

LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DE LA
FAMILLE

THE CONSTITUTIONALIZATION OF FAMILY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 474-495



Isabelle
SAYN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Les principes d'égalité et de non ingérence dans la vie privée et familiale ont conduit à des évolutions considérables du droit de la famille. Du point de vue des enfants, l'égalité est acquise quelles que soient les circonstances de la naissances dès lors que leur filiation a été établie. Mais le principe d'égalité n'a pas (encore ?) abouti à permettre dans toutes les hypothèses l'établissement d'un double lien de filiation. Du point de vue des adultes, les inégalités persistent entre les différents modes de conjugalité. L'accès à certains droit sociaux et à la protection patrimoniale liée aux régimes matrimoniaux ou au droit des successions reste réservé aux époux. Admettre le mariage des couples homosexuels revient à maintenir les inégalités entre les modes de conjugalité, au prétexte de la possibilité offerte aux membres du couple de choisir leur statut juridique. Dans ce processus, les juridictions françaises sont plutôt restées en retrait, se contentant souvent d'enregistrer des évolutions induites par les juridictions européennes ou par la loi nationale. Les évolutions ne résultent donc pas de la seule convocation de la Constitution mais bien plus de l'intégration de normes d'origine européenne au droit interne, y compris constitutionnel, sous l'influence de la jurisprudence de la CourEDH.

PALABRAS CLAVE: Famille; couple; filiation; égalité; droits fondamentaux.

ABSTRACT: *The principles of equality and non-interference in private and family life have led to family law to a considerable evolution. From the point of view of the children, equality is acquired, whatever the origin of the filiation, from the moment in which it has been established. However, regarding adults, differences persist: only married couples have access to certain social rights and to the protection derived from matrimonial economic regimes. In this process the French Courts have only evolved driven by european jurisprudence or by the national law itself. The evolution is not based on the mere invocation of the Constitution, but rather, as a consequence of the integration of rules of european origin in domestic law, including the constitutional one, as a consequence of the influence of the jurisprudence of the European Court of Human Rights.*

KEY WORDS: *Family; couple; filiation; equality; fundamental rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- 1. Une définition de la famille?.- 2. Constitutionnalisation ou fondamentalisation du droit de la famille?.- 3. Contrôle de constitutionnalité.- 4. Contrôle de conventionnalité. - 5. Les droits fondamentaux aux origines des évolutions du droit de la famille.- II. L'ÉGALITÉ DES ENFANTS AU-DELÀ DES MODES DE CONJUGALITÉ.- I. L'égalité des filiations.- 2. Le droit d'établir sa (double) filiation.- A) La filiation des enfants nés sous X.- B) Le double lien de filiation des enfants naturels.- C) Sanctionner le recours frauduleux à une technique de procréation médicalement assistée.- D) Empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un père décédé.- E) Ecarter l'établissement d'un deuxième lien de filiation d'un enfant né de relations incestueuses.- F) Empêcher l'établissement de la filiation homoparentale des enfants élevés par un couple homosexuel.- III. L'INÉGALITÉ PERSISTANTE DES DIFFÉRENTS MODES DE CONJUGALITÉ.- 1. L'égalité limitée des couples homosexuels et hétérosexuels par le mariage.- A) Le mariage pour tous.- B) La procréation assistée.- 2. L'égalité incomplète des modes de conjugalité en matière de protection sociale.- A) La marche vers l'égalité.- B) Et la pension de réversion?.- 3. L'inégalité des différents modes de conjugalité en matière patrimoniale.

I. INTRODUCTION.

I. Une définition de la famille?

Si le droit français a longtemps pris pour modèle la famille légitime et unie, celui-ci a volé en éclat depuis le milieu du 20^{ème} siècle. Les façons de “faire famille” se sont multipliées en même temps que les ruptures et remises en couple successives, avec ou en dehors du mariage, en présence ou pas d'enfants communs. Il n'est donc plus possible de s'appuyer sur une notion partagée qui ferait office de définition implicite.

Il n'en reste pas moins que la “famille” est l'objet de multiples dispositions juridiques. En premier lieu, on identifie parmi elles des règles qui relèvent du droit civil et qui construisent des liens juridiques de nature familiale, liens auxquels sont attachés des droits et des devoirs. C'est le cas, s'agissant des membres du couple, lorsque le droit instaure le mariage, mais aussi et dans une moindre mesure un partenariat conventionnel (le PACS pour la France), en définissant les modalités d'entrée et de sortie dans ce statut. C'est le cas également lorsque le droit instaure un lien de filiation, là encore en définissant des modalités d'établissement et d'annulation de ce lien et organisant les relations personnelles et patrimoniales entre les parents et de leurs enfants.

• Isabelle Sayn

Directrice de recherche au CNRS, Centre Max Weber (UMR 5283), Université de Lyon (France). Correo electrónico: Isabelle.SAYN@cnrs.fr

On identifie parallèlement des règles qui ne participent pas à la construction de liens juridiques de nature familiale mais qui attachent des droits à des liens de famille juridiquement reconnus, établis par les premières. Elles organisent les droits et obligations des personnes au regard de leur statut familial, tels que les obligations alimentaires, l'attribution de l'autorité parentale ou encore les droits de succession, pour ne donner que ces exemples. On identifie enfin des règles qui ne participent pas à la construction de liens juridiques de nature familiale et qui attachent des droits à des relations de nature familiale, sans se préoccuper de savoir si ces liens sont sanctionnés par le droit (mariage, filiation) ou pas. L'existence d'un couple de fait ou l'établissement de relations de nature parentale entre un enfant et un adulte, au titre de la notion de "personne à charge" par exemple, peuvent ainsi entraîner des conséquences au plan de la protection sociale, indépendamment de l'existence d'un lien de famille préalablement établi sous l'autorité du droit civil.

Les règles d'institution de liens de famille comme les règles leur attachant des droits et obligations ont fortement évolué, en particulier au nom de l'égalité. Alors que l'objet "famille" renvoyait à une approche traditionnelle qui prévalait généralement devant les juridictions françaises et qui structurait leurs interprétations, cette tradition a été bousculée ces dernières décennies. C'est donc l'ensemble de ces liens institués et des droits qui y sont rattachés qui peuvent faire l'objet de l'analyse à l'aune de leur constitutionnalisation. Dans ce processus, les juridictions françaises sont plutôt restées en retrait, se contentant souvent d'enregistrer des évolutions survenues par ailleurs, au niveau des juridictions européennes ou du fait de la loi. Si les droits fondamentaux ont pris une grande part dans ces évolutions, spécialement le principe d'égalité, leur application à la matière familiale ne résulte donc pas de la seule convocation de la constitution mais bien plus de l'intégration de normes d'origine européenne au droit interne, y compris constitutionnel, tout spécialement sous l'influence de la jurisprudence de la CouEDH.

