

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
Année universitaire 2025-2026

TRAVAUX DIRIGÉS – 3^{ème} année de Licence en Droit
DROIT CIVIL | Droit de la famille
Cours de Monsieur le Professeur **Nicolas MOLFESSIS**

Distribution : du 16 au 19 février 2026

TROISIÈME SÉANCE

LE MARIAGE (1) | LE DROIT DE SE MARIER

Qui veut se marier ? Concurrencé par d'autres types d'unions et notamment par le Pacs – v. Séance n° 1 –, célébré de plus en plus tard, rompu de plus en plus tôt et de plus en plus souvent, le mariage est parfois présenté comme une institution dépassée. Et pourtant : avec 251 000 mariages célébrés en 2025, il reste le premier mode d'organisation de la vie en couple. L'évolution véritable du mariage, à vrai dire, se mesure au-delà des statistiques. Longtemps instrument d'une certaine conception de l'ordre social, le mariage est devenu, au fil du XX^{ème} siècle, l'expression d'une liberté.

Envisagé du point de vue du droit, le mariage revêt une nature hybride. Il est un *acte juridique*, puisqu'il repose sur un accord de volontés – le Code civil parle bien du fait de « contracter mariage » (C. civ., art. 143). Il est aussi – et avant tout ? - une *institution*, au sens de « fait social » que lui donnait Maurice Hauriou. Il est encore l'objet d'une liberté, celle de se marier. Il appartient alors au législateur de fixer le point d'équilibre entre ces qualifications pour en déterminer le régime et les effets.

I.- Une liberté fondamentale – De nombreux instruments supranationaux consacrent la liberté du mariage, qui comprend celle de se marier – ou de ne pas se marier –, de choisir son conjoint, de se remarier... On parle plus souvent de droit – quelle différence doit-on faire avec la liberté elle-même ?

Document n° 1 : ➤ **Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme**
➤ **Article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques**
➤ **Article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme**
➤ **Article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

À la différence de plusieurs États européens, notre Constitution ne dit rien du mariage, qui n'est pas non plus mentionné dans la Déclaration des droits de l'Homme ou le Préambule de 1946. Sa valeur

supra-législative a cependant été consacrée par le Conseil constitutionnel, pour qui la liberté matrimoniale est une « composante de la liberté individuelle » :

Document n° 2 : Extraits de Cons. const., 12-13 août 1993, déc. n° 93-325 DC

II.- L'évolution des restrictions au droit de se marier – Le droit au mariage s'est historiquement structuré autour d'interdits matrimoniaux qui ont, dans l'ensemble, connu un mouvement de libéralisation. On en étudiera deux, auxquels on peut ajouter la prohibition de la polygamie (C. civ., art. 147).

A.- Le mariage entre personnes d'une même famille – « Tabou universel », « principe fondateur du droit de la famille », la prohibition de l'inceste traverse les cultures et les siècles. Les ethnologues, Claude Lévi-Strauss en tête, ont depuis montré que les raisons de cet interdit absolu tiennent moins à des facteurs génétiques (risque de consanguinité) que sociaux : l'exogamie (l'alliance en-dehors de sa communauté) est avant tout un moyen de renforcer les liens entre groupes sociaux.

Très étendue sous l'Ancien régime, la prohibition du mariage incestueux – à différencier des relations incestueuses condamnées pénalement en cas d'infraction sexuelle, notamment de viol (C. pén., art. 222-22-3) – s'était resserrée sous la Révolution. Aujourd'hui, le Code civil prohibe tout mariage en ligne directe (C. civ., art. 161), entre frères et sœurs (C. civ., art. 162), ou entre collatéraux au troisième degré (c'est-à-dire, entre l'oncle ou la tante d'un côté, et le neveu ou la nièce de l'autre ; C. civ., art. 163). Si elles étaient célébrées, ces unions seraient frappées d'une cause de nullité absolue, qui se prescrit par trente ans (C. civ., art. 184).

Pour toutes les autres hypothèses, en revanche, l'interdit a fait l'objet d'un mouvement de relativisation assez important, en partie sous l'impulsion de la CEDH.

Une première inflexion résulte de la loi du 11 juillet 1975, qui a levé l'interdiction des mariages entre belles-sœurs et beaux-frères. Trente ans plus tard, saisie de l'annulation de l'union d'un beau-père avec sa bru après qu'elle eut divorcé de son mari, avec qui elle avait eu un enfant qui vivait désormais chez son grand-père, la CEDH a plus radicalement invité les États membres à veiller, en toutes circonstances, à ce que « les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne [soient] pas d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même » (CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, req. n° 36536/02). Autrement dit, les juridictions nationales doivent désormais opérer un contrôle de proportionnalité et apprécier *in concreto* l'impact des empêchements à mariage sur la vie familiale des couples concernés. La démarche suivie par cette proportionnalité appréciée *in concreto* doit être comprise. Et donner lieu à votre appréciation :

Document n° 3 : Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *Bull. civ. I*, n° 234

Document n° 4 : Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, Publié au Bulletin

B.- Le mariage entre personnes du même sexe – En droit français, contrairement par exemple à l'âge, la différence de sexe n'était pas expressément visée comme une condition de validité du mariage, sans doute parce que celle-ci relevait alors de l'évidence ; le Code civil comprenait ainsi, dans sa version d'origine, des références à « l'homme et la femme ». Ces certitudes ont assurément

été ébranlées au XX^{ème} siècle, entraînées par l'évolution des mœurs. La loi a évolué progressivement de la dépénalisation de l'homosexualité en 1982, à la consécration du Pacs.

1°/ La CEDH y a contribué, par différentes décisions. Parmi celles-ci, l'une a porté, par-delà la différenciation sexuelle, sur l'union que pouvait contracter une personne transgenre. Fallait-il n'admettre le mariage d'une femme transsexuelle (vocabulaire de l'époque) qu'avec une personne de sexe opposé à son sexe d'origine ? La CEDH a répondu par la négative dans un arrêt désormais célèbre tant pour la solution retenue que par le raisonnement suivi pour y parvenir. C'est l'occasion pour elle d'affirmer qu' « en 2002, la Cour observe que par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause » :

Document n° 5 : Extraits de CEDH, 11 juil. 2002, req. n° 28957/95, *Goodwin c. Royaume-Uni*

2°/ La question restait toutefois entière s'agissant du mariage homosexuel à proprement parler, c'est-à-dire entre deux hommes ou deux femmes s'identifiant comme tels. En France, la Cour de cassation comme le Conseil constitutionnel (on pourra consulter sa décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011) se sont refusés à tout exercice d'interprétation :

Document n° 6 : Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627

La Cour européenne des droits de l'homme s'est trouvée dans une situation complexe, car il lui était impossible de ne pas tenir compte de la diversité des systèmes juridiques. Certes, elle a considéré qu'en dépit de sa rédaction, qui vise le mariage de « l'homme et la femme », la protection offerte par l'article 12 de la Conv. ESDH ne se limitait pas aux mariages entre personnes du sexe opposé. Pour autant, elle a estimé qu'il n'imposait pas aux États membres l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels ([CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04](#)). Elle a toutefois admis – elle le souligne dans l'affaire *Goodwin* – que « l'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des États contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même » ([CEDH 17 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81](#), §50). C'est également par la condamnation des discriminations, sur le fondement de l'article 14 Conv. ESDH, qu'elle a pu exercer son contrôle et imposer une libéralisation des législations.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est, pour sa part, montrée plus audacieuse. Sur le fondement de la liberté de circulation et de séjour des citoyens européens, lue à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, elle a imposé à la Pologne de reconnaître la validité d'un mariage célébré, dans un autre État membre, entre deux de ses ressortissants de même sexe.

Document n° 7 : CJUE, 25 novembre 2025, aff. C-713/23, *Trojan*

Le choix d'autoriser le mariage indépendamment de toute considération tenant à l'identité ou à l'orientation sexuelles revenait chez nous au seul législateur. Ce fut chose faite avec la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, qui a consacré

dans le Code civil que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » (C. civ., art. 143).

Document n° 8 : Extraits de Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC

Cette présentation très linéaire masque toutefois mal l'intensité des débats qui ont présidé à cette évolution du droit. La lecture de quelques « archives », confrontées aux premiers regards rétrospectifs sur la loi, dix ans après son adoption, permet d'en prendre la mesure.

