études préalables pour mieux éclairer le législateur sur l'éventail et l'opportunité des choix. Mais son éclairage n'est pas toujours éclairant, comme en témoigne le mythe de l'universalisme du mariage, démonté pièce par pièce par Élise Ralser. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît d'ailleurs assez largement aux Etats, en l'absence de consensus sur ces questions sociétales, une marge nationale d'appréciation les autorisant à progresser avec prudence. Le Conseil constitutionnel a, depuis longtemps, abandonné toute velléité de réécriture de la loi, comme il le fit avec la loi sur le PACS, se contentant parfois de bien peu de garanties pour déclarer la loi conforme à la Constitution.

Chaque loi nouvelle apparaît ainsi comme une victoire à la Pyrrhus : côté pile, c'est la conquête ; côté face, ce sont les effets pervers et les silences qui mènent à la frustration et suscitent de nouvelles réformes.

Replacée dans ce contexte global, la loi du 17 mai 2013 présente, au travers d'un regard, à la fois rétrospectif et prospectif, deux caractères qui ont innervé les débats de la journée.

Côté pile, elle est – et reste – une loi symbolique (I) ; côté face, elle présente un côté diabolique (II).

⁸ N. MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, in *La dignité de la personne humaine*, ss. la dir. M.-L. PAVIA et T. REVET, Economica, 1999, p. 107 s.

⁹ Suivant l'expression employée par Éléonore Cadou.

I. Une loi symbolique

La loi du 17 mai 2013 apparaît d'abord comme une loi symbolique, une loi de société, une loi de « *civilisation* » selon Christiane Taubira qui, avec le lyrisme qu'on lui connaît, convoquait Aimé Césaire au soutien de la cause qu'elle défendait corps et âme :

« La France s'est construite sur la passion de l'égalité [...] ».

C'est donc au titre de l'égalité, affichée au fronton de tous nos bâtiments publics, que les homosexuels ont droit, comme tous les autres Français, au mariage.

Par notre action, citant toujours celui « de la race de ceux qu'on opprime », « nous forçons de fumantes portes ».

Il est vrai que la rue s'était saisie de la loi. Deux France s'opposaient : d'un côté, les partisans du *mariage pour tous*, de l'autre, les opposants emmenés par *La Manif pour tous* et l'excentrique Frigide Barjot qui a aujourd'hui disparu de la scène médiatique. Au Parlement, un climat électrique, surtout à l'Assemblée Nationale, des débats houleux mais une majorité qui se dessine, jusqu'au 23 avril 2013 où la loi est définitivement adoptée avec 331 voix pour et 225 contre. C'en est fini de la définition du mariage jadis livrée par Portalis !

Aujourd'hui, 10 ans plus tard, le mariage pour tous est entré dans les mœurs : il représente 3 % des unions et plus de 70 000 mariages homosexuels ont été célébrés en France. Aujourd'hui plus personne ne s'oppose au mariage pour tous, aucun candidat à l'élection présidentielle n'en demande plus l'abrogation. « *L'Amour est dans le pré* » lui a ouvert ses champs.

L'heure est même au *mea culpa* : « *Je me suis trompé* », vient d'avouer le Ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin dans un entretien à *La Voix du Nord* du 20 avril dernier, ajoutant que « *si c'était à refaire, je voterais le texte du mariage pour tous* ». Et pour cause. L'opposition au mariage pour tous devient l'argument ultime pour décrédibiliser un adversaire politique. Ainsi, pour contrer la motion de censure du député Charles de Courson lors du houleux débat sur la réforme des retraites, Élisabeth Borne n'a pas hésité à le qualifier d'« *opposant notoire au mariage pour tous* ».

Loi symbolique, son histoire, sa genèse et les passions qu'elle déchaîna en témoignent. Mais les symboles se logent aussi dans des détails moins connus du grand public. Symbolique dans son titre (A), la loi du 17 mai 2013 est aussi symbolique dans les principes qu'elle porte (B).

A. La symbolique du titre

L'intitulé et l'affichage de la loi suffisent à témoigner de son caractère hautement symbolique. Pourtant, la loi du 17 mai 2013 apparaît ici, et ce dès l'origine, comme doublement trompeuse.

