



Droit de la famille n° 1, Janvier 2013, dossier 5

Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns

Etude par Aude MIRKOVIC
maître de conférences en droit privé à l'université d'Évry

Sommaire

Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe vise à introduire en droit français le mariage de deux hommes ou deux femmes et, par voie de conséquence, l'adoption par des personnes de même sexe : soit l'adoption d'un enfant par deux hommes ou deux femmes, soit l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe.

Sous des apparences techniques, ce sont les réalités même du mariage et de la filiation qui sont bouleversées avec l'admission d'époux et de parents de même sexe, non dans le sens d'une évolution mais d'une déconstruction-reconstruction sur un fondement nouveau, la volonté d'être époux, la volonté d'être parents, abstraction faite de la référence à la nature et à l'engendrement de l'enfant qui fonde l'altérité sexuelle des époux comme des parents.

1. - Le concept de parents de même sexe déconnecte en effet la parenté de toute référence à l'engendrement de l'enfant - lequel exige un père et une mère - pour redéfinir la parenté par le vécu (parenté sociale) ou la volonté (parenté intentionnelle) (1). Il est permis de souhaiter cette redéfinition, comme de la refuser. Mais, dans tous les cas, on ne peut que constater que cette nouvelle parenté, déconnectée de la référence à la biologie, plongerait le droit de la filiation dans l'artifice et l'incohérence (2).

1. De l'engendrement de l'enfant à la parenté intentionnelle

2. - **Introduction du concept de parents de même sexe.** - Le projet de loi prévoit l'adoption par des personnes de même sexe, adoption simple comme adoption plénière. Mais, dès lors que le concept de parents de même sexe sera admis, tous les modes d'établissement de la filiation seront sollicités pour servir à établir une telle parenté. En particulier, la conjointe de la mère n'acceptera pas longtemps de devoir adopter l'enfant de sa conjointe alors que, si elle était un homme, elle serait désignée comme père par la loi (présomption de paternité) ou, à défaut, pourrait reconnaître l'enfant ou, encore, faire constater la possession d'état à son égard. Un homme, vivant avec le père d'un enfant, n'acceptera pas non plus de devoir se marier et adopter l'enfant de son compagnon alors que, s'il vivait avec une femme, il aurait la possibilité de reconnaître l'enfant de cette femme, qu'il soit marié ou non. Le projet est d'ailleurs déjà critiqué en ce qu'il contraint les personnes de même sexe à se marier pour être parents d'un même enfant, et à passer par l'adoption pour cela.

En réalité, le seul fait d'admettre des parents de même sexe, quel que soit le moyen, entraîne, en soi, une redéfinition de la filiation.

3. - **Les parents indiquent à l'enfant son origine.** - Deux hommes, ou deux femmes (mais aussi trois), peuvent sans doute désirer un enfant, l'élever et l'aimer, encore que la psychologie ait depuis longtemps alerté sur l'importance de l'altérité sexuelle des parents dans la construction psychique de l'enfant. Mais les parents ne sont pas seulement ceux qui ont désiré l'enfant, l'éduquent et l'aiment, même si cela est très réel. Les parents sont à l'origine de la vie de l'enfant et leur rôle constitutif est d'indiquer à l'enfant son origine, qui lui permet de se situer à la fois dans l'espace et dans le temps, en lui permettant de se situer dans la chaîne des générations. Or, seuls des parents homme et femme peuvent

indiquer à l'enfant une origine, qu'elle soit fondée sur la vérité biologique ou seulement symbolique comme en cas d'adoption.

La filiation ne se réduit certes pas à la vérité biologique, et le droit français ne garantit à personne sa filiation biologique réelle : il n'y a pas de vérification de la paternité biologique lorsque le mariage désigne le mari comme père ou lorsqu'un homme reconnaît un enfant. La vérité biologique n'est un critère qu'en cas de contentieux, et encore faut-il que le contentieux soit recevable, ce qui est loin d'être toujours le cas car les actions relatives à la filiation se prescrivent rapidement.

En revanche, la filiation se définit en référence à la biologie et à ses exigences pour l'engendrement d'un enfant, à savoir que les parents soient un homme et une femme. Le droit français garantit ainsi à l'enfant une filiation vraisemblable, en ce qu'il ne peut être rattaché qu'à un seul père, et une seule mère. Ce principe est posé à l'article 320 du Code civil, selon lequel la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice. Si un homme veut reconnaître un enfant qui a déjà un père légal, il doit d'abord contester la paternité existante avant de pouvoir établir la sienne, tout simplement parce qu'un enfant ne peut avoir deux pères.