Document n° 9 : Ph. Malaurie, « Le mariage pour tous et la “décrétinomanie” contemporaine », *LPA* 5 avr. 2013, p. 11

Document n° 10 : P. Brunet et al., « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit” ? », *D.* 2013. 784

Document n° 11 : H. Fulchiron, « Dix ans de mariage pour tous. Les couples de personnes de même sexe, des époux “comme les autres” ? », *Dr. fam.* 2023. 17

10 ans ! 10 ans seulement, mais quel chemin. Imaginerait-on aujourd'hui un homme ou une femme politique remettre en cause le mariage pour tous ? « Être Français en 2024, c'est dans un pays qui, il y a dix ans seulement, se déchirait encore sur le mariage pour tous, pouvoir être Premier ministre en assumant ouvertement son homosexualité » avait ainsi déclaré Gabriel Attal lors de sa déclaration de politique générale le 30 janvier 2024. Depuis l'automne 2023, l'arrivée au gouvernement de personnalités politiques aux prises de positions conservatrices a poussé quelques-uns à l'introspection. Tout en assumant ses « convictions », l'actuel ministre de l'Intérieur, Bruno Retailleau, interrogé sur le plateau d'un journal télévisé, a concédé que « la loi est passée, il faut l'appliquer » – il s'était dit favorable en 2014 à son abrogation. « Il n'y a aucune ambiguïté s'agissant des grandes lois de liberté », avait martelé dans la même séquence son Premier ministre d'alors, Michel Barnier.

III.- Exercices

Vous traiterez les deux sujets suivants, l'un sous forme de court développement argumenté, l'autre sous forme de devoir intégralement rédigé.

1°/ En France comme dans d'autres pays occidentaux, la possible remise en cause des droits acquis inquiète. C'est cette crainte qui a motivé l'année dernière l'inscription dans la Constitution du droit à l'interruption volontaire de grossesse ; c'est encore elle qui, au lendemain de la mort de Robert Badinter, en conduisit plus d'un à mettre en garde contre l'organisation d'un référendum portant sur l'interdiction de la peine de mort, pourtant réclamé par certaines factions politiques.

Qu'en pensez-vous s'agissant du « Mariage pour tous » ? Vous semble-t-il être un droit menacé et pourrait-il l'être juridiquement ? Vous raisonnerez à partir des règles applicables et de leur place dans la hiérarchie des normes.

2°/ Vous commenterez l'arrêt rendu par la première Chambre civile du 8 décembre 2016 (Document n° 4). Les documents de la fiche doivent pouvoir vous aider et vous permettre de faire un commentaire qui tienne compte de l'évolution du droit positif.

Document n° 1 : ➤ Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme

1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.
2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.
3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.

➤ Article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.
2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.
3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.
4. Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire.

➤ Article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

➤ Article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Document n° 2 : Extraits de Cons. const., 12-13 août 1993, déc. n° 93-325 DC

Sur les normes de constitutionnalité applicables au contrôle de la loi déferée :

2. Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ; que l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives ou de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel ;

3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et

libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés [...]

En ce qui concerne l'article 31 :

105. Considérant que l'article 31 de la loi qui est applicable aux nationaux comme aux étrangers modifie les dispositions du code civil relatives au mariage en y insérant plusieurs articles nouveaux ; qu'il prévoit notamment que lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République et que ce dernier peut décider qu'il sera sursis pour une durée ne pouvant excéder trois mois à la célébration du mariage ;

106. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine allèguent que cet article crée une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits qui l'entraînent, « dont il n'est au surplus même pas certain qu'ils soient établis », méconnaît le droit à exercer un recours et qu'il porte en outre atteinte à la liberté du mariage et au respect de la vie privée ;

107. Considérant que l'article 175-2 du code civil tel qu'il est inséré dans ce code par le III de l'article 31 fait obligation à l'officier d'état civil de saisir le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale ; que le procureur de la République dispose d'un délai de quinze jours durant lequel il peut décider qu'il sera sursis à la célébration du mariage pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois, sans

que sa décision soit assortie d'une voie de recours ; qu'en subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions préalables, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ; que dès lors que celles-ci ne sont pas séparables des autres dispositions de l'article 175-2 du code civil, cet article doit être regardé dans son ensemble comme contraire à la Constitution [...]

Document n° 3 : Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, Bull. civ. I, n° 234

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... et M. Claude Y... se sont mariés le 6 septembre 1969 et qu'une fille, née le 15 août 1973, est issue de leur union ; qu'après leur divorce, prononcé le 7 octobre 1980, Mme X... a épousé le père de son ex-mari, Raymond Y..., le 17 septembre 1983 ; qu'après avoir consenti à sa petite-fille une donation le 31 octobre 1990, ce dernier est décédé le 24 mars 2005 en laissant pour lui succéder son fils unique et en l'état d'un testament instituant son épouse légataire universelle ; qu'en 2006, M. Claude Y... a, sur le fondement de l'article 161 du code civil, assigné Mme X... en annulation du mariage contracté avec Raymond Y... ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir relevé qu'ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt récent, les limitations apportées au droit au mariage par les lois nationales des Etats signataires ne doivent pas restreindre ou réduire ce droit d'une manière telle que l'on porte atteinte à l'essence même du droit, retient que la prohibition prévue par l'article 161 du code civil subsiste lorsque l'union avec la personne qui a créé l'alliance est dissoute par divorce, que l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru qui, aux termes de l'article 164 du même code, peut être levé par le Président de la République en cas de décès de la personne qui a créé l'alliance, est justifié en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial, que cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux, que, contrairement à ce que soutient Mme X..., il ressort des

conclusions de sa fille que le mariage célébré le 17 septembre 1983, alors qu'elle n'était âgée que de dix ans, a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père, que l'article 187 dudit code interdit l'action en nullité aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage non pas après le décès de l'un des époux, mais du vivant des deux époux, qu'enfin, la présence d'un conjoint survivant, même si l'union a été contractée sous le régime de la séparation de biens, entraîne nécessairement pour M. Claude Y..., unique enfant et héritier réservataire de Raymond Y..., des conséquences préjudiciables quant à ses droits successoraux, la donation consentie à Mme Fleur Y... et la qualité de Mme Denise X... en vertu du testament du défunt étant sans incidence sur cette situation, de sorte que M. Claude Y... a un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage contracté par son père ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition prononçant l'annulation du mariage célébré le 17 septembre 1983 entre Raymond Y... et Mme Denise X..., ainsi qu'en sa disposition allouant une somme à M. Claude Y... sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 21 juin 2012, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Document n° 4 : Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 2 décembre 2014), que Pierre X..., né le 10 janvier 1925, et Mme Y..., née le 6 juillet 1949, se sont mariés le 28

janvier 1984 ; qu'après leur divorce, prononcé par jugement du 13 décembre 2000, Pierre X... a épousé, le 12 janvier 2002, Mme Z..., fille de Mme Y..., née le 24

avril 1975 d'une précédente union ; qu'après le décès de Pierre X..., le 5 avril 2010, Mme Anne X..., épouse A... et MM. Philippe, Jacques et Frédéric X... (les conjoints X...) ont assigné Mme Z... aux fins de voir prononcer, sur le fondement de l'article 161 du code civil, l'annulation de son mariage avec leur père et beau-père ; que, Mme Z... ayant été placée sous curatelle renforcée en cours de procédure, son curateur, l'ATMP du Var, est intervenu à l'instance ;

Attendu que Mme Z... et l'ATMP du Var font grief à l'arrêt de prononcer l'annulation du mariage et, en conséquence, de rejeter leur demande de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que le prononcé de la nullité du mariage célébré entre anciens alliés en ligne directe, après la dissolution par divorce de la première union qui avait été contractée par l'un des deux alliés avec le parent du second, porte une atteinte disproportionnée au droit du mariage ; qu'en prononçant, sur le fondement de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage célébré le 12 janvier 2002 entre Pierre X... et Mme Z..., fille de sa précédente épouse toujours en vie, quand l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe, qui peut néanmoins être célébré en vertu d'une dispense si celui qui a créé l'alliance est décédé et ne repose pas sur l'interdiction de l'inceste, inexistant entre personnes non liées par le sang, porte une atteinte disproportionnée au droit au mariage, la cour d'appel a violé l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ;

2°/ que le prononcé de la nullité du mariage célébré entre anciens alliés en ligne directe est susceptible de revêtir, à leur égard, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et familiale, dès lors que leur union, célébrée sans opposition, a duré plusieurs années ; qu'en prononçant, sur le fondement de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage célébré le 12 janvier 2002 entre Pierre X... et Mme Z..., fille de sa précédente épouse toujours en vie, quand ce mariage célébré sans opposition, avait duré pendant huit années, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 161 du code civil, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ; que, selon l'article 184 du même code, tout mariage contracté en contravention à ces dispositions peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par tous ceux qui y ont intérêt ;

Qu'aux termes de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ;

Que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, si l'exercice de ce droit est soumis aux lois nationales des Etats contractants, les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ; qu'il en résulte que les conditions requises pour se marier dans les différentes législations nationales ne relèvent pas entièrement de la marge d'appréciation des Etats contractants car, si tel était le cas, ceux-ci pourraient interdire complètement, en pratique, l'exercice du droit au mariage ;

Que, cependant, le droit de Mme Z... et Pierre X... de se marier n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux ; qu'en annulant le mariage, la cour d'appel n'a donc pas méconnu les exigences conventionnelles résultant du texte susvisé ;

Attendu, en second lieu, qu'aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ;

Que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ;

Qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en oeuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ;

Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que Mme Z... avait 9 ans quand Pierre X... a épousé sa mère en troisièmes noces, qu'elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée ; qu'il en déduit que l'intéressée a vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ; qu'il constate, ensuite, que son union avec Pierre X... n'avait duré que huit années lorsque les conjoints X...

ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation ; qu'il relève, enfin, qu'aucun enfant n'est issu de cette union prohibée ; que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit

au respect de la vie privée et familiale de Mme Z..., au regard du but légitime poursuivi ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Document n° 5 : Extraits de CEDH, 11 juil. 2002, req. n° 28957/95, *Goodwin c. Royaume-Uni*

A. Arguments des parties

1. La requérante

95. La requérante se plaint de l'incapacité dans laquelle elle se trouve, du fait que la loi la considère comme un homme, d'épouser son compagnon avec lequel elle entretient pourtant une relation physique normale. Elle soutient que la récente affaire *Bellinger v. Bellinger* a montré que la définition du sexe d'une personne aux fins du mariage donnée dans l'affaire *Corbett v. Corbett* n'est plus satisfaisante et que, même s'il continue d'être acceptable de s'appuyer sur les critères biologiques, il est contraire à l'article 12 de n'en utiliser que certains pour déterminer le sexe et exclure les personnes qui n'y répondent pas.

2. Le Gouvernement

96. Renvoyant à la jurisprudence de la Cour (arrêts *Rees*, *Cossey*, et *Sheffield et Horsham* précités), le Gouvernement affirme que ni l'article 12 ni l'article 8 de la Convention n'obligent un Etat à autoriser une personne transsexuelle à se marier avec une personne de son sexe d'origine. Il fait également observer que la démarche adoptée en droit interne a été examinée et confirmée récemment par la Cour d'appel dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger*, désormais pendante devant la Chambre des lords. Il considère que toute réforme dans ce domaine important et délicat doit émaner des propres juridictions du Royaume-Uni agissant dans le cadre de la marge d'appréciation que la Cour a toujours accordée. Il soutient en outre que tout changement risque d'entraîner des conséquences indésirables, faisant valoir qu'une reconnaissance juridique pourrait soit invalider des mariages déjà contractés, soit aboutir, pour les transsexuels et leurs partenaires, à des mariages entre personnes du même sexe. Il souligne l'importance d'une évaluation minutieuse et approfondie des conséquences que pourrait avoir un changement dans ce domaine et la nécessité de prendre des dispositions transitoires.

B. Appréciation de la Cour

97. La Cour rappelle que dans les affaires *Rees*, *Cossey*, et *Sheffield et Horsham*, l'impossibilité pour les requérants transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe fut jugée non contraire à l'article 12 de la Convention. Cette conclusion procédait, suivant l'affaire, du raisonnement selon lequel le droit de se

marier visait le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent (arrêt *Rees* précité, p. 19, § 49), de l'idée que l'attachement aux critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage relevait du pouvoir reconnu aux Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier et du constat que les lois de l'Etat défendeur en la matière ne pouvaient être considérées comme restreignant ou réduisant le droit pour une personne transsexuelle de se marier d'une manière ou à un degré qui l'eussent atteint dans sa substance même (arrêts *Cossey*, pp. 17-18, §§ 44-46, et *Sheffield et Horsham*, p. 2030, §§ 66-67, précités). La Cour se fonda également sur le libellé de l'article 12, interprété par elle comme protégeant le mariage en tant que fondement de la famille (arrêt *Rees*, *loc. cit.*).

98. Réexaminant la situation en 2002, la Cour observe que par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause.

99. L'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (arrêts *Rees* précité, p. 19, § 50, et *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, série A no 128, p. 16, § 32).

100. Certes, la première partie de la phrase vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier. La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques (ainsi que l'avait déclaré le juge Ormrod dans l'affaire *Corbett v. Corbett*, paragraphe 21 ci-dessus). Depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour a constaté ci-dessus, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, que la non-

concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'intéressé. D'autres facteurs doivent être pris en compte : la reconnaissance par la communauté médicale et les autorités sanitaires dans les Etats contractants de l'état médical de trouble de l'identité sexuelle, l'offre de traitements, y compris des interventions chirurgicales, censés permettre à la personne concernée de se rapprocher autant que possible du sexe auquel elle a le sentiment d'appartenir, et l'adoption par celle-ci du rôle social de son nouveau sexe. La Cour note également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme (paragraphe 58 ci-dessus).

101. Le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 n'englobe toutefois pas l'ensemble des questions se posant sur le terrain de l'article 12, lequel mentionne expressément les conditions imposées par les lois nationales. La Cour a donc examiné si le fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance constitue en l'espèce une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. A cet égard, elle juge artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe. En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser uniquement un homme. Or elle n'en a pas la possibilité. Pour la Cour, l'intéressée peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier.

102. La Cour n'aperçoit aucune autre raison qui l'empêcherait d'aboutir à cette conclusion. Le

Gouvernement soutient que dans ce domaine sensible le contrôle du respect des conditions requises par le droit national pour se marier doit rester l'apanage des juridictions internes, dans le cadre de la marge d'appréciation de l'Etat ; et d'évoquer à cet égard les répercussions possibles sur les mariages déjà contractés dans lesquels l'un des partenaires est transsexuel. Il ressort toutefois des opinions exprimées par la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Bellinger v. Bellinger* que les tribunaux internes tendent à penser qu'il serait préférable que la question soit traitée par le pouvoir législatif ; or le gouvernement n'a à présent aucune intention de légiférer (paragraphe 52-53 ci-dessus).

103. Les éléments soumis par Liberty permettent de constater que si le mariage des transsexuels recueille une grande adhésion, le nombre des pays qui autorisent le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des Etats qui reconnaissent la conversion sexuelle elle-même. La Cour n'est toutefois pas convaincue que cela soit de nature à conforter la thèse selon laquelle les Etats contractants doivent pouvoir entièrement régler la question dans le cadre de leur marge d'appréciation. En effet, cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un Etat contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier. La marge d'appréciation ne saurait être aussi large. S'il appartient à l'Etat contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier.

104. Elle conclut donc qu'il y a eu violation de l'article 12 de la Convention en l'espèce.

Document n° 6 : Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 19 avril 2005), que, malgré l'opposition notifiée le 27 mai 2004 par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, le maire de la commune de Bègles, en sa qualité d'officier d'état civil, a procédé, le 5 juin 2004, au mariage de MM. X... et Y... et l'a transcrit sur les registres de l'état civil ; que cet acte a été annulé, avec mention en marge des actes de naissance des intéressés [...]

Sur le second moyen, pris en ses cinq branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir annulé l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, avec

transcription en marge de cet acte et de leur acte de naissance, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en retenant que la différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage, cependant que cette condition est étrangère aux articles 75 et 144 du code civil, que le premier de ces textes n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence expressément aux termes "mari et femme", la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ qu'il y a atteinte grave à la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque le droit interne est

incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle du requérant ; que le droit pour chaque individu d'établir les détails de son identité d'être humain est protégé, y compris le droit pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; que le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ; qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ alors que si l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, ces termes n'impliquent pas obligatoirement

que les époux soient de sexe différent, sous peine de priver les homosexuels, en toutes circonstances, du droit de se marier ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ; qu'en retenant que les couples de même sexe ne seraient pas concernés par l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Document 7 : CJUE, 25 novembre 2025, aff. C-713/23, Trojan

46 S'agissant de la situation de deux citoyens de l'Union qui, comme dans l'affaire au principal, mènent une vie commune dans l'État membre d'accueil et y ont conclu un mariage conformément au droit de ce dernier État membre, l'effet utile des droits que ces citoyens tirent de l'article 21, paragraphe 1, TFUE exige à plus forte raison que ces citoyens puissent avoir la certitude de pouvoir poursuivre dans l'État membre dont ils sont originaires la vie de famille qu'ils ont développée ou consolidée dans l'État membre d'accueil, en particulier par l'effet de leur mariage.

47 Certes, en l'état actuel du droit de l'Union, les règles relatives au mariage relèvent de la compétence des États membres et le droit de l'Union ne saurait porter atteinte à cette compétence. Ces États membres sont ainsi libres de prévoir ou non, dans leur droit national, le mariage pour des personnes de même sexe [...].

48 Toutefois, dans l'exercice de cette compétence, chaque État membre doit respecter le droit de

l'Union et, en particulier, les dispositions du traité FUE relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, en reconnaissant, à cette fin, l'état des personnes établi dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci [...].