Trompeuse, tout d'abord, en ce qu'elle est présentée au grand public comme instituant le « mariage pour tous ». Certes, contrairement à la loi de bioéthique de 2021 censée introduire la « PMA pour toutes », elle n'exclut pas certaines catégories de personnes de son dispositif. On peut en effet lire sur le site du Gouvernement que « *la PMA pour toutes les femmes est désormais autorisée en France* ». Toutes les femmes sauf... la femme mariée à un homme qui n'aurait pas consenti à l'assistance médicale à la procréation. Il s'agit, révèlent l'étude d'impact et l'avis du Conseil d'État, « *d'éviter l'application de la présomption de paternité pour le mari* ».

La loi de 2013 ne mentait donc pas comme celle de 2021 mais il n'empêche que, sous couvert de lois « pour tous » ou « pour toutes », se multiplient des lois catégorielles au service d'une partie de la population, imposant « à tous » les profonds bouleversements qui ne profitent qu'à certains. Il est à craindre que ces lois communautaristes divisent plus qu'elles ne rassemblent malgré leur effet d'annonce bienveillant.

La loi de 2013 apparaît ensuite, surtout, trompeuse en ce qu'elle se présente seulement comme « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* » et qu'elle est connue du grand public comme celle du « *mariage pour tous* ». Or, chacun sait aujourd'hui que cette loi avait aussi un autre objectif, que certains jugent essentiel et qui a, pour une large part, mobilisé la rue contre elle, celle d'ouvrir l'adoption plénière aux couples homosexuels et ainsi reconnaître la possibilité de doubles liens de filiation.

C'était, selon Claire Neyrinck, l'arbre qui cache la forêt : « *comme dans les tableaux d'Archimboldo, l'image du mariage imposée en premier – plutôt sympathique dans sa présentation égalitaire – cache bien autre chose et révèle un dessein beaucoup plus complexe* »¹⁰.

Au-delà du titre et de l'affichage de la loi, ce sont les principes qu'elle porte qui mobilisent la force des symboles.

¹⁰ C. NEYRINCK, « Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt », *Dr. famille* oct. 2012, repère 8.

B. La symbolique des principes

Oubliant les préceptes de Montesquieu, le législateur n'a pas hésité à modifier, par deux fois, le titre préliminaire de notre « Constitution civile », demeuré quasiment inchangé depuis l'origine, pour y inscrire, d'abord en 2013, un principe d'égalité de traitement entre les époux ou les parents de même sexe et ceux de sexe différent (art. 6-1) puis, en 2021, un principe d'égalité de tous les enfants dont la filiation est légalement établie dans leurs rapports avec leurs parents (art. 6-2)¹¹.

La place de ces dispositions au frontispice du Code civil est particulièrement symbolique puisqu'elle leur offre un rayonnement, à défaut d'autorité normative, sans précédent sur les autres dispositions du Code civil et, plus généralement, sur l'ensemble de la législation civile¹².

Ce choix s'expose en effet à de nombreuses critiques en ce qu'il instrumentalise le Code civil dans le but d'assurer la promotion de nouveaux principes parfaitement étrangers à « *la publication, aux effets ou à l'application des lois en général* » et dont la valeur symbolique n'excède pas celle d'autres principes cardinaux du droit des personnes et de la famille, lesquels sont proclamés en d'autres lieux. D'un point de vue légistique, la technique s'apparente à du parasitisme. Mais il y a pire.

Que les « *père* » et « *mère* » de l'enfant soient symboliquement remplacés par ses « *parents* » consacre non seulement une procréation « déssexualisée » mais aussi, surtout, une filiation « déssexuée », susceptibles de déboucher, à plus ou moins long terme, sur des ruptures sociales et anthropologiques majeures. Ces changements de discours traduisent le recul des principes et concepts qu'ils remplacent, leur effacement progressif du discours législatif, comme une mode qui passe, comme des mots qui s'effacent.

Faut-il y voir une manigance, une stratégie délibérée du législateur aux fins de préparer les esprits à ces futures réformes ? Il est en tout cas permis de craindre que la tentation du titre préliminaire ne se banalise et que s'allonge inexorablement, au gré des lois à venir, la liste des principes dont la formulation détonne avec les règles existantes.