2. Constitutionnalisation ou fondamentalisation du droit de la famille?

La revendication de droits identiques dans des situations jugées comparables s'est affranchie de l'existence de liens de droit et s'est appuyée sur des textes d'une valeur supérieure à la loi nationale. La mobilisation de ces textes a bousculé l'ordre interne. Elle a conduit un mouvement d'égalisation des droits et obligations ou bien en octroyant à des situations de fait des droits et obligations initialement réservés à des situations de droit sanctionnées par l'existence d'un lien juridique de famille, ou bien en modifiant les règles de construction même des liens de famille. Pour la France, le terme de constitutionnalisation du droit de la famille est cependant abusif, au sens où les règles régissant la famille n'ont pas acquis pour autant une valeur constitutionnelle. Simplement, les textes de valeur législative ont

beaucoup plus souvent qu'auparavant fait l'objet de contrôles de conformité, que ce soit à l'égard de la constitution ou à l'égard de la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH).

3. Contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de constitutionnalité tel que prévu par la constitution de 1958 était particulièrement limité, tant du point de vue des textes de référence que du point de vue des conditions de ce contrôle. Le Conseil Constitutionnel a su élargir les textes de référence dans lesquels il puise pour exercer son contrôle en créant, pas deux décisions successives, un "bloc de constitutionnalité" qui englobe non seulement la constitution de la 5^{ème} République (1958) mais aussi le préambule de la constitution de 1946¹ et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC, 1789). La réforme des modalités de saisine du conseil a parallèlement renforcé sa place, jusqu'à la loi organique du 10 décembre 2009 instaurant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Depuis, et depuis seulement, un particulier peut saisir le Conseil, y compris pour le contrôle d'une disposition déjà entrée en vigueur, dès lors que cette disposition lui est opposée à l'occasion d'une procédure juridictionnelle. Le nombre de décisions rendues s'est donc considérablement accru, dans les domaines les plus variés. Le Conseil Constitutionnel issu de la Constitution de 1958, institution essentiellement politique, ressemble dorénavant beaucoup plus à une véritable juridiction constitutionnelle, au point qu'il est maintenant question de supprimer la participation automatique des anciens présidents de la République à ses délibérations.

Le Conseil Constitutionnel ainsi reconfiguré a reconnu au fil des ans l'existence de plusieurs droits fondamentaux mobilisables dans le cadre des relations familiales, qu'il s'agisse du principe d'égalité, du droit à une vie familiale normale ou du droit au respect de la vie privée. Dorénavant, le principe d'égalité trouve sa source dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC, 1789)², qui dispose que la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse". Selon le Conseil, ce texte n'empêche pas pour autant de traiter différemment des situations jugées différentes et il admet des dérogations dès lors qu'elles sont suffisamment justifiées par la protection de l'intérêt général

1 Les dispositions du Préambule de la Constitution de la 4^{ème} République (1946) concernant directement la famille sont ses alinéa 10 ("La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" et éventuellement 11 ("Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos, les loisirs ... "). Ces textes peuvent être utilisés par le Conseil pour affirmer l'obligation de l'Etat d'assurer une protection sociale minimale, sans que cette affirmation ne l'ait jamais conduit à déclarer inconstitutionnel un texte relatif à la protection sociale.

2 Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

“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”³. Le droit à une vie familiale normale est fondé selon le Conseil sur l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946, au terme duquel “La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement”, tandis que le droit au respect de la vie privée a trouvé sa source d'abord dans l'article 66 de la Constitution (1958) confiant la protection de la liberté à l'autorité judiciaire, ensuite dans l'article 2 de la DDHC protégeant la liberté comme une droit imprescriptible⁴. Une éventuelle atteinte au droit au respect de la vie privée doit donc être dûment justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur, sans quoi elle justifierait une déclaration d'inconstitutionnalité. La jurisprudence constructive du Conseil constitutionnel ne peut pas être comprise indépendamment des évolutions corrélatives de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme (CourEDH). Bien que le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionalité des lois qui lui sont soumises, les droits fondamentaux qu'il a déduit de la lettre de la Constitution font en effet écho aux droits fondamentaux tels qu'ils sont analysés par la CourEDH⁵.

4. Contrôle de conventionnalité.

Parallèlement à cette évolution, la Cour de cassation française, juridiction suprême de l'ordre civil et donc compétente pour produire des interprétations éventuellement constructives du droit de la famille, s'est reconnue compétente pour procéder à un contrôle de la conformité des lois à la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH). Ceci constitue une voie supplémentaire de fondamentalisation du droit de la famille, sans pour autant que l'on puisse parler de constitutionnalisation. Il n'en reste pas moins que c'est l'ensemble que constitue la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la jurisprudence de la Cour de cassation qui a été sollicité pour participer aux évolutions du droit, la première sur la base d'une lecture constructive de la Constitution, la seconde sur la base d'une lecture du droit interne à l'aune de la CEDH telle qu'interprétée par la CourEDH.

5. Les droits fondamentaux aux origines des évolutions du droit de la famille.

Les évolutions du droit de la famille doivent cependant plus à la jurisprudence de la CourEDH et à l'intervention de la loi qu'à la jurisprudence de ces deux instances. Ainsi, lorsque la question du mariage entre personnes de même sexe a été soulevée, ces deux autorités ont refusé de s'écarter d'une définition traditionnelle de la famille, en arguant de la nécessité de ne pas empiéter sur le rôle

3 Voir par exemple Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011.

4 La constitutionnalisation de la vie privée, MAZEAUD Vincent, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 48, 2015, p. 7.

5 Sur cette analyse, voir par exemple, *Les grands arrêts des droits fondamentaux*, Dalloz, p. 234 s.

du législateur et en refusant corrélativement de toucher à la fabrication des liens de famille. Il s'agit clairement d'une autolimitation par le Conseil constitutionnel lui-même de son pouvoir de contrôle, qui refuse ainsi d'instaurer un "gouvernement des juges" en laissant les choix déontologiques, philosophiques ... au législateur dès lors qu'il s'agit de "questions de sociétés"⁶.