49 En l'occurrence, il ressort des éléments fournis par la juridiction de renvoi que les époux en cause au principal demandent aux autorités polonaises de transcrire dans le registre d'état civil polonais l'acte de mariage qu'ils ont conclu lors de l'exercice de leur liberté de circulation et de séjour en Allemagne, aux fins de la reconnaissance de ce mariage en Pologne. Cette demande a été rejetée au motif que le droit polonais n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe et ne permet donc pas une telle transcription [...].

51 À cet égard, il y a lieu de constater que le refus, par les autorités d'un État membre dont deux citoyens de l'Union de même sexe ont la nationalité, de reconnaître le mariage que ceux-ci ont légalement

conclu en application des procédures prévues à cet effet dans un autre État membre, dans lequel ces citoyens de l'Union ont fait usage de leur liberté de circuler et de séjourner, est susceptible d'entraver l'exercice du droit consacré à l'article 21 TFUE, dès lors qu'un tel refus est de nature à engendrer pour ceux-ci de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé (voir, par analogie, arrêt du 4 octobre 2024, *Mirin*, C-4/23, EU:C:2024:845, point 55 et jurisprudence citée).

52 En particulier, un tel refus empêche lesdits citoyens de l'Union, qui ont développé ou consolidé une vie de famille lors de leur séjour dans l'État membre d'accueil, en y vivant en tant que personnes mariées, de poursuivre cette vie de famille en bénéficiant de ce statut juridique, certain et opposable aux tiers, et les contraint de vivre en tant que personnes célibataires après leur retour dans leur État membre d'origine.

53 Ainsi, en l'absence de reconnaissance de ce mariage dans l'État membre d'origine, il existe un risque concret que les mêmes citoyens soient sérieusement entravés dans l'organisation de leur vie de famille lors de leur retour dans cet État membre, dès lors qu'ils se trouvent dans l'impossibilité, dans de nombreuses actions de la vie quotidienne, tant dans la sphère publique que dans la sphère privée, de faire valoir leur statut marital, qui a pourtant été légalement établi dans l'État membre d'accueil.

54 Il s'ensuit que le refus, par les autorités d'un État membre, de reconnaître le mariage de deux citoyens de l'Union de même sexe, conclu lors de leur séjour dans un autre État membre, constitue une entrave à l'exercice du droit de ces citoyens, consacré à l'article 21, paragraphe 1, TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En effet, un tel refus aura pour conséquence que lesdits citoyens de l'Union se voient privés de la possibilité de retourner dans l'État membre dont ils sont ressortissants en y poursuivant la vie de famille développée ou consolidée dans l'État membre d'accueil.

55 Cela étant, conformément à une jurisprudence constante, une restriction à la libre circulation des personnes qui, comme dans l'affaire au principal, est indépendante de la nationalité des personnes concernées, peut être justifiée si elle est fondée sur des considérations objectives d'intérêt général et si elle est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national (arrêt du 5 juin 2018, *Coman* e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 41 ainsi que jurisprudence citée). En outre, lorsqu'une mesure d'un État membre qui restreint une liberté fondamentale garantie par le traité FUE est justifiée

par une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par le droit de l'Union, une telle mesure doit être considérée comme mettant en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, de telle sorte qu'elle doit être conforme aux droits fondamentaux consacrés par cette dernière (voir, en ce sens, arrêts du 30 avril 2014, *Pfleger* e.a., C-390/12, EU:C:2014:281, point 36, ainsi que du 10 juillet 2025, *INTERZERO* e.a., C-254/23, EU:C:2025:569, point 105).

56 Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une mesure est proportionnée lorsque, tout en étant apte à la réalisation de l'objectif poursuivi, elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (arrêt du 5 juin 2018, *Coman* e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 41 ainsi que jurisprudence citée). En outre, un objectif d'intérêt général ne saurait être poursuivi sans tenir compte du fait qu'il doit être concilié avec les droits fondamentaux concernés par la mesure, en effectuant une pondération équilibrée entre, d'une part, cet objectif et, d'autre part, les droits en cause, afin d'assurer que les inconvénients causés par cette mesure ne soient pas démesurés par rapport aux buts visés [...]

57 En l'occurrence, il ressort des indications de la juridiction de renvoi que la demande des époux en cause au principal, consistant en ce que l'acte de mariage conclu en Allemagne soit transcrit dans le registre d'état civil polonais aux fins de la reconnaissance de ce mariage en Pologne, a été rejetée au motif que le droit polonais n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe et que, par conséquent, une telle transcription violerait les principes fondamentaux consacrés par l'ordre juridique polonais.

58 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (arrêt du 5 juin 2018, *Coman* e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 43 ainsi que jurisprudence citée).

59 En outre, conformément à l'article 9 de la Charte, le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

60 Par ailleurs, la Cour a itérativement jugé que la notion d'« ordre public » en tant que justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement, de telle sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union. Il en découle que l'ordre public ne peut être

invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, point 44 ainsi que jurisprudence citée).

61 Or, l'obligation, pour l'État membre d'origine, de reconnaître un mariage entre citoyens de l'Union de même sexe conclu dans l'État membre d'accueil lors de l'exercice de leur liberté de circulation et de séjour, afin de leur permettre de retourner dans l'État membre dont ils sont ressortissants et d'y poursuivre leur vie de famille en bénéficiant de leur statut marital légalement établi dans l'État membre d'accueil, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans l'État membre d'origine, laquelle est définie par le droit national et relève, ainsi qu'il a été rappelé au point 47 du présent arrêt, de la

compétence des États membres. En effet, elle n'implique pas, pour ce dernier État membre, l'obligation de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de garantir la reconnaissance de tels mariages, conclus dans l'État membre d'accueil conformément au droit de celui-ci, et cela aux fins de l'exercice des droits que ces citoyens tirent du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 5 juin 2018, *Coman e.a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, point 45, ainsi que du 14 décembre 2021, *Stolichna obshtina*, rayon « Pancharevo », C-490/20, EU:C:2021:1008, points 56 et 57).

62 Ainsi, une telle obligation de reconnaissance ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre d'origine.

Document n° 8 : Extraits de Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC

Le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le 23 avril 2013 [...]

14. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ;

15. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi. . . Doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter

différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ;

16. Considérant que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;

- SUR LE MARIAGE :

En ce qui concerne le paragraphe I de l'article 1^{er} :

17. Considérant que l'article 1^{er} de la loi rétablit un article 143 du code civil dans le chapitre I^{er} du titre V du livre I^{er} du code civil, consacré aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ; qu'aux termes de cet article : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » ;

18. Considérant que, selon les requérants, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; qu'ils font en outre valoir que la modification de la définition du mariage porterait atteinte aux exigences du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

19. Considérant que les sénateurs requérants font également valoir que l'article 34 de la Constitution ne fait référence qu'aux « régimes matrimoniaux » ; que, par son caractère fondamental, la définition du mariage relèverait de la compétence du constituant ; que le mariage entre personnes de même sexe méconnaîtrait un « enracinement naturel du droit civil » selon lequel l'altérité sexuelle est le fondement du mariage ; que l'ouverture du mariage à des couples de même sexe « détournerait l'institution du mariage à des fins étrangères à l'institution matrimoniale » ; qu'enfin,

l'importance du changement opéré par les dispositions contestées dans la définition du mariage porterait atteinte, à l'égard des personnes mariées, à la liberté du mariage et au droit au maintien des conventions légalement conclues ;

20. Considérant, en premier lieu, que les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes ; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 34 de la Constitution ne confierait pas au législateur la compétence pour fixer les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage doit être écarté ;

21. Considérant, en deuxième lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme ;

22. Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que

la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ;

23. Considérant, en quatrième lieu, que les dispositions de l'article 1^{er} ne portent aucune atteinte aux droits acquis nés de mariages antérieurs ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et au droit au maintien des conventions légalement conclues, qui résulte de son article 4, doit être écarté ;

24. Considérant, en cinquième lieu, que les dispositions de l'article 1^{er} n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger au principe selon lequel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des principes du droit international public et du quatorzième alinéa du Préambule de 1946 doivent être écartés ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France ;

25. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'article 143 du code civil ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles précitées [...]

Document n° 9 : Ph. Malaurie, « Le mariage pour tous et la “décrétinomanie” contemporaine », LPA 5 avr. 2013, p. 11

1. Au 12 février dernier, a été adopté à l'Assemblée nationale le projet de loi curieusement intitulé par l'opinion « Le mariage pour tous », ce qui est fallacieux. D'abord parce qu'il n'est pas « pour tous », puisqu'est maintenue la prohibition des mariages incestueux. Pour Claude Lévi-Strauss, « la prohibition de l'inceste est le tabou de l'humanité tout entière et la règle même de l'échange ». Il ajoutait que « la règle du don par excellence (...) (l'inceste) est socialement absurde avant d'être moralement coupable »¹. Pourtant, comme on le verra, le « mariage pour tous » porte en germe la disparition de cet interdit.