Le titre préliminaire, dont l'intitulé ne manquera pas d'être ajusté, deviendra alors une proclamation de droits fondamentaux en décalage, sinon en

¹¹ Dont Élise RALSER nous a rappelé qu'ils n'étaient pas applicables à Mayotte (C. civ., art. 2491).

¹² S. PARICARD, « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », D. 2021, 1685, qui y voit « *un leurre juridique* ».

rupture, avec le passé et dont la force symbolique éclipsera progressivement les anciennes fondations. De nouveaux mots auront recouvert les anciens : parent n° 1, parent n° 2, parent n° 3 etc. Ce n'est que le début.

Par où l'on perçoit que la loi symbolique se fait déjà, dans une certaine mesure, diabolique.

II. Une loi diabolique

Qualifier de diabolique la loi de 2013 ne traduit aucun jugement de valeur sur le fond de la loi, pour ou contre le mariage homosexuel, pour ou contre l'adoption par un tel couple. Le caractère diabolique tient aux effets pervers que cette loi, comme la kyrielle des autres lois qui l'entourent, engendre, aux frustrations qu'elle crée, aux silences qu'elle tait avec habileté, comme pour mieux attendre le moment propice à de nouvelles réformes, à de nouveaux bouleversements.

L'enfer est pavé de bons sentiments – le mariage pour tous en est pétri – et le diable se cache toujours dans les détails. C'est en ce sens que je qualifie la loi de 2013 de diabolique : d'abord parce qu'elle est une loi catégorielle (A) qui, sous couvert de s'intéresser à tous, ne s'intéresse qu'à certains ; ensuite parce qu'elle est une loi myope (B) qui ne traite que de certaines questions et préfère laisser en suspens d'autres qui en sont pourtant la conséquence.

A. Une loi catégorielle

Sous couvert de lois « pour tous » ou « pour toutes », se multiplient des lois catégorielles au service d'une partie seulement de la population, mais imposant « à tous » les profonds bouleversements qui ne profitent qu'à certains. Que la loi de 2013 constitue une loi catégorielle relève de l'évidence. Les travaux de cette journée en ont révélé les conséquences en matière de filiation et de changement de sexe. La loi de 2013 pourrait également, si l'on suit la réflexion de Cathy Pomart, fournir le terreau fertile à la suppression de la mention du sexe à l'état civil et à l'admission de nouveaux tempéraments au principe d'immutabilité de l'état.

La loi catégorielle est aussi celle qui, expressément ou tacitement, exclut de son dispositif certaines catégories de personnes. Ainsi en est-il des transgenres, délibérément oubliés des personnes éligibles à une AMP par la loi bioéthique du 2 août 2021. Tous les amendements déposés aux fins d'ouvrir expressément l'AMP aux personnes transgenres ont en effet été rejetés au nom de l'intérêt de l'enfant, autre grand absent de ladite loi. Mais en préférant garder le silence, la loi

ne fait que reporter sur ses destinataires la responsabilité des choix qu'elle n'a pas su, ou voulu, faire. La loi catégorielle est par nature discriminante, sinon discriminatoire, et ne peut qu'être source d'insécurité juridique.

Ainsi celle intéressant les « femmes » qui, après avoir obtenu le changement de la mention de leur sexe à l'état civil sans réassignation sexuelle disposent toujours de la capacité biologique à porter un enfant. Auront-elles accès à l'AMP ? Devra-t-on la leur accorder au motif qu'elles sont restées *biologiquement* des « femmes » ou la leur refuser au motif qu'elles sont devenues *juridiquement* des « hommes » ? À force de dissocier le droit et la biologie, le sexe et l'identité, on en vient à se demander ce qu'il faut entendre par « homme » et « femme » dans la loi. Faut-il se référer à l'état civil, à la nature, panacher les deux au gré des circonstances ? Iel !

Pourquoi les transgenres ont-ils été oubliés ? Ils ne l'ont pas été. Ayant eu *leur* loi en 2016, c'était aux couples de femmes d'avoir la *leur* en 2021, après avoir partagé celle du 17 mai 2013 avec les couples d'hommes et avant un nouveau partage avec l'ensemble des couples non mariés le 21 février 2022 grâce à l'adoption pour tous. Sous la pression des lobbies, l'AMP devait être ouverte aux couples de femmes et, dans une moindre mesure, aux femmes seules. Les transgenres n'ont pas été oubliés, ils ont été délibérément omis. Ce n'était pas leur tour, ce n'était pas *leur* loi.