Cette abstention s'explique également comme illustrant le respect, par le Conseil constitutionnel, de la nature première des droits de l'homme, qui sont des "droits-libertés" et non pas des "droits-créances". Parce qu'ils sont de droits-libertés, ces droits fondamentaux ne pourraient que protéger les citoyens contre des intrusions de l'autorité publique dans leur sphère d'intimité. Ils ne sauraient en revanche justifier l'octroi de droits nouveaux, y compris de droits civils nouveaux, tels que le droit au mariage. Cette distinction classique, souvent mobilisée pour disqualifier les droits *sociaux* fondamentaux, également qualifiés de "droits de deuxième génération", permet aux juges de ne pas sanctionner l'Etat en raison de son inaction. Elle permet ici de justifier le refus du Conseil constitutionnel d'imposer au législateur, au nom de la Constitution, l'admission de situations nouvelles comme pouvant faire l'objet de liens familiaux juridiquement sanctionnés. A cette abstention du Conseil Constitutionnel s'ajoute une position constante de la Cour de cassation : la haute juridiction refuse d'utiliser son pouvoir d'interprétation pour assimiler des situations de fait (couples de fait, exercice d'une responsabilité parentale) à des situations de droit (mariage, filiation) pour en tirer des effets de droit (autorité parentale, obligations alimentaires, adoption de l'enfant du conjoint, régime matrimonial des biens des époux, successions...). A défaut de dispositions légales, l'existence d'un couple non marié ne saurait ouvrir tout ou partie des droits liés à la situation d'un couple marié. De même, l'existence de relations "de nature parentale" ne saurait ouvrir tout ou partie des droits attachés à un lien de filiation.

Face à cette abstention, le rôle joué par les règles légales qui construisent les liens juridiques de famille et octroient le statut juridique d'"époux", de "parent de" et "d'enfant de" a donc été essentiel. Or c'est précisément sur ce terrain que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est restée en retrait, en renvoyant à la compétence du législateur⁷. Les effets déduits par les juges de la référence au droit constitutionnel ou aux droits fondamentaux sur le traitement juridique de la famille ont donc été relativement limités. C'est plutôt le législateur qui, tirant les conséquences des évolutions à la fois juridiques, au plan européen, et

6 Sur cette analyse, voir CHENÉDÉ, F.; DEUMIER, P.: "Le droit des personnes et de la famille, une zone de non-conrôle constitutionnel ?", *Les Nouveaux cahiers de Conseil constitutionnel*, n° 39, Dossier: La constitution et le droit des personnes et de la famille, 2013.

7 La CourEDH a pu retenir un raisonnement comparable, en considérant l'absence de consensus sur telle ou telle question et notamment celle du mariage entre personnes du même sexe. Mais il s'agissait alors de ne pas trancher un débat en cours entre plusieurs législations nationales.

sociales, a transformé profondément la figure traditionnelle de la famille, sous le contrôle limité du Conseil constitutionnel. Cependant, en admettant au sein de la "famille" des figures qui n'y avaient pas leur place au préalable, en particulier les couples homosexuels, le législateur a aussi confirmé, a contrario, que l'on ne saurait assimiler des situations de fait à des situations juridiquement construites. On peut donc considérer que la notion même de "famille" en sort renforcée, dans la mesure où les droits et obligations traditionnellement attachés à des liens de famille juridiquement construits restent attachés à de tels liens. Simplement, la possibilité d'établir ces liens a été ouverte à des situations nouvelles.

Quelle qu'en soit l'origine, il n'en reste pas moins que ces dernières décennies ont été un moment d'évolution considérable des droits concernant les relations familiales et leurs conséquences juridiques, à l'aune des droits fondamentaux. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous aborderons ici l'émergence - et les limites - de l'égalité des enfants face aux différentes modes de conjugalité (I) avant d'aborder l'inégalité persistante des différents mode de conjugalité (II).

II. L'ÉGALITÉ DES ENFANTS AU-DELÀ DES MODES DE CONJUGALITÉ

Au fil des décennies, les discriminations dont faisaient l'objet les enfants en raison des circonstances de leur naissance ont été progressivement supprimées, au point que les termes de "filiation naturelle", qui visaient les enfants nés en dehors du mariage et de "filiation légitime" ont disparu du code civil. Les conséquences attachées à la filiation en mariage ou hors mariage (autorité parentale, nom, successions ...) étant devenues identiques, le débat s'est déplacé sur l'établissement à la filiation.

I. L'égalité des filiations.

Le lien de filiation étant établi, l'égalité des droits de tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance a été achevée au tout début du 21^{ème} siècle. Cet acquis doit être associé à la jurisprudence de la CourEDH : sa condamnation de la France par l'arrêt *Mazurek*⁸ a conduit au vote de loi du 3 décembre 2001 établissant l'égalité successorale entre tous les enfants, mettant ainsi tardivement le droit français en accord avec le principe d'égalité des enfants⁹. Les débats les plus récents ne portent donc plus sur cette question, dorénavant

8 CEDH, 1er févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*

9 La CEDH a, plus récemment, refusé de condamner la France en raison des dispositions transitoires de cette loi, qui limite son application aux successions à venir et aux successions ouvertes qui n'ont pas encore fait l'objet d'un partage. Le but poursuivi et particulièrement la sécurisation des droits acquis dans un affaire où la donation-partage critiquée (entre les seuls enfants légitime) remontait à l'année 1970 constituait une justification objective et raisonnable de l'atteinte au droit de l'enfant adultérin, *Fabris contre France* (CEDH, 5e sect., 21 juill. 2011, n° 16574/08).

acquise. Il porte sur le droit d'établir sa filiation, dans des situations où il est traditionnellement admis qu'il n'y a pas lieu de l'établir.

2. Le droit d'établir sa (double) filiation.

Le droit d'établir au moins un lien de filiation, s'il a pu être discuté, est aujourd'hui réglé d'une façon générale par l'application de l'adage *Mater semper certa est* à toutes les naissances, écartant ainsi la nécessité d'une reconnaissance par la mère ou les difficultés liées à l'établissement de la filiation par possession d'état : la filiation maternelle est désormais établie par la seule désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 311-25 C. civ.) ; sur ce point, reste seulement le débat concernant les accouchements pour lesquels la mère a demandé le secret de la naissance, dit accouchement sous X. En dehors de cette situation, c'est le droit d'établir un *double* lien de filiation qui reste discuté.

A) La filiation des enfants nés sous X.