Le « mariage pour tous » est également une expression mensongère, parce que ce qui est en cause ce n'est pas tant le mariage pour les homosexuels que la filiation à laquelle

ces derniers aspirent bien que la nature les en empêche ; comme l'a dit une récente chronique de Laurent Aynès : « La méthode choisie par le projet de loi contrevient doublement aux exigences élémentaires de la loyauté dans le gouvernement d'une démocratie. L'accent est mis sur l'accès au mariage — c'est le titre du projet de loi — parce que l'on croit que celui-ci ne soulèvera que de faibles protestations. La filiation adoptive est présentée comme une conséquence inéluctable du mariage, ce qui, croit-on, permettra d'éluder le débat sur la parentalité (...). Alors que le mariage ne constitue plus l'accès à une filiation privilégiée, que la procréation est dotée d'un statut identique dans le mariage et hors mariage, celui-ci devient la seule porte d'accès à la filiation pour les couples du même sexe,

¹. C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Plon, 1962, p. 76.

par la voie de l'adoption et, demain sans doute, de la PMA »².

Le mariage est en effet lié à la génération. Changer la définition du mariage en cessant d'en faire une union entre l'homme et la femme, c'est mettre en cause le sens de la génération. Comme l'a écrit récemment le Grand rabbin de France Gilles Bernheim : « Le mariage n'est pas uniquement la reconnaissance d'un amour, c'est une institution qui articule l'alliance de l'homme et de la femme avec la succession des générations »³.

Bien qu'à plusieurs reprises j'ai manifesté mon hostilité à ces projets de réforme, soit avec un de mes coauteurs, Hugues Fulchiron ⁴, soit seul⁵, j'essaierai aujourd'hui de débattre du pour et du contre. Mais malgré mon désir d'un débat objectif avec moi-même, je ne peux échapper à la forte hostilité que ce projet suscite en moi.

2. Pour se résumer en deux arguments principaux : l'égalité et le refus de la discrimination. S'y ajoutent d'autres arguments, moins importants.

3. Dans l'argumentaire principal, est d'abord invoquée l'égalité entre les couples en se référant surtout à l'égalité avec les couples hétérosexuels, qui peuvent se marier, alors que les couples homosexuels ne le peuvent pas : il faudrait mettre fin à ce privilège, comme la nuit du 4 août avait en 1789 réalisé l'égalité civile. Mais l'égalité des couples implique aussi l'égalité entre les couples homosexuels masculins et les couples homosexuels féminins, dont le texte adopté par l'Assemblée nationale ne parle pas, ce qui n'ira pas sans mal car, au moins à l'égard de la procréation qui est au cœur du débat, la femme n'est pas fabriquée de la même manière que l'homme et, sans aucun doute, la Cour européenne des droits de l'Homme imposera à ce « mariage » homosexuel la gestation pour autrui.

4. Le deuxième argument principal le plus souvent invoqué dans le débat en faveur du mariage homosexuel est le refus des discriminations fondées sur l'« orientation sexuelle ». Jusqu'ici, la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé de retenir ce grief, mais en se fondant sur l'absence de consensus européen, donc susceptible d'évoluer⁶.

Consensus ou pas, il n'y a pas de discrimination, car la différence des couples homosexuels et hétérosexuels à l'égard du mariage est essentielle. Le couple homosexuel ne porte pas en lui la possibilité d'une procréation et il ne peut y parvenir que par l'adoption pour les lesbiennes et par la procréation médicalement assistée, et pour les hommes la gestation pour autrui.

Or pour qu'il y ait discrimination, il faut qu'entre deux situations analogues soit établie une différence de statut : entre une union homosexuelle et une union hétérosexuelle, il y a une différence congénitale dans le pouvoir de procréer : que l'une soit susceptible de mariage, non l'autre, ne constitue pas une discrimination.

5. À ces deux arguments principaux, s'en ajoutent d'autres, secondaires, parfois inconsistants : la promesse présidentielle, les exemples étrangers, l'évolution du mariage, les sondages, les règles de la démocratie, la menace de l'homophobie et la laïcité.

6. La promesse du président de la République pendant la campagne présidentielle. Argument peu rationnel et encore moins convaincant, d'autant plus que, depuis l'élection de François Hollande, beaucoup de ses promesses n'ont pas été tenues : pour n'en donner qu'un exemple tout récent, la taxation fiscale à 75 % des revenus supérieurs à un million d'euros a été annulée par le Conseil constitutionnel⁷ : le président a été et probablement sera obligé de se plier aux réalités, ou, pour employer le langage emphatique de notre temps, au « principe de réalité ».

7. Les précédents de nombreux pays d'une civilisation analogue à la France : Pays-Bas, Belgique, Espagne, Suède, etc., la Grande-Bretagne peut-être demain, le président Barack Obama aux États-Unis lors de la dernière campagne présidentielle. La France ne devrait pas se couper du « vent de l'histoire ».

Ce n'est pas vrai : l'immense majorité des pays du monde ignorent le mariage homosexuel et parfois s'y opposent avec vivacité. D'abord, tous les pays non occidentaux, notamment les pays musulmans, où ils voient un des signes de la décadence des pays occidentaux — à la fois sa preuve, sa cause et son effet.

Mais aussi la majorité des pays occidentaux : des États des États-Unis d'Amérique — 35 des 50 États ont récemment voté pour introduire dans leur Constitution la définition traditionnelle du mariage — une union entre un homme et une femme. Il en est de même, actuellement, de l'Union européenne (Allemagne, Autriche, Italie, Pologne, etc.).

8. Le mariage homosexuel serait imposé par le « sens de l'histoire » qui « libéralise » le mariage, ce que Rémy Libchaber, avec un esprit tout différent, appelle « l'exténuation » du mariage civil : « La revendication du mariage homosexuel est l'effet et non la cause de l'exténuation du mariage civil »⁸.

En simplifiant beaucoup, cette évolution va de la plénitude du mariage jusqu'à son « exténuation » : dans l'Ancien droit

² L. Aynès, «Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu» : *D.* 2012, 2750.

³ G. Bernheim, «Mariage homosexuel, homoparentalité, ce que l'on oublie souvent de dire», Essai consultable sur le site du Grand rabbin de France.

⁴ P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, in *Droit civil*, dir. P. Malaurie et L. Aynès, Defrénois, 2011, 4e éd., no 130.

⁵ P. Malaurie, «Le mariage homosexuel et l'union civile» : *JCP G* 2012, 1096.

⁶ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* : *JCP G* 2010, 1013, note H. Fulchiron ; *Dr. famille* 2010, comm. 143, note E. Lagarde.

⁷ Cons. const., 29 déc. 2012.

⁸ R. Libchaber, «La notion de mariage civil», in *Mélanges P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 344.

français, le mariage n'était pas seulement un contrat, mais aussi un sacrement de l'Église catholique ; avec la Révolution, il est devenu un « contrat civil »⁹ où Jean Carbonnier avait vu une « innovation de portée immense, un mariage laïc est institué, imposé comme unique forme du mariage. « Mariés municipaliter » s'esclaffaient les muscadins sur le passage des couples, à la sortie des mairies »¹⁰, ce qui, pour le même Jean Carbonnier, était la partie principale de ce qu'il avait appelé la « Constitution civile de la Nation », le vrai fondement stable de notre société : les constitutions constitutionnelles passent, le Code civil demeure.

Puis, lentement, à partir du troisième quart du XIX^e siècle, « l'exténuation » du mariage civil, selon le mot déjà cité de Rémy Libchaber, a mené en 1999 au pacs et à l'institutionnalisation juridique du concubinage, l'un et l'autre désormais ouverts aux partenaires du même sexe. La conjugalité cesse d'avoir une forme unique, le mariage. Et peut-être demain, le « mariage pour tous » ? Cette « exténuation » du mariage s'est donc faite par glissades, ou par la politique de l'artichaut, que l'on mange feuille par feuille.

9. Les sondages. Ils sont évolutifs. Hostiles au Pacs en 1999, en 2013 ils sont devenus favorables aux mariages homosexuels ; c'est en effet une loi sociologique constante : dès qu'une situation de fait anormale est légalisée, elle devient légitimée.

Mais les sondages ne sont pas seulement instables et évolutifs. Ils sont aussi équivoques. Favorables aujourd'hui au mariage homosexuel, ils sont hostiles à l'adoption par des « époux » homosexuels et encore plus à la procréation médicalement assistée et encore davantage à la gestation pour autrui.

Or ce qui est en réalité en jeu dans le débat sur le « mariage pour tous », c'est la filiation que peuvent produire les unions homosexuelles — l'homoparentalité. Ajoutons dans cette discussion sociologique sur les chiffres que cette revendication n'intéresse qu'une toute petite minorité de citoyens¹¹, alors qu'est en cause une des structures fondamentales de la société française : une toute petite minorité bouleverserait le visage de notre civilisation.