En ouvrant, au nom d'un principe d'égalité confinant à l'égalitarisme, des droits à certaines catégories de personnes, la loi exclut nécessairement de ces nouveaux droits les catégories de personnes qu'elle ne désigne pas – les silences de la loi¹³ – créant ainsi de nouvelles discriminations lesquelles suscitent à leur tour de nouvelles velléités égalitaristes et ainsi de suite.

Tel paraît bien être le moteur, autant que le cercle vicieux, de la législation moderne en droit des personnes et de la famille : répondre aux attentes des uns tout en faisant patienter les autres et construire ainsi « façon puzzle » un ensemble désordonné de règles, sans logique ni cohérence d'ensemble, sur fond de discours démagogique simplificateur.

Chaque loi nouvelle se dresse ainsi sur la cendre des frustrations engendrées par la précédente, préparant de la même façon le terreau de la suivante.

Mais il est un autre trait de caractère des lois catégorielles, leur myopie.

¹³ A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Révision bioéthique : la loi des silences », *RJPF* 2021, n° 11/2, p. 16.

B. Une loi myope

La loi de 2013, comme les autres, est une loi myope en ce qu'elle ne se préoccupe que de la satisfaction des intérêts catégoriels qu'elle vise, sans considération ni des tiers ni même de l'intérêt général.

Cette myopie législative tient le plus souvent au silence de la loi. Tel est bien le cas de la loi de 2013 à propos de la PMA. Alors que Jean-Marc Ayrault avait promis la PMA pour toutes les femmes en 2013, il faudra attendre la loi de 2021 pour qu'elle soit ouverte à « presque » toutes les femmes. En 2013, c'était trop tôt ! L'opinion publique n'était pas prête. Pour adopter la loi de 2013, il fallait donc en réduire l'ampleur, la portée, éviter de voir trop loin. On ne pouvait pas, expliquait ce matin Eléonore Cadou, recouvrir l'homoparenté du voile de la normalité. Il fallait alors se contenter de la seule adoption comme mode d'établissement de la filiation.

Le problème de ces lois myopes qui légifèrent par le silence est qu'elles engendrent de nombreux effets pervers : raréfaction des enfants offerts à l'adoption à l'étranger, ouverture du tourisme procréatif de nature à favoriser l'adoption intra-familiale¹⁴... De la même façon, le silence gardé sur les conséquences en matière de filiation de la libéralisation du changement de sexe a fait éclore de redoutables difficultés devant les juridictions. L'enfant issu d'une mère biologique et d'un « père » transgenre devenu femme avant la conception de l'enfant doit-il être doté d'une double filiation maternelle ou d'une filiation paternelle contraire à la nouvelle identité de son géniteur ? Si la Cour de cassation exclut l'établissement, hors adoption, d'une double filiation maternelle, la cour d'appel de renvoi lui inflige un camouflet en déduisant du silence de la loi que « *le législateur a préféré laisser au juge le soin de régler cette question dans le cadre de son appréciation souveraine de la situation des intéressés* ». Observant que « *la maternité gestatrice n'est plus exclusive* » et admettant sa coexistence, sans risque de conflit de filiations, avec une « *mère biologique non gestatrice* », la cour ordonne l'établissement judiciaire de la filiation maternelle à l'égard du « père » devenu « mère »¹⁵.

L'audace du juge est ici proportionnelle au mutisme de la loi. Elle s'en nourrit.

Au-delà d'une vue à court terme, sans anticipation ni vue d'ensemble, la myopie législative nourrit un autre effet pervers, celui d'un adoubement de la loi

¹⁴ Voir la contribution d'Éléonore Cadou.

¹⁵ Toulouse, 9 févr. 2022, n° 20/03128 : *Dalloz actualité*, 1^{er} mars 2022, obs. S. PARICARD ; *JCP G* 2022, act. 581, note L. BRUNET et P. REIGNÉ ; *Dr. famille* avr. 2022, comm. 51, note C. SIFFREIN-BLANC.

sous la double promesse du respect des principes fondamentaux et des lignes rouges infranchissables, promesses hélas vaines et sans lendemain.