La loi peut-elle empêcher l'établissement des filiations paternelle et/ou maternelle de ces enfants ? et à défaut d'établissement d'un lien de filiation, la loi peut-elle s'opposer à la communication à l'enfant des informations sur ses origines ? La CourEDH comme le Conseil constitutionnel ont admis respectivement la conventionalité et la constitutionnalité de l'accouchement anonyme, avec comme conséquences possibles l'impossibilité pour l'enfant à la fois d'établir ses filiations maternelle et paternelle et de connaître ses origines. La CourEDH a considéré que l'équilibre des intérêts en présence était suffisamment préservé et n'excédait pas la marge de manœuvre dont disposent les Etats. Le Conseil constitutionnel a considéré pour sa part qu'il ne lui appartenait pas de se substituer au législateur pour évaluer l'équilibre entre une préoccupation de santé publique et les intérêts en présence¹⁰. Notons cependant que les dernières évolutions législatives ont d'une part supprimé la fin de non-recevoir aux actions en recherche de maternité qui avait été instaurée par une loi du 8 janvier 1993, d'autre part – anticipant une possible condamnation par la CourEDH – créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles dont l'objectif est de conserver, s'il y a lieu, les données identifiantes de la mère et de faire le lien entre la mère et l'enfant, à la demande de l'un ou de l'autre, sous la condition préalable de leur accord (loi du 22 janvier 2002). La situation du père qui souhaiterait établir un lien de filiation avec l'enfant né sous X a également été abordée : l'établissement d'un lien de filiation est possible, sous réserve des difficultés d'identification de l'enfant qui s'opposeraient, de fait, à sa reconnaissance¹¹. Cette reconnaissance est même susceptible de

¹⁰ C. Constit. 16 mai 2012, n°2012-248, QPC.

¹¹ La reconnaissance est l'acte par lequel le père déclare devant un officier d'état civil être le père de tel enfant né ou à naître et qu'il désigne, ce qui suppose a minima d'avoir connaissance de la grossesse.

paralyser une procédure d'adoption, sous réserve de survenir suffisamment tôt : toute procédure relative à la filiation reste impossible dès lors que l'enfant a été adopté ou a été placé en vue de son adoption.

B) Le double lien de filiation des enfants naturels.

La première vague d'évolution législative a donné la possibilité aux enfants naturels de faire établir leur filiation paternelle dans des circonstances où elle leur était déniée auparavant, considérant pour l'essentiel qu'il n'y avait de paternité que légitime – ou volontaire. L'action en établissement était alors fermée, parfois par des “cas d'ouverture” restrictifs, parfois par l'établissement préalable d'une filiation légitime, prioritaire, acquise automatiquement par application de la présomption de paternité. Même si les modalités d'acquisition de la filiation restent différentes (la présomption de paternité s'applique dans le cadre du couple marié seulement), l'ouverture des modes d'établissement de la filiation est aujourd'hui acquise, y compris face à une filiation paternelle légitime automatiquement établie. Cette évolution, législative¹², ne doit rien à la Constitution mais fait écho à l'interprétation de la CourEDH selon laquelle le droit au respect de la vie familiale implique un droit national “rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille”¹³. Cette règle n'est cependant pas regardée comme absolue et le législateur, parfois conforté par le Conseil constitutionnel ou la Cour de cassation, continue d'y déroger, que ce soit pour sanctionner le recours frauduleux à une technique de procréation médicalement assistée, pour préserver la dignité des pères prétendus mais décédés, pour empêcher la reconnaissance juridique d'une relation incestueuse ou encore pour empêcher l'établissement d'une filiation homoparentale. Ces différents cas de figure ont fait l'objet de développements variables, à partir d'une articulation du droit interne et du droit conventionnel.

C) Sanctionner le recours frauduleux à une technique de procréation médicalement assistée.

C'est sur l'argument de l'intérêt de l'enfant et du respect de sa vie privée que la CourEDH a récemment condamné la France qui n'acceptait pas de tirer les conséquences, sur son territoire, d'une naissance obtenue à l'étranger par le recours à une mère porteuse. La convention de mère porteuse étant interdite en France, la Cour de cassation avait en effet considéré que l'indisponibilité de

12 C'est la loi du 3 janvier 1972 qui a proclamé le principe d'égalité des filiations, tout en conservant des limites à l'établissement de la filiation naturelle et des droits réduits pour les enfants naturels adultérins. Les conditions d'établissement de la paternité furent assouplies par les lois du 25 juin 1982 et du 8 janvier 1993 et l'ordonnance du 4 juillet 2005 vint reconstruire un droit de la filiation mis à mal par les interprétations jurisprudentielles dont il avait fait l'objet. Cette ordonnance supprime la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, elle a été ratifiée – et modifiée à cette occasion – tardivement, par la loi du 16 janvier 2009.

13 CEDH 14 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31.

l'état des personnes et la fraude à la loi s'opposaient à la reconnaissance en France de la maternité pour autrui, y compris de façon indirecte, par la transcription en France d'actes de naissance établis à l'étranger¹⁴, rendant ainsi inopérante la reconnaissance faite par le père biologique de l'enfant¹⁵. Confirmant deux arrêts de condamnation¹⁶, la CourEDH a de nouveau condamné la France sur la base de deux décisions rendues en 2013 l'une par la Cour de cassation¹⁷, l'autre par la cour d'appel de Rennes¹⁸, tout en prenant acte du revirement de jurisprudence opéré entre temps, par deux arrêts du 3 juillet 2015¹⁹. La cour suprême française reconnaît dorénavant l'obligation pour le Service central de l'état civil de transcrire sur les registres français les actes de naissance étrangers, dès lors qu'ils ne sont ni irréguliers ni falsifiés et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité²⁰. L'établissement de la filiation à l'égard de l'un des membres du couple permettra ensuite de procéder à l'adoption de l'enfant du conjoint – à la condition d'un mariage préalable.

D) Empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un père décédé.

Sur ce terrain, la CourEDH a condamné le droit français en ce qu'il exclut la possibilité de procéder à une expertise génétique post-mortem dans le cadre d'une recherche de paternité, interdisant de fait l'établissement du lien de filiation paternelle. La cour considère qu'une telle expertise génétique doit être admise dès lors qu'elle est la seule solution offerte au demandeur pour connaître ses origines, y compris après le décès du père prétendu, peu important que l'on puisse remettre en cause la réalité du consentement préalable du de jure. Elle considère que les arguments de la sécurité juridique et du droit à ne pas être soumis à un tel examen ne sauraient ici valablement s'opposer au droit à connaître ses origines²¹. Le Conseil constitutionnel a cependant affirmé, trois mois plus tard seulement, qu'il appartient au législateur de déterminer les règles de preuve applicables en matière d'établissement et de contestation des liens de filiation, sauf à prévoir des dispositions qui seraient jugées contraires à la constitution. Il considère "qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts" et qu'il ne saurait substituer

14 Cass. Civ. I^{ère}, 6 avril 2011 (3 arrêts), D. 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrecht ; Cass. Civ. I^{ère}, 13 septembre 2013 (2 arrêts), note H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, D. 2013, p. 2349.