10. L'argument démocratique. La Gauche est au pouvoir et le « mariage pour tous » est un des programmes de la Gauche. L'argument est fragile, car il y a des socialistes — minoritaires — opposés, comme il y a des électeurs et des élus de la droite — très minoritaires lorsqu'il s'agit de la procréation médicalement assistée — à y être favorables.

11. Enfin, une foule d'arguments qui n'honorent pas l'actuel débat. Par exemple, critiquer le « mariage pour tous », ce serait être homophobe et par conséquent délinquant. Ou bien, dans notre société laïque où la religion est séparée de

l'État, les Églises n'auraient pas à intervenir sur « le mariage pour tous », alors que les principales confessions en France — catholique, protestante, juive et musulmane — ont très fortement manifesté leur opposition, ce qui vaut à l'Église catholique — à elle seule — d'avoir été souvent insultée à l'Assemblée nationale et qualifiée d'obscurantiste. Ces critiques sont infondées, car le mariage touche de très près à la religion, comme toute son histoire l'a montré et les différentes confessions religieuses ont le droit et le devoir de s'y intéresser.

À ces arguments favorables, s'opposent, plus nombreux et plus convaincants, ceux qui lui sont hostiles.

12. Contre se résume en deux arguments principaux.

Le double non-sens du « mariage homosexuel » et de l'homoparentalité. S'y ajoutent (comme dans le pour), d'autres arguments, parfois moins importants.

13. 1.- Dans l'argumentaire principal, est d'abord invoquée l'absurdité de l'expression de « mariage homosexuel ».

Depuis la nuit des temps, le mariage a toujours été l'union entre un homme et une femme. Sans doute, dans toute son histoire et son application contemporaine, il a eu et il a de nombreuses variantes, diversités plus ou moins profondes. Sa nature a tantôt été sacrée et religieuse, tantôt profane et purement civile. Les formes auxquelles est soumise sa conclusion sont multiples, allant du consensualisme total jusqu'aux ritualismes les plus compliqués, allant aussi de la pleine liberté jusqu'aux contrôles minutieux — familiaux, sociaux, économiques ou politiques. Mêmes diversités dans le fond : exogamie ou endogamie, monogamie ou polygamie, égalités ou inégalités entre les époux, indissolubilité (plus ou moins poussée) ou révocabilité (divorce plus ou moins facile selon qu'il est ou non unilatéral ou plus ou moins gratuit), unicité ou multiplicité (exemple romain : *justae nuptiae* et concubinat), tous les multiples visages du mariage, tous sauf sur l'anthropologie fondamentale de l'homme : l'homme est différent de la femme et le mariage donne la vie, précisément parce qu'il est l'union de la différence. Il n'a jamais existé dans l'histoire de mariage entre personnes du même sexe.

Vouloir instituer un « mariage homosexuel » ne serait pas seulement une rupture avec toute l'histoire de l'humanité, ce serait vouloir changer le sens des mots, conférant à la loi un pouvoir qu'elle n'a pas. La loi ne peut pas dire qu'un chapeau est une table et, si elle le dit, elle n'a pas de sens ; elle ne peut pas dire qu'un homme est une femme et, si elle le dit, elle n'a pas de sens ; elle ne peut pas dire que l'union entre deux personnes du même sexe est un mariage et, si elle le dit, elle n'a pas de sens. Et l'on retrouve ici l'énorme illusion contemporaine du législateur pantocrator, pantocrator parce

⁹. Constitution, 3-14 sept. 1791, T. II, art. 7.

¹⁰. J. Carbonnier, *Introduction à la famille, la loi, l'être, de la Révolution au Code civil*, Imprimerie nationale, 1989, Centre Georges Pompidou, p. XIII-XIX, reproduit dans *Écrits*, PUF, 2008, p.171.

¹¹. G. Bernheim, *op. cit.*

qu'il se croit tout-puissant, pourrait tout faire, comme un Dieu omnipotent. Les mots ont leur importance.

Le particularisme de l'union entre personnes du même sexe, qui ne se qualifie pas de mariage, a le mérite de se révéler par le langage, soulignant la réalité de cette union. Il est beaucoup plus vrai de parler du « compagnon » ou du « partenaire » de Michel Foucault (ou d'André Gide, ou de Marcel Proust, etc.) que de son « mari » — qui n'aurait aucun sens.

14. 2.- Le deuxième argument principal invoqué dans le débat à l'encontre du « mariage homosexuel » est l'homoparentalité.

L'enfant d'un « mariage homosexuel » ne peut résulter que d'une adoption et, pour les lesbiennes, d'une insémination artificielle ; il n'a donc plus un papa et une maman mais deux papas ou deux mamans, ou plutôt un papa numéro un et un papa numéro deux (ou une maman no 1 et une maman no 2), ce qui, pour la quasi-totalité de nos compatriotes, est inintelligible : comment l'enfant pourra-t-il dire : « Bonjour, Papa n° 1 » ou « Bonsoir, Papa n° 2 » ? Cette critique par les adversaires du « mariage pour tous » est sans cesse répétée : l'enfant a besoin d'avoir un père et une mère et risque de souffrir d'avoir deux pères ou deux mères.

15. À ces deux arguments principaux, s'en ajoutent d'autres, secondaires. Les différences morphologiques entre l'homme et la femme, l'équivoque du « mariage pour tous », les incohérences en droit international privé et l'inutilité sociale de cette loi.

16. L'inégalité devant la procréation médicalement assistée entre les homosexuelles femmes et les homosexuels masculins résulte de leur morphologie. Les premières peuvent se faire pratiquer une insémination artificielle par un tiers donneur qui, dans le Québec, peut résulter d'une « procréation amicalement assistée » (!) (cette jolie expression traduit des réalités peu ragoûtantes), ce qui peut poser de redoutables problèmes humains¹².

La seule manière pour les homosexuels masculins de recourir à cette procréation est la gestation pour autrui (les mères porteuses) que notre droit prohibe¹³, que notre Cour de cassation interdit¹⁴ et que l'opinion publique condamne très fortement¹⁵ — mais elle est versatile et la Cour européenne des droits de l'Homme l'imposera si la loi française entend l'exclure dans les « mariages homosexuels ».

17. Le « mariage pour tous » est équivoque et recouvre sept réalités très diverses.

— Ou bien certains, pour dépassionner le débat, proposent la même et nouvelle conjugalité pour tous, supprimant, pour tous, le mariage, le remplaçant, pour tous, par « l'union civile »¹⁶. Ce qui est stupéfiant. Le mariage est une réalité anthropologique fondamentale, universelle et ancestrale. Tenant à la nature humaine, au cœur, à l'esprit, au corps de tout homme et de toute femme, venant de la nuit des temps et recouvrant l'ensemble de l'humanité, la disparition du mariage en France à la demande d'une infime minorité démontrerait que l'impérialisme de la loi peut aboutir à des absurdités.

— Ou bien, le mariage homosexuel, sans autres effets que le mariage, sans conséquences de filiation : il ne servira pas à grand-chose et il n'est envisagé ni par le Gouvernement, ni par l'Assemblée nationale, ni par les groupes de pression homosexuels. L'essence du mariage, avait dit Jean Carbonnier, est la présomption de paternité qui pèse sur le mari de la mère « *pater is est, quem nuptiae demonstrant* »¹⁷. Le mariage est essentiellement lié à la paternité du mari.

— Ou bien, le mariage homosexuel avec adoption (ce qu'envisage le texte adopté par l'Assemblée nationale).

— Ou bien, le mariage homosexuel + l'adoption + la procréation médicalement assistée. Le texte actuellement adopté par l'Assemblée nationale ne le prévoit pas ; ce projet est réservé pour un prochain débat sur la réforme du droit de la famille ; mais c'est un débat inutile : s'il n'est pas prévu, la Cour européenne des droits de l'Homme l'imposera. Les homosexuels masculins ne pouvant, à cause de leur morphologie, la pratiquer, l'égalité entre tous les couples serait bafouée.

— Ou bien, le mariage homosexuel + l'adoption + la procréation médicalement assistée + la gestation pour autrui. Perspective exclue par la loi française puisque notre opinion ne paraît pas prête à admettre la gestation pour autrui mais la Cour de Strasbourg l'imposera.

— Ou bien, le mariage homosexuel + l'adoption + la procréation médicalement assistée + la gestation pour autrui + la polygamie¹⁸.

— Ou bien, le mariage homosexuel + l'adoption + la procréation médicalement assistée + la gestation pour autrui + la polygamie + la suppression de la prohibition des unions incestueuses : un père (ou un grand-père ou un arrière-grand-

¹². B. Moore, «Tenir compte de l'expérience québécoise : débattre avant d'agir» : Rev. de droit Assas févr. 2011, 87.

¹³. C. civ., art. 16-7.