Une tendance de la plupart des lois récentes est de rappeler les principes fondateurs auxquels elles apportent des tempéraments toujours plus nombreux. Les principes fondamentaux rassurent, même s'ils sont en réalité bafoués par la loi. À mesure que croît la liste des exceptions, l'affirmation des principes, censés porter la règle juste, s'impose comme une boussole pour le législateur et le citoyen. Ces proclamations ne sont hélas, bien souvent, que rideaux de fumée.

Il suffit d'observer certains titres et articles issus de la loi bioéthique du 2 août 2021 pour se convaincre de la volonté du législateur de rassurer, au moyen de formules aussi floues que pompeuses, les destinataires de la norme. Ainsi en est-il de « *nos principes éthiques* » érigés, dès le titre I^{er}, en garant d'un accès raisonné aux nouvelles technologies et, dans le titre III, en sentinelle de la « *diffusion des progrès scientifiques et technologiques* ». Si la loi se garde bien de préciser les principes éthiques qu'elle vise, leur affichage à son frontispice accrédite l'idée que l'ensemble de ses dispositions leur est conforme. La formule incantatoire sonne comme un appel à la confiance, une confiance aveugle lorsque la loi prétend marier des principes contradictoires. « *Promouvoir la solidarité dans le respect de l'autonomie de chacun* », n'est-ce pas le mariage de la carpe et du lapin ?

Pire, la loi affirme parfois qu'elle ne porte aucune atteinte aux principes cardinaux et s'inscrit en parfaite harmonie avec eux. De telles affirmations sur l'innocuité de la loi méritent d'être accueillies avec la plus grande prudence, sinon méfiance, tant la réalité apparaît plus nuancée que le discours de façade.

Ainsi, en ouvrant à l'enfant issu d'un don le droit de connaître, à sa majorité, l'identité du tiers donneur, le législateur n'entendit point remettre en cause le principe d'anonymat du don proclamé lors des premières lois de bioéthique de 1994 mais seulement le « *tempérer* ». C'est ainsi que le nouvel article 16-8-1 du Code civil issu de la loi du 2 août 2021 dispose que « *le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de la personne majeure [...] à l'identité du tiers donneur* ». Mais que reste-t-il du principe d'anonymat face à la consécration du droit d'accès à ses origines, si ce n'est un moratoire de dix-huit ans dont il n'est d'ailleurs pas certain qu'il résiste au temps ? Qui ne voit que l'exception a d'ores et déjà vidé le principe de sa substance ? L'affirmation de la loi n'est qu'un trompe-l'œil destiné à masquer l'abandon programmé du principe d'anonymat.

Si l'on se projette dans l'avenir, le droit fondamental au mariage ne sera-t-il pas demain éclipsé par un droit, peut-être plus fondamental, à l'enfant dont on nous assure aujourd'hui qu'il ne sera jamais proclamé ?

C'est encore un autre effet pervers de ces lois myopes que de repousser sans cesse les lignes rouges qu'elles s'étaient engagées à ne jamais dépasser.

L'invocation de lignes rouges infranchissables constitue certainement la technique législative la plus efficace pour favoriser l'adoption de réformes sensibles. *Nous n'irons pas plus loin !* L'histoire montre combien ces lignes rouges ont été sans cesse repoussées sous l'impulsion des logiques individualistes et des discours égalitaires.

Le PACS n'était pas « *le mariage* » mais il en fit le lit. En ouvrant l'adoption à tous les couples mariés, hétérosexuels comme homosexuels, la loi du 17 mai 2013 a préparé l'ouverture à presque toutes les femmes de l'assistance médicale à la procréation. La modernisation de l'adoption par la loi n° 2022-219 du 21 février 2022, ouvrant l'adoption à tous les couples, mariés, concubins ou pacsés, hétérosexuels ou homosexuels, mais aussi l'adoption par l'un d'eux des enfants de l'autre, s'inscrit dans la suite logique de la reconnaissance de la maternité d'intention et de la filiation fondée sur le projet parental.

À chaque réforme sa ligne rouge, aussitôt repoussée par la suivante. Projétons-nous.