15 Cass. Civ. I^{ère}, 19 mars 2014, note H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, D. 2014, p. 905.

16 CEDH, 26 juin 2014, aff. Menesson et aff. Labassee, 65192/11 et 65941/11.

17 CEDH, 21 juillet 2016, Bouvet c. France.

18 Rennes, 8 janvier 2013 ; CEDH, 19 janv. 2017, Laborie c/ France.

19 Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002, P+B+R+

20 Mais la véracité des faits retranscrits, notamment la paternité biologique du père déclaré, est une condition nécessaire pour que le refus de retranscription soit considéré comme abusif : CEDH, grande chambre, 24 janv. 2017 Paradisio c/Italie.

21 CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n°19535/08.

son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte du respect dû au corps humain. Il confirme donc la validité du texte incriminé (article 16-11 C. civ.), les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale devant être écartés²².

E) Ecarter l'établissement d'un deuxième lien de filiation d'un enfant né de relations incestueuses.

La possibilité d'établir la double filiation paternelle et maternelle des enfants nés d'une relation incestueuse reste limitée. Le code civil prévoit que s'il existe entre les père et mère de l'enfant un empêchement à mariage en raison de leur proche parenté²³, la filiation déjà établie à l'égard de l'un interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre.

Pourtant, et suivant sur ce point le contrôle de proportionnalité inauguré par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 décembre 2012²⁴, la cour d'appel de Caen a récemment refusé d'annuler le deuxième lien de filiation d'un enfant né des relations entre des frère et soeur utérins, séparés dès leur enfance. L'enfant, née en 2009, avait fait l'objet d'une reconnaissance paternelle prénatale et sa filiation maternelle avait été établie par l'inscription du nom de sa mère dans son acte de naissance. Considérant que la filiation de la mère avait été établie en second lieu, la demande d'annulation avait été formée par le ministère public en 2013 seulement, contre la filiation maternelle et alors que l'enfant avait été élevé par sa seule mère. Conformément aux conclusions du ministère public (qui relève que le père n'ayant pas été assigné, rien n'est possible à son égard), la cour a refusé de prononcer cette annulation "au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'[elle] aurait pour elle, dans la construction de son identité", au visa des articles 8 et 14 de la CEDH et de l'article 7 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. L'interdiction légale d'établir un double lien de filiation dans le cas d'inceste dit absolu est donc maintenue, mais les textes internationaux, tels qu'ils ont été reçus par les juridictions internes, permettent d'y déroger, dès lors que le respect de cet ordre public familial conduirait à malmener de façon disproportionnée les droits fondamentaux des individus.

22 Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011

23 Qu'ils soient ascendants et descendants et alliés dans la même ligne (art. 161 C. civ.) ou frères et sœurs (art. 162 C. civ.).

24 Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, note F. Chénéde ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguénaud. Dans cet arrêt, la cour refuse l'annulation d'un mariage pourtant incestueux, célébré sans opposition 20 ans plus tôt, en considérant que, dans cette espèce, elle constituerait une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale des époux.

F) Empêcher l'établissement de la filiation homoparentale des enfants élevés par un couple homosexuel.

La possibilité d'établir un deuxième lien de filiation avec un deuxième père ou mère a longtemps été éludée, le droit français permettant l'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple dans le seul cadre du mariage – lequel était réservé aux couples hétérosexuels.

En effet, l'adoption plénière rompt les liens avec la famille d'origine, de sorte que le parent biologique perd le lien de parenté qui le rattache à l'enfant en cas d'adoption par son partenaire, au profit du nouveau lien de filiation, adoptive cette fois. L'adoption de l'enfant du *conjoint* permet d'écarter cette substitution, mais elle reste réservée aux époux. Quant à l'adoption simple, si elle permet d'ajouter la filiation adoptive à la filiation par le sang, elle prévoit le transfert automatique des droits d'autorité parentale aux adoptants. Par conséquent, la Cour de cassation juge de manière constante que, lorsque le père ou la mère biologique entend continuer à élever l'enfant, le transfert des droits d'autorité parentale qui résulterait de l'adoption est contraire à l'intérêt de l'enfant et s'oppose au prononcé de cette adoption. Le Conseil constitutionnel a jugé quant à lui que la disposition prévoyant le transfert de l'autorité parentale à l'adoptant et l'impossibilité corrélative d'adopter l'enfant du partenaire qu'en déduit la Cour de cassation est une disposition constitutionnelle, y compris dans le cas d'une adoption simple²⁵. Sur l'argument de la rupture de l'égalité, le conseil a rappelé que le principe d'égalité permet de traiter différemment des situations différentes et qu'il n'a pas à se substituer au législateur pour apprécier "les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe". Sur le droit à mener une vie familiales normale, le conseil a affirmé que ce droit "n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive", dès lors que la vie familiale normale est assurée par la "liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix" et par la possibilité pour ce parent d'associer son concubin à l'éducation et à la vie de l'enfant.

Cette position a été renforcée par une décision ultérieure de la CourEDH (2012)²⁶. La Cour y rappelle que si la demande d'adoption ne saurait être refusée au motif de l'orientation sexuelle du demandeur, ce qui avait valu une condamnation antérieure de la France²⁷, il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas de différence de traitement avec les couples hétérosexuels et homosexuels *non*

25 Conseil Constit. 6 octobre 2010 - Décision N° 2010-39 QPC.

26 CEDH, 15 mars 2012, Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne, C. Siffrein-Blanc, AJ fam. 2012. 220.

27 CEDH, 22 janvier 2008, AJ Famille 2001, obs. F. Chénéde.

mariés. Elle ajoute que le mariage “confère un statut particulier” qui justifie une différence de traitement, et que la Convention n'impose pas aux États l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, ces couples bénéficiant d'un autre mode de reconnaissance juridique. L'arrêt rappelle parallèlement que la Cour n'impose pas l'établissement d'un lien de filiation dès lors que l'absence de statut légal n'empêche pas de vivre avec les enfants et prévoit notamment, s'agissant de la France, un mécanisme de délégation de l'autorité parentale et la possibilité de désigner l'autre membre du couple comme tuteur en cas de prédécès du parent légal. Ainsi, dès lors que le mariage restait nécessairement hétérosexuel et donc interdit aux couples homosexuels, l'adoption de l'enfant du conjoint leur était fermée, au même titre qu'aux couples hétérosexuels non mariés – à la différence près que les seconds pouvaient décider de se marier pour accéder à cette solution. Le mariage leur est dorénavant ouvert mais la distinction entre couples mariés et couples non mariés reste une ligne rouge.