¹⁴. À plusieurs reprises dans la même affaire : Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, Mennesson : D. 2009, 322, avis S. Sarcelet, note L. Brunet ; JCP G 2009, 2010, note A. Mirkovic et 1021, note L. d'Avout ; Defrénois 2009, 549, note J. Massip ; RTD. civ. 2009, 106, obs. J. Hauser — Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66486, 09-17130, 10-19053 (3 arrêts), Mennesson : D. 2001, 1064, note X. Labbé.

¹⁵. Par exemple : R. Frydman (pionnier en France de la procréation médicalement assistée), Convictions, Bayard, 2011, p. 106 : «Quelles que soient les bonnes intentions des parents biologiques, la maternité de substitution est une aliénation, une forme de prostitution».

¹⁶. X. Labbé, «Le mariage homosexuel et l'union civile» : JCP G 2012, 977 ; L. Sauton-Laguonie, «Remplacer le mariage par l'union civile» : Rev. de droit Assas févr. 2011, 90.

¹⁷. J. Carbonnier, La famille, PUF, 2002, Thémis, 21^e éd., p. 245.

¹⁸. J. Hauser, «Reconnaître toutes les formes de conjugalité et de parentalité» : Rev. de droit Assas févr. 2011, 98.

père) pourrait épouser son fils (ou sa fille) ou son petit-fils (ou sa petite-fille) ou son arrière-petit-fils (ou son arrière-petite-fille), épouser sa sœur (ou son frère) ; toutes les raisons qui prohibent l'inceste disparaissent en effet, puisqu'il n'y a aucun risque de consanguinité dans l'union homosexuelle¹⁹.

Qui ne voit que le mépris de la nature dans les relations sexuelles aboutit à l'horreur absolue ? Telle est la politique de l'artichaut mangé feuille par feuille : la méconnaissance des tabous fondamentaux.

18. Autre grief (et de taille) adressé à ces mariages. Hugues Fulchiron y a vu en droit international privé des mariages boîteux et des filiations incertaines : il conclut : « ne peut en résulter qu'incertitude pour les couples et insécurité pour les tiers. Quant aux enfants... »²⁰. Les articles 202-1 et 202-2 du Code civil prévus par le texte adopté par l'Assemblée nationale n'y changera rien²¹.

19. On pourrait continuer, par exemple que le Gouvernement veut faire oublier son impuissance et son incompetence à maîtriser l'effondrement économique et industriel de la France et le chômage, par des réformes sociétales. Montesquieu avait déjà relevé que « Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »²². Avant lui, au II^e siècle, Tacite avait prophétisé la décomposition de la société contemporaine par l'inflation législative : « *Plurimae leges corruptissima respublica* »²³. L'État se décompose en multipliant les lois. Aujourd'hui, il parvient même à la décrétinomanie.

20. La conclusion est simple : elle reprend un thème latent de cette courte étude : « Le mariage pour tous » est le témoin, la cause et l'effet de la décomposition de la société occidentale sauf si la France résiste aux pressions d'une petite minorité agissante et donne à la loi et à la famille leur noblesse.

¹⁹. E. Dubuisson, «Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'homme» : D. 2012, 2618.

²⁰. H. Fulchiron : JCP G 2012, 317.

²¹. C. civ., art. 202-1 : «Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle» – C. civ., art. 202-2 : «Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le

territoire duquel la célébration a eu lieu». Je doute que nos concitoyens soient prêts à admettre la célébration de mariages polygames en France, alors que la polygamie est en recul dans les pays qui l'admettent : ce «progrès» serait un immense recul.

²². Montesquieu, L'esprit des lois, L. XIX, ch. 17.

²³. Tacite, Annales, III, 27, 3.

Document n° 10 : P. Brunet et al., « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit” ? », D. 2013. 784

A l'heure où les feux de l'Université pâlisent à vue d'œil, on pourrait se féliciter d'apprendre que l'interpellation du Sénat par 170 universitaires - « tous professeurs et maîtres de conférences » - parvient à retenir l'attention de la presse grand public. Arguant de leur qualité de « juristes », nos collègues se reconnaissent pour « vocation » de « veiller au respect des libertés individuelles et à la protection par le droit des personnes les plus vulnérables » et d'alerter le Sénat sur « la grande violence faite aux enfants, délibérément privés d'une mère ou d'un père ». Enfin, ils disent ne pas pouvoir « se taire » et dénoncent à l'avance « l'inéluctable marché de la procréation à venir, la marchandisation du ventre des femmes les plus précaires et des enfants fabriqués pour satisfaire les désirs dont ils sont l'objet » (sic).

Face à ces juristes, il s'en trouve toutefois d'autres qui ne se sentent nullement touchés par la même vocation et pour qui une question préalable s'impose : en quoi l'alerte que sonnent nos collègues est-elle le résultat d'un savoir proprement juridique et peut-elle, en conséquence, s'autoriser de titres académiques, en général, et de la qualité de juriste universitaire, en particulier ?

La pétition des 170 collègues contre le mariage pour tous exprime les vues personnelles desdits signataires, lesquels ne sauraient parler « au nom du Droit ».

Oui, le projet de loi « implique un bouleversement profond du Droit, du mariage et, surtout, de la parenté ». C'est son objet même et il ne saurait dès lors être critiqué pour ce seul motif. Toute intervention législative en matière civile nous éloigne du code Napoléon, comme toute révision constitutionnelle déjoue les intentions de nos « pères fondateurs ». Être professeur de droit n'autorise pas pour autant à « parler au nom du droit » et à s'opposer, par principe, aux bouleversements du droit positif, et moins encore aux évolutions du droit du mariage ou de la parenté.

Jusqu'à preuve du contraire, le droit demeure l'expression d'une volonté politique et non la reproduction d'une incertaine réalité qui serait supérieure ou antérieure à celle, sublunaire, qui est la nôtre. En dépit des apparences que nourrissent les habitudes, il convient de rappeler que le droit civil procède toujours d'arrangements politiques et de montages juridiques. Lorsqu'il s'agit de les créer, le juriste ne peut prétendre à aucune compétence ou monopole particulier. Au mieux, le savoir juridique sera-t-il utile et pertinent lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre ces montages,

de leur donner consistance, cohérence, voire d'en montrer les lacunes ou les antinomies. Sans même défendre le projet de loi que l'Assemblée nationale a voté - car, précisément, une telle défense ressort des convictions politiques et morales de chacun -, il convient donc de dénoncer la méthode fallacieuse utilisée par nos collègues qui consiste à se fonder sur leur qualité de « juristes » pour dire ce qui est bien et ce qu'il faut penser.

Or, tout un chacun peut le vérifier, aucun des arguments de nos « résistants » - qui de la contestation d'une loi sur le mariage aboutissent à la dénonciation du « trafic d'enfants » (sic) et à la privation de parenté - n'est finalement juridique. Il s'agit au contraire d'affirmations morales qui essentialisent des catégories juridiques dans le but d'empêcher ou de faire apparaître comme impossibles les modifications du droit positif voulues par le législateur. On nous ressert, réchauffé, le plat des « catégories anthropologiques fondamentales », que l'on arrose d'une rhétorique pseudo-psychanalytique en vue de nous le rendre plus appétissant (l'enfant doit « se construire par référence à un père et une mère »). Mieux encore, on l'agrément d'une dénonciation des méfaits de la logique libérale, qui n'est, comme par hasard, jamais aussi néfaste que lorsqu'elle touche les mœurs mais reste bien souvent la seule possible lorsqu'il s'agit de l'économie, du travail et de l'entreprise.

Il y a quelques mois déjà, certains psychanalystes, répondant à leurs pairs qui croyaient voir dans l'homoparentalité l'arbre cachant une forêt de dangers pour l'équilibre de l'enfant, les invitaient à se taire (S. Faure-Pragier, « Homoparentalité : « psys, taisons-nous ! » », Le Monde, 25 déc. 2012). On ne peut que s'en inspirer aujourd'hui. Sur l'« admissibilité juridique » du mariage pour tous et l'homoparentalité, juristes, encore un effort : taisons-nous. Laissons le législateur faire son travail et ne donnons pas à l'avenir la couleur de nos propres angoisses. Aucune loi n'est jamais définitive ni définitivement appliquée telle qu'elle a été votée : en ce qui concerne celle sur le point de l'être, il sera toujours temps de la modifier si l'expérience en démontre les lacunes ou les défauts. Mais s'il s'agit de refuser, par principe, l'adoption d'une réforme dont nul ne se dissimule l'importance, il n'est pas besoin de faire profession de juriste : celle de moraliste suffit amplement. La stratégie des « 170 juristes » ne doit tromper personne et nos sénateurs n'ont rien à craindre : ils pourront voter le texte que leur transmet l'Assemblée sans risquer les foudres de Thémis.

Document n° 11 : H. Fulchiron, « Dix ans de mariage pour tous. Les couples de personnes de même sexe, des époux “comme les autres” ? », Dr. fam. 2023. 17

Il y a un peu plus de dix ans était votée la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous .

Dix ans déjà, ou plutôt dix ans seulement, tant les débats, le bruit et la fureur qui entourèrent le vote de la loi nous

semblent lointains aujourd'hui, comme l'écho d'une époque depuis longtemps révolue. Des milliers d'amendements, 109 heures de débats enflammés dans les hémicycles, une motion référendaire, un recours devant le Conseil constitutionnel : tous les moyens furent utilisés pour bloquer le projet, dans une ambiance parfois électrique. Hors de l'enceinte du Parlement, la « question » de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe passionna – et déchira – la société française, avec ces pétitions qui recueillirent plusieurs millions de signatures et ces centaines de milliers de personnes qui envahirent les rues pour manifester pro et surtout contra. Par leur ampleur, et parfois leur violence, les débats ont surpris, en France comme à l'étranger.

Faut-il vraiment s'en étonner ? Que les interrogations et, à certains égards, les angoisses qui traversent nos sociétés « post-modernes » se soient cristallisées sur la question de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe, n'était-il pas tout « naturel », si l'on ose dire ? Alliance et parenté : c'étaient les deux piliers de la famille qu'ébranlaient ou reconstruisaient, c'est selon, la loi ouvrant le mariage pour tous.

Dix ans après, quel bilan dresser de la loi « Taubira » ?

Si l'on s'intéresse, tout d'abord, à un bilan chiffré :

En 2022, 244 000 mariages furent célébrés en France, dont 7 000 mariages entre personnes de même sexe (à rapprocher des 220 000 mariages célébrés en 2021, année de COVID, dont 6 000 mariages entre personnes de même sexe). Le mariage entre personnes de même sexe reste donc très minoritaire. On observera seulement que l'âge moyen des époux de même sexe est plus élevé que celui des époux de sexe différent : 38,5 pour les femmes contre 37,2 ans ; 44 ans pour les hommes contre 39,6 ans.

Si l'on esquisse, ensuite, un bilan social, on ne peut que souligner un double paradoxe :

Premier paradoxe : quel contraste entre les débats de 2013 et ceux de 2021 et 2022, lorsque le législateur décida d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes (L. n° 2021-1107, 2 août 2021), puis l'adoption aux couples mariés comme aux couples non-mariés (L. n° 2022-219, 21 févr. 2022) !

Certes, il y eut quelques discussions, notamment sur les modalités d'établissement de la filiation en cas d'AMP dans les couples de femmes. Mais, dans la société, ce fut le calme plat, alors même que la question homoparentale était, plus encore que celle du mariage en tant que telle, au cœur des débats de 2013 (que l'on songe aux slogans de la Manif pour tous : « Un papa, une maman ! », « Défendons la famille naturelle ! »). Certains ne manqueront pas de dire que, pour l'assistance médicale à la procréation, la perspective de voir

l'enfant doté de deux mères ne suscitait sans doute pas les mêmes craintes, voire les mêmes fantasmes, que celle d'un enfant élevé par deux hommes, et que, pour l'adoption, de toute façon, il n'y a pratiquement plus d'enfant adoptable... Il n'en reste pas moins que les réformes furent votées dans un climat plutôt consensuel.

Les débats de 2013 auraient-ils été le dernier sursaut d'une certaine conception de la famille et de la société, sursaut de peur et d'inquiétude face à des bouleversements dont on mesurait mal l'ampleur ? Mais une fois le pas franchi... En ce sens, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 aurait contribué à l'acceptation sociale des époux de même sexe, non seulement parce que la loi couvre désormais ces couples de son manteau et que, légaliser, c'est légitimer, mais aussi parce que la poussée de fièvre de 2013 aurait permis, une fois la fièvre suée, comme eût dit Saint-Simon, de partir sur de nouvelles bases. À preuve, le large consensus qui entoure désormais le mariage pour tous dans l'opinion publique¹. Il faut cependant rester prudent car tous les milieux sociaux ne participent pas à ce consensus et aucune société n'est à l'abri d'un retour de flamme.

Second paradoxe : si l'acceptation des couples de personnes de même sexe est aujourd'hui si large, c'est aussi parce que ces couples se sont eux-mêmes « normalisés », c'est-à-dire qu'ils sont entrés dans la norme, qu'ils ont intégré la norme, en ce sens que, pour la plupart, ils se pensent, se comportent et se vivent « comme les autres » ou, plus exactement, comme des couples d'aujourd'hui parmi d'autres, et non comme des couples spécifiques. La reconnaissance légale dont ils ont bénéficié en 2013 aurait-elle aussi été pour la société une façon de les faire rentrer dans le rang, de les « normaliser », loin des fantasmes que pouvait susciter une certaine culture « gay » ?

Quoi qu'il en soit, ce phénomène de normalisation contribue sans doute au consensus social qui entoure ces couples.

Le bilan juridique de dix ans de mariage pour tous témoigne également de cette normalisation.

Quel bilan juridique ?

À vrai dire, le bilan est maigre pour le juriste. Presque rien...

Il y a eu, certes, la question du mariage entre personnes de même sexe en droit international privé, avec l'affaire des mariages marocains (Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059 : JurisData n° 2015-000872 ; Dr. famille 2015, comm. 63, A. Devers et M. Farge), mais ce ne fut qu'un ultime sursaut avant que chacun ne réalise que l'ordre public français défend aujourd'hui la liberté de se marier pour tous les couples.

¹. En 2023, 63 % des Français se déclaraient favorables au mariage entre personnes de même sexe ; 9 % seulement étaient opposés à toute forme de reconnaissance légale des couples de personnes de même sexe (V. l'étude publiée sur le site de la société de sondage Statista en mai 2023). Selon un sondage

réalisé par l'IFOP en 2019, 85 % des Français estimaient que l'homosexualité était une façon comme une autre de vivre sa sexualité : en 1975, 75 % étaient d'un avis contraire (V. IFOP, *Le regard des Français sur l'homosexualité et la place des LGBT dans la société*, juin 2019).

Il y a eu, et il y a encore, la question des couples de femmes qui ont construit leur projet parental en France ou à l'étranger, avant que la loi n° 2021-1107 du 2 août 2021 ne leur ouvre l'AMP, et qui, après la séparation, se battent autour de l'enfant, la femme qui a porté l'enfant s'efforçant de faire sortir la mère d'intention de la vie de l'enfant (P. Malaurie et H. Fulchiron, Droit de la famille : LGDJ, 8e éd., 2022, n° 1115 s., et réf. cit.). Mais ce n'est qu'un contentieux transitoire, compte tenu des dispositions des lois de 2021 et de 2022 (P. Malaurie et H. Fulchiron, Droit de la famille : LGDJ, 8e éd., 2022, n° 1116 s., et réf. cit.). Et, de toute façon, il n'est pas lié au mariage .

Pour le reste, rien : pas de jurisprudence particulière, pas de contentieux spécifique, pas même, semble-t-il, de demandes propres aux couples de personnes de même sexe, qu'il s'agisse de régimes matrimoniaux, de préparation de la succession ou de divorce ou, plus généralement, de séparation. Ce sont les mêmes problèmes et, lorsqu'il y en a, ce sont les mêmes conflits.

C'est ce qui ressort de la table ronde réunissant des praticiens du droit, dont on trouvera ci-après le compte-rendu. Magistrats, avocats, notaires, tous se désolaient car ils n'avaient rien de particulier à mettre en avant. Mais ce « rien » est passionnant : que 10 ans après le psychodrame de la loi « Taubira », le mariage pour tous soit devenu un non-problème, dit tellement de choses ! Cela semble signifier,

avant tout, que les couples de personnes de même sexe sont bien des couples « comme les autres » et que le titre choisi pour ce dossier anniversaire n'était ni si paradoxal, ni si provocateur.

Reste à éprouver l'hypothèse, car les causes d'une absence de contentieux peuvent être diverses : ce peut être parce qu'il n'y a pas de problème, mais ce peut être aussi parce que les personnes concernées se sentent en dehors du droit. À preuve, par exemple, la difficulté d'analyser le faible contentieux du Pacs ou du divorce sans juge...

Pour en savoir plus, quoi de mieux que d'élargir le débat à des pays qui, comme la France, ont ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe ? Le phénomène français se retrouve-t-il ailleurs ? Quoi de mieux également que d'ouvrir la réflexion sur d'autres champs que le droit civil et, en particulier, sur le droit social qui est sans doute le meilleur révélateur des évolutions sociétales ? Surtout, pour essayer de mieux comprendre le phénomène, il importe de s'intéresser à ces causes profondes avec l'aide des sociologues.

Et, peut-être concluons-nous que ce qui est étonnant, c'est moins le phénomène en lui-même, que notre propre étonnement... Ou, pour dire les choses autrement, que le plus beau cadeau d'anniversaire que l'on puisse imaginer pour une loi est qu'on ne pense même pas à le lui souhaiter !