Il s'agit là d'un principe essentiel du droit de la filiation, comme l'a énoncé la Cour de cassation pour refuser de reconnaître l'adoption d'un enfant par deux hommes prononcée en Grande-Bretagne : reconnaître cette adoption aurait en effet conduit à l'inscription de l'enfant sur les registres d'état civil comme né de deux parents du même sexe, deux hommes en l'occurrence, ce qui serait incohérent^{Note 1}.

En pratique, l'enfant adopté par un homme et une femme n'est pas issu biologiquement de l'union de ses parents adoptifs, mais peut se représenter comme tel. Il en va de même de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec donneur. Et, pour un enfant biologique, la dimension biologique de sa filiation est le fondement d'une perception symbolique qui a vocation à la transcender et la dépasser : l'enfant biologique est le fruit de l'union de ses parents mais, surtout, il se représente comme tel, se construit comme tel.

Le lien biologique est donc le point de départ qui facilite la mise en place du schéma symbolique de la filiation, mais il n'est pas indispensable. L'enfant non biologique peut lui aussi se construire sur la base d'une représentation symbolique qui peut être non seulement équivalente à une filiation fondée sur la vérité biologique mais, parfois, plus profonde et solide qu'un lien biologique vécu dans la superficialité ou l'indifférence. En revanche, un enfant ne pourra jamais se représenter comme issu de l'union de deux personnes de même sexe, quelles que soient les qualités personnelles des intéressés.

4. - Le projet réduit les parents à leur rôle éducatif. - Avec l'admission de parents de même sexe, les parents ne peuvent plus être ceux qui sont à l'origine de l'enfant. Les parents deviennent les adultes investis dans le projet affectif et éducatif auprès de l'enfant, et tout adulte jouant ce rôle auprès de l'enfant peut réclamer d'être reconnu comme « parent ». En dépit du terme de « parents » qui continue à être utilisé, la réalité visée n'est plus la même.

Cette redéfinition n'est pas trop apparente, dans la mesure où elle s'annonce par le biais de l'adoption, mécanisme qui consiste précisément à désigner comme parents d'un enfant un homme et une femme qui ne l'ont pas engendré. Pourtant, l'adoption ne peut servir de prétexte.

5. - L'enfant adopté une seconde fois privé de parents. - L'adoption est un remède visant à réparer le dommage subi par l'enfant privé de sa famille biologique. Mais elle ne peut être ce remède que si l'enfant est adopté par un homme et une femme. En effet, le fait que les parents adoptifs ne soient pas les parents biologiques peut être compensé par la mise en place de la filiation symbolique. Mais cela nécessite un cadre cohérent au regard des exigences objectives de la biologie pour engendrer un enfant : un père et une mère. C'est pourquoi l'enfant adopté par des personnes de même sexe est finalement privé deux fois de parents : une première fois par la vie, une seconde fois par la loi, puisque ses « parents » ne peuvent lui indiquer une origine, fût-elle symbolique.

Donner à un enfant des parents de même sexe revient en réalité à le doter d'éducateurs, d'adultes référents, mais à le priver de parents au sens propre du terme. Un enfant rattaché à deux mères est privé de père, et un enfant rattaché à deux pères est privé de mère, quand bien même il serait désiré, aimé et choyé. Et l'injustice faite à l'enfant est encore plus grave lorsqu'elle a été volontairement et délibérément programmée par la conception d'un enfant adoptable.

6. - La fabrication d'enfants adoptables. - Deux personnes de même sexe ne pouvant engendrer ensemble un enfant, elle ne peuvent qu'adopter l'enfant engendré par autrui ou recourir à un donneur de sperme pour les femmes, et à une femme donneuse et porteuse pour les hommes.

On sait bien que les enfants adoptables sont rares et que les couples de même sexe auront beaucoup de mal à en adopter. Le projet est donc surtout fait pour permettre l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe, c'est-à-dire l'enfant élevé par un de ses parents et son partenaire (futur conjoint ?) de même sexe. Il est juridiquement adoptable parce qu'il a, le plus souvent, été conçu de manière à ce qu'il n'ait qu'un seul parent : la femme inséminée en Belgique a conçu son enfant d'une manière à le priver de son père. L'homme qui a eu recours à une mère porteuse indienne a choisi un mode de conception visant à priver délibérément son enfant de sa mère.

Or, l'adoption est une institution au service de l'enfant, visant à reconstituer la famille dont l'enfant a été privé. Elle est détournée par le projet de loi pour valider des procédés procréatifs visant à priver volontairement l'enfant de son père ou de sa mère biologique, afin de le rendre adoptable.