Au final, si l'égalité de traitement des enfants disposant d'une filiation est acquise, celle-ci reste relative s'agissant de l'entrée dans le statut “d'enfant de”, lorsqu'il s'agit d'acquérir un double lien de filiation dans des situations qui heurtent une conception traditionnelle de la famille. La question semble réglée par la CourEDH pour les enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et, de façon plus casuistique pour les enfants nés d'un inceste. En revanche, elle ne l'est pas encore clairement pour les enfants dont le père prétendu est décédé. Quant aux enfants élevés par un couple homosexuel, leur situation a évolué avec l'admission du mariage pour tous, montrant a contrario le maintien de différences de traitement entre les différentes façons d'être en couple.

II. L'INÉGALITÉ PERSISTANTE DES DIFFÉRENTES MODES DE CONJUGALITÉ.

L'égalité revendiquée entre couples homosexuels et hétérosexuels a été partiellement atteinte au moyen de l'admission du mariage pour tous. Cette légitimation des couples homosexuels, via le mariage, impose une forme de normalisation à tous ceux qui souhaitent se prévaloir de droits qui restent réservés aux époux, les différences de traitement entre les différents modes de conjugalité (mariage, concubinage, partenariat enregistré) restant importantes. La question de l'égalité des couples hétérosexuels et homosexuelles croise en effet celle de l'égalité des différentes formes de conjugalité. A la ligne de fracture selon l'orientation sexuelle des membres du couple s'ajoute en effet une ligne de fracture selon la “nature” des couples. Des débats plus anciens, en lien avec la place du mariage et de la famille légitime comme fondement de notre société, croisent ainsi des débats plus récents sur l'homosexualité et sa reconnaissance comme une forme légitime de mode de vie.

L'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple a été examinée au titre de l'égalité de traitement des enfants. Elle aurait pu être examinée sur le terrain de l'égalité de traitement des couples et c'est d'ailleurs généralement sur ce terrain que le débat est placé. Mais d'autres questions doivent être abordées, qu'il s'agisse de l'accès à la parentalité via l'accès aux techniques de procréation assistée, des conséquences attachées aux couples sur le terrain de la protection sociale ou de leurs conséquences sur le terrain patrimonial. Ici, le degré de réalisation de l'égalité est très différent d'un champ à l'autre.

I. L'égalité limitée des couples homosexuels et hétérosexuels par le mariage.

A) Le mariage pour tous.

La revendication des couples homosexuels d'accéder au mariage a conduit à promouvoir une lecture renouvelée de textes rédigés dans un tout autre contexte. Appeler à statuer sur ces propositions d'interprétation à la suite de la célébration formellement valide d'un mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation a affirmé que "selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme", ce principe n'étant contredit "par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme"²⁸. La loi ainsi interprétée a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. En 2011, le Conseil constitutionnel a affirmé à son tour 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". Il estime donc "qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a [...] estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille" et "qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur [...]". C'est donc le parlement qui est intervenu en votant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013²⁹, le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi conforme à la Constitution, en écartant notamment l'argument selon lequel l'altérité sexuelle dans le mariage serait un principe fondamental reconnu par les lois de la République ou encore selon lequel le législateur serait incompétent pour décider d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Le Conseil relève que mariage et adoption allant de pair, les époux de même sexe pourront adopter et il affirme une nouvelle fois qu'il ne lui

28 Ni d'ailleurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, "qui n'a pas en France de force obligatoire", Cass. 13 mars 2007, n°05-16627.

29 Cons. const. 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, n° 2013-669 DC.

appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, pour l'établissement de la filiation adoptive, de la différence entre couples homosexuels et hétérosexuels. Il rappelle cependant que la procédure d'adoption prévoit un agrément préalable à l'occasion duquel l'autorité administrative doit vérifier la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Il relève également que la présomption de paternité ne saurait s'appliquer aux couples homosexuels, faisant ainsi obstacle à ce que deux filiations maternelles ou paternelles "par le sang" soient établies à l'égard d'un enfant.

On sait que CourEDH considère que le mariage homosexuel relève de la marge d'appréciation des Etats, dès lors que la loi nationale offre aux couples une forme suffisante de reconnaissance juridique et de protection de leur relation³⁰. Ainsi, en l'absence d'injonction sur ce point, c'est bien le législateur qui a avancé sur le terrain de l'égalité entre les couples homo et hétéro, tout en limitant les conséquences de cette assimilation sur le terrain de la procréation assistée.

B) La procréation assistée.

En matière de procréation médicalement assistée, l'inégalité des couples homosexuels et hétérosexuels est maintenue, en même temps qu'est affirmée l'égalité entre tous les modes de conjugalité.

S'agissant de la gestation pour autrui (GPA), la loi³¹ assure l'égalité de tous en interdisant purement et simplement le recours à cette solution, ce qui a conduit la CourEDH à condamner la France qui refusait de reconnaître les conséquences d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger. Pour le reste, la loi française considère que les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) doivent être réservées aux couples souffrant d'une infertilité d'origine pathologique. Tous les couples sont concernés, quel que soit leur statut civil (mariage, partenariat enregistré, concubinage). L'évolution vers une complète égalité résulte de la loi du 7 juillet 2011 qui a supprimé le délai de deux ans de vie commune préalablement imposé aux concubins ou aux partenaires pour pouvoir bénéficier d'une technique de PMA.

La condition d'infertilité d'origine pathologique suppose que les demandeurs doivent nécessairement être en âge de procréer et hétérosexuels. Ces dispositions excluent donc les couples homosexuels de l'accès aux PMA. Comme pour les GPA pratiquées à l'étranger, se pose alors la question de la réception en France des conséquences d'une PMA pratiquée à l'étranger à la demande de couples homosexuels. Deux avis de la Cour de cassation se sont prononcés pour l'admission

30 CEDH, 21 juillet 2015, D. 2015, I646, obs. F. Sudre, note H. Fulchiron.

31 Loi du 7 juillet 2011.

en France d'une procédure d'adoption permettant de donner une filiation à un enfant né dans ces circonstances³². Ces avis ont été rendus le 24 octobre 2014, soit quatre mois après la décision de la CourEDH condamnant la France pour le défaut de reconnaissance en France des conséquences d'une GPA pratiquée à l'étranger.

Des débats sont en cours en France pour envisager une nouvelle évolution du cadre légal de la procréation médicalement assistée, notamment sur la question de l'anonymat et sur la possible distinction entre les règles relatives à l'établissement de la filiation et celles qui permettraient de connaître ses origines. L'une des évolutions proposées est l'admissions de PMA pour toutes les femmes, qu'elles vivent en couple ou non et quelle que soit leur orientation sexuelle, la GPA restant interdite à tous.