S'agissant de l'établissement de la filiation consécutive à une AMP avec tiers donneur, le législateur eut le choix entre plusieurs options lesquelles ont fait l'objet de vifs débats tant dans la phase préparatoire que dans la phase parlementaire. Mais très tôt, une « *ligne rouge* » fut tracée consistant à ne pas revenir sur l'établissement de la filiation au sein des couples hétérosexuels et, plus généralement, à « *ne pas déconstruire le droit commun de la filiation structurant et opérant pour plus de 99% des naissances* »¹⁶, ce qui conduisit à créer un mode d'établissement *ad hoc* pour les seuls couples de femmes. Mais cette ligne rouge ne s'effacera-t-elle pas devant le caractère discriminatoire de la « reconnaissance conjointe » laquelle, imposée aux seuls enfants des couples de femmes, paraît bien constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁷ ?

Ligne rouge aujourd'hui, la parenté transgenre demeurera-t-elle longtemps un « indépassable », un « impensé » du droit français¹⁸ ? L'interdiction de la procréation *post mortem* continuera-t-elle longtemps de faire obstacle à la réalisation d'un projet parental interrompu par le décès ? La réception des ovocytes d'une femme par sa partenaire appelée à porter l'enfant (ROPA) fut

¹⁶ Étude d'impact, p. 188.

¹⁷ V. en ce sens, L. BRUNET, « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus. Splendeurs et mystères du principe de non-discrimination », *AJ Famille* 2021, 522.

¹⁸ A.-M. LEROYER, « La parenté transgenre : un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, 866.

écartée au motif qu'elle contrevenait à l'anonymat entre donneur et receveur. Mais si les couples hétérosexuels peuvent recourir à l'AMP sans l'intervention d'un tiers donneur, n'est-il pas discriminatoire de l'interdire aux couples de femmes ? La dernière grande ligne rouge à avoir été constamment brandie est celle de l'interdiction de la GPA. Elle a permis l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules grâce à l'assurance que « *l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation sera sans incidence sur l'interdiction de la gestation pour autrui* »¹⁹, que « *la situation de la GPA est intrinsèquement différente de celle de la PMA* »²⁰ et qu'il n'existe ni *droit à l'enfant*²¹ ni « *GPA éthique* »²². Mais ces discours rassurants ne sauraient occulter le fait qu'instituer un mode de filiation fondé sur la volonté commune d'un couple de femmes rendra, quoi qu'on en dise, plus difficile le refus d'admission du projet parental d'un couple, hétérosexuel ou homosexuel, ne pouvant pas porter d'enfant. Nul ne saurait sérieusement nier que « *l'admission de l'AMP pour toutes lève un obstacle sur le chemin de l'AMP pour tous, c'est-à-dire de la GPA* »²³.

Certains auteurs n'hésitent pas à prédire le franchissement de cette ligne rouge au nom de l'égalité en matière de *droit à l'enfant*. L'accès à la parenté pour les hommes, seuls ou en couple, et pour tous les couples, hétérosexuels ou homosexuels, ne pouvant pas porter d'enfant, commandera certainement demain l'admission de la « GPA pour tous », y compris pour ceux pouvant concevoir « à l'ancienne » et porter des enfants.

Conclusion

Loi de civilisation, la loi de 2013 ne constitue donc que l'une des nombreuses briques du nouvel édifice en construction, une brique déjà recouverte par d'autres qui déconstruisent et reconstruisent la famille et l'homme de demain.

L'homme ? Il aura disparu, faute de genre, dilué dans la personne, ni homme, ni femme...

La personne ? Elle se sera dissoute dans le transhumanisme et l'intelligence artificielle...

¹⁹ Étude d'impact, loi de bioéthique, pt 2.1.10, p. 46

²⁰ Rapport d'information de Jean-Louis TOURAINE déposé à l'AN le 15 janvier 2019, p. 111.

²¹ *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude du Conseil d'État, 28 juin 2018 et CE, avis, 18 juill. 2019, p. 50.

²² Étude préc., p. 80.

²³ A. GOUËZEL, « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. famille* oct. 2021, dossier 23.

Restera l'être²⁴, humain, probablement l'ultime catégorie qui paraisse à l'abri du grief de discrimination, l'être humain avec ses proches, amis, époux, concubins, partenaires, amants, enfants biologiques, enfants non biologiques, parents, beaux-parents, héritiers... Une nouvelle civilisation qui reste à construire. Mais Rome ne s'est pas faite en un jour et la civilisation de demain n'est certainement pas pour aujourd'hui.

²⁴ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ, LexisNexis, 2019.