2. L'égalité incomplète des modes de conjugalité en matière de protection sociale.

De façon très sommaire, on peut affirmer s'agissant de la protection sociale que l'essentiel des prestations est aujourd'hui indifférent au statut civil des membres du couple. Certaines sont attachées à son foyer (prestations familiales, allocations logement). Dans ce cas, elles sont distribuées au regard de la situation matérielle de ce foyer, appréhendé comme une unité économique, en tenant compte de l'ensemble des ressources dont bénéficie ce foyer et apportées par les personnes qui y sont rattachées. Peu importe ici aussi le statut civil des bénéficiaires. D'autres sont attachées à la personne de l'assuré (assurance retraite, assurance chômage, assurance maladie) et sont indifférentes au statut civil. Mais ces dernières n'ont pas été conçues comme universelles : elles étaient liées au versement préalable de cotisations assises sur les revenus tirés de l'activité professionnelle. Il n'y a pas de difficultés pour l'assurance chômage, qui est strictement personnelle. S'agissant de l'assurance maladie, la notion de droits sociaux dérivés permettait d'étendre le domaine d'application de l'assurance maladie aux enfants de l'assuré ainsi qu'à l'autre membre du couple, s'il ne dispose pas lui-même d'une telle assurance. On reconnaît ici le modèle du *breadwinner* qui est un fondement du fonctionnement des assurances sociales en France. C'est donc sur le terrain de l'attribution de la qualité d'ayant-droit que s'est jouée l'égalité entre les différents modes de conjugalité comme l'égalité entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels, avant que la loi n'intervienne, très récemment, pour créer un droit individuel à l'assurance maladie. Restent en retrait de ce mouvement l'assurance retraite et les conditions d'attribution de la pension de réversion au conjoint survivant.

32 Avis du 24 oct. 2014 n°15010 et 15011, D. 2014, 2031, note A.-M. Leroyer.

A) La marche vers l'égalité.

La qualité d'ayant-droit du concubin hétérosexuel, au même titre que l'époux, a été acquise assez rapidement, mais elle a été un temps déniée au partenaire homosexuel. La Cour de cassation avait en effet, à l'origine (1989), refusé la qualité de concubin au partenaire homosexuel, écartant ainsi la possibilité de bénéficier des droits attachés au concubinage. Les conséquences de cette jurisprudence avaient en partie été neutralisées par une loi du 27 janvier 1993 étendant le bénéfice de l'assurance maladie au partenaire homosexuel, mais la Cour avait confirmé sa position (1997) et refusé le droit au transfert du bail d'habitation en faveur de concubin à la suite de prédécès de son partenaire homosexuel. C'est dans ce contexte que la loi créant le pacte civil de solidarité (PACS) a été votée (1999³³), puis réformée (2006³⁴). Elle instituait une forme nouvelle d'union, qualifiée initialement de contractuelle, entre les partenaires homosexuels ou hétérosexuels, leur permettant d'accéder à une plus grande égalité de traitement sur le plan de la protection sociale notamment. C'est aussi à l'occasion de la loi instaurant le PACS que le code civil s'est enrichi d'une définition du concubinage englobant expressément les couples homosexuels³⁵. Depuis une loi du 1^{er} janvier 2016, toute personne résidant en France de manière stable et régulière est affiliée à titre personnel à l'assurance maladie³⁶ et peut à ce titre bénéficier de ces prestations en nature (remboursement des frais de santé). A titre transitoire, la qualité d'ayant droit est maintenue jusqu'au 1^{er} janvier 2019, sauf demandes contraires. Avec l'entrée en vigueur de cette loi, la définition du périmètre des ayants-droits a perdu de son intérêt.

B) Et la pension de réversion?

En matière d'assurance maladie comme de prestations familiales, l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels au sein des trois catégories de couples est dorénavant acquise, au sens où la question de la "nature" du couple est hors de propos: les droits sont ouverts soit à titre individuel, soit au regard du foyer, quelle que soit sa composition. Il n'en est pas de même s'agissant de la pension de réversion, qui constitue une forme de droit dérivé à la retraite.

Dans les régimes de base, cette pension est versée à celui des membres du couple qui n'a pas eu d'activité professionnelle ou qui a eu une activité trop réduite pour bénéficier de droits à la retraite suffisants (très majoritairement une femme).

33 Loi du 15 décembre 1999 instaurant le PACS. Voir par ex. Le Pacs, n° spé., Dr. Famille, déc. 1999.

34 Loi du 23 juin 2006. Voir par ex. H. Fulchiron, Le nouveau Pacs est arrivé, Defrenois 2006, p. 1621.

35 Cette disposition a été introduite par des parlementaires opposés au PACS et espérant ainsi le rendre sans objet; MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2016, n° 311.

36 La qualité d'ayant droit permettait d'accéder gratuitement à cette assurance sociale. Dorénavant, cette affiliation peut donner lieu à une cotisation distincte.

Ce droit, essentiel pour assurer un revenu minimal aux personnes retraitées n'ayant pas ou pas suffisamment cotisé, est réservé à l'époux survivant³⁷, tant s'agissant de la retraite des fonctionnaires que de la retraite des personnes relevant du droit privé (régime général de la sécurité sociale, régimes complémentaires obligatoires)³⁸. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat (2006)³⁹, s'agissant des retraites relevant du droit public, a considéré que "les conjoints sont assujettis à une solidarité financière et à un ensemble d'obligations légales, telles que la contribution aux charges de la vie commune" qui ne pèsent pas sur les concubins et que cette différence de situation justifiait cette différence de traitement. Par la suite, et alors que la réforme du Pacs (2006) avait entretemps imposé aux partenaires une obligation d'assistance, la Cour de cassation (2014)⁴⁰ a pu affirmer que "la protection du mariage constitue une raison importante et légitime pouvant justifiant une différence de traitement" entre les époux et, dans cette espèce, des partenaires pacsés, d'autant que les membres du couple ont la possibilité de choisir tel ou tel statut.

Elle reprenait ainsi à son compte la solution retenue par la Cour EDH justifiant un traitement différent (2010), de même que les arguments retenus par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC (2011) pour valider cette différence de traitement, le mariage ayant pour objet "d'assurer la protection de la famille".

On notera cependant que l'argument de la singularité du mariage, pour justifier cette différence de traitement, s'affaiblit au fur et à mesure que les droits et obligations liés aux différentes modes de conjugalité se rapprochent⁴¹. Il reste cependant valide si l'on considère les conséquences patrimoniales qui y sont attachées, nettement plus protectrices des époux.

3. L'inégalité des différents modes de conjugalité en matière patrimoniale.

En matière de PMA, l'égalité entre les différentes modes de conjugalité hétérosexuels est acquise quel que soit leur statut civil, qu'il s'agisse d'interdire la GPA à tous ou de permettre l'accès aux autres techniques médicales disponibles. Cette égalité est également très avancée sur le terrain de la protection sociale, cette fois sans exclusive à l'égard des couples homosexuels. Le traitement juridique des membres du couple reste en revanche fondamentalement différent s'agissant

37 En tout cas dans les régimes obligatoires, les retraites complémentaires facultatifs pouvant prévoir des dispositions différentes.

38 Il s'agit dans les deux cas de régimes obligatoires de retraite qui donnent lieu à des versements qui ne sont pas considérés comme des compléments de salaires, les laissant en dehors du domaine d'application des règles européennes sur l'égalité de traitement en matière salariale.

39 CE, 6 déc. 2006, n°262096, AJDA 2007, 142, Concl. L. Vallée.

40 Cass. Civ. 2^{ème}, 23 janvier 2014, n°13-11.362

41 Sur cette discussion, voir MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit.

des conséquences économiques de leur situation⁴², que ce soit pendant la vie commune ou au sortir de la vie commune. Sur ce point, le mariage reste un outil de protection important, d'une façon générale par le moyen du régime matrimonial ou par le droit des successions mais aussi, de façon plus spécifique, par les modalités de protection du logement de la famille et par la possibilité pour l'époux divorcé d'obtenir une prestation compensatoire en cas de divorce. S'agissant du régime matrimonial, on précisera seulement que le régime légal français est un régime communautaire, qui conduit globalement à partager les biens acquis pendant la vie commune au moment où elle prend fin (divorce et décès). Quant au droit des successions, depuis la loi du 3 décembre 2011 il donne une place importante au conjoint survivant. L'un et l'autre de ces régimes sont réservés aux époux : le régime des biens des partenaires est un régime de séparation et il n'existe pas de régime des biens applicable entre concubins ; il n'y a pas de droits successoraux ab intestat entre partenaires comme entre concubins⁴³.

Tant s'agissant de la protection de logement que de la possibilité d'obtenir une prestation compensatoire en cas de séparation, le statut du couple est également essentiel, même si le sort des partenaires s'est modestement rapproché du sort des époux sur le terrain du logement. La loi a progressivement renforcé la protection du conjoint séparé en assurant son maintien dans son logement, qu'il y réside avec ou sans enfant. Les dispositions concernent aussi bien la co-titularité automatique du bail d'habitation que l'impossibilité de disposer unilatéralement des droits assurant ce logement, y compris pour l'époux qui en serait seul propriétaire. Elles prévoient en outre le droit d'occuper ce logement après le décès du conjoint propriétaire, d'abord un an à titre gratuit ensuite au titre de la succession, ou encore la possibilité au moment du divorce de se voir attribuer le droit d'y résider (avec les enfants) alors qu'il appartient exclusivement à l'autre parent. Le partenaire bénéficie quant à lui, pour l'essentiel, de la jouissance gratuite de son logement pendant une période d'un an après le décès de son partenaire propriétaire et d'un droit à la continuation du bail d'habitation dont il n'était pas titulaire face au prédécès ou au départ de son partenaire titulaire du bail. Cette disposition vise aussi les concubins non pascés pour lesquels elle constitue la seule la seule protection légale du logement. Quant à la prestation compensatoire, destinée à compenser la disparité de niveaux de vie au moment du divorce (et qui

42 On ne traitera pas ici des conséquences personnelles différentielles à la forme du couple : elles concernent les seuls époux, sauf l'obligation d'assistance qui a été étendue aux partenaires pendant leur vie commune, et s'applique à défaut d'autres dispositions contractuelles.

43 La loi a cependant aligné le régime fiscal applicable aux partenaires enregistrés sur celui des époux : le conjoint et le partenaire survivant sont totalement exonérés de droit de succession et en cas de libéralités, elle prévoit un abattement de 80724 euros puis taux d'imposition par tranches, de 5 à 45%). Les concubins restent quant à eux soumis au taux d'imposition applicable entre "étrangers", soit 60% de droits d'enregistrement sur la totalité de la valeur du bien. Prolongeant le parallèle, la loi prévoit également que les règles d'imposition sur le revenu sont identiques pour les époux et les partenaires : ils doivent faire une déclaration commune, qui conduit à additionner leurs revenus comme les personnes dont ils assument la charge pour calculer le montant de l'impôt, tandis que les concubins font l'objet d'une imposition séparée.

s'ajoute à une éventuelle contribution pour les enfants), elle reste réservée aux seuls époux. En aucun cas, la longueur de la vie en couple, le nombre des enfants communs ou le retrait du marché de travail ne justifient le versement d'une telle prestation en dehors du cadre du mariage.

Sur le terrain économique, les différences de traitement entre les différents modes de conjugalité restent donc importantes, sans avoir été remises en cause au nom du droit constitutionnel ou des droits fondamentaux. L'argument classique de la différence de traitement entre les époux et les autres formes de couple est celui de l'existence d'une solidarité légale entre eux. Cet argument ne tient plus – ou de moins en moins- pour les partenaires enregistrés, la loi ayant prévu pour eux aussi une forme de solidarité. D'ailleurs, dans sa décision du 29 juillet 2011, le Conseil constitutionnel prend soin de distinguer les concubins qui “à la différence des époux”, “ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque” et les partenaires. Pour ceux-là, le Conseil constitutionnel relève que s'ils sont bien assujettis à des obligations réciproques comme à l'égard des tiers, la loi ne prévoit “aucune compensation pour perte de revenus en cas de cessation du pacte civil de solidarité au profit de l'un des partenaires [ce qui constitue une référence à la prestation compensatoire] ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire”. Cet argument positiviste conduit le Conseil constitutionnel à fonder ses décisions sur l'état du droit positif, utilisé comme argument pour valider le droit positif. C'est donc bien le législateur qui, au final, garde le pouvoir d'initiative et pourrait décider de rapprocher encore le traitement juridique des différents couples. En l'état, c'est bien le mariage, désormais ouvert aux couples homosexuels, qui permet d'accéder à un statut plus protecteur. Si l'égalité a progressé, c'est donc par l'ouverture du mariage bien plus que par l'égalisation des situations juridiques entre les différents modes de conjugalité, sous réserve de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée.