La biologie n'est pas le tout de la filiation mais on ne peut prétendre qu'elle n'est rien, à moins d'admettre une répartition aléatoire des nouveaux-nés à la maternité. Pour un enfant, être privé de sa filiation biologique est une blessure qui pourra être compensée et dépassée. Mais, si les aléas de la vie suscitent pour certains cette difficulté, c'est une grave injustice faite à l'enfant que de provoquer délibérément cette situation. La loi ne peut certes empêcher ces bricolages procréatifs réalisés à l'étranger, mais elle a mieux à faire pour les enfants que de les encourager en les validant par des artifices juridiques.

Il s'agit bien d'un artifice juridique, car les mots ne peuvent changer ce qui est : la parenté redéfinie en parenté intentionnelle pour pouvoir inclure les « parents » de même sexe n'est pas une véritable parenté, et faire comme si elle l'était conduit la filiation dans une impasse juridique.

2. L'impasse juridique de la parenté intentionnelle (ou sociale)

7. - La présomption de paternité. - Selon l'article 312 du Code civil, l'enfant né ou conçu pendant le mariage a pour père le mari. Le projet ne prévoit aucun aménagement de cette présomption au profit du conjoint de même sexe, mais la question pourra revenir par le biais d'amendements et, si ce n'est pas le cas, il ne se passera pas longtemps avant que des conjoints de même sexe ne se plaignent de devoir adopter l'enfant de leur conjoint et réclament devant les tribunaux une forme de présomption de parenté par analogie avec la présomption de paternité prévue pour les conjoints de sexe différent.

Pourtant, il n'est pas possible de transposer la présomption de paternité au cas des époux de même sexe. La présomption de paternité est fondée sur l'obligation de fidélité des époux, à laquelle ils s'engagent en se mariant. Il en résulte une présomption que les enfants mis au monde par la femme sont issus des oeuvres du mari. Mais, comme il est possible que ce ne soit pas le cas, il s'agit d'une présomption, qui peut être combattue et renversée par la preuve que le mari n'est pas le père.

La désignation du conjoint de même sexe comme second parent de l'enfant pourrait se faire en présumant qu'il était partie prenante au projet parental. Cette présomption ne pourrait être combattue par la preuve biologique, hors de propos ici, mais par la preuve qu'il n'était pas impliqué dans le projet d'enfant.

Mais il faudra aussi, sous peine de la soi-disant « discrimination » qui préside à ce projet, permettre au mari de la mère de se dégager de sa paternité en prouvant qu'il ne désirait pas l'enfant. On imagine le nombre d'enfants laissés pour compte, sans filiation, parce qu'ils n'ont pas été désirés, mais la solution est inévitable : pourquoi la conjointe femme ne serait-elle second parent que si elle s'est engagée dans le projet d'enfant, alors que le conjoint homme pourrait se voir imposer une paternité sur laquelle il n'a pris aucun engagement et à laquelle il s'est peut-être même opposé ?

8. - Désignation de parenté ? - Pourrait-on alors envisager de désigner définitivement, et non plus seulement présumer, le conjoint de même sexe comme second parent ? Il faudra alors aussi nécessairement désigner le mari comme père, sans contestation possible, qu'il soit le père biologique ou non. En effet, si la conjointe de la mère est désignée définitivement comme parent des enfants de son épouse, alors qu'elle n'est évidemment pas la mère biologique, il n'y a pas de raison que le mari de la mère puisse se dégager de sa paternité, sous prétexte qu'il n'est pas le père biologique.

9. - Second parent biologique. - Dans tous les cas, comment cette présomption, ou désignation, peu importe, du conjoint de même sexe tiendra-t-elle compte du second parent biologique ? Par exemple, lorsque la mère est mariée avec une femme, si cette femme est présumée ou désignée comme seconde mère, co-mère ou autre, que devient le père biologique ? Si l'enfant est né d'un donneur anonyme, la question ne se pose pas en pratique, du moins tant que l'enfant lui-même ou le donneur ne réclament rien, mais le problème de fond demeure. Et si l'enfant est né d'un père identifié,

comment régler le conflit de « parenté » si la conjointe de la mère comme le père biologique souhaitent tous les deux établir leur parenté à l'égard de l'enfant ?

10. - Suppression de la présomption de paternité ?. - Une autre solution serait de supprimer la présomption de paternité, pour tout le monde. Le second parent devrait reconnaître ou adopter l'enfant de son conjoint ou partenaire et, à défaut, il faudrait intenter contre lui une action en recherche de parenté. En l'état du projet, le conjoint de même sexe peut adopter l'enfant de son conjoint. Mais sera-t-il possible de lui imposer cette parenté, par le biais d'une action en recherche de parenté ?

11. - À parent intentionnel... enfant intentionnel !. - Mais que faudra-t-il alors prouver, pour que l'action en recherche de parenté aboutisse ? Même à l'égard du père biologique, il ne saurait plus être question de recourir à la preuve de la paternité biologique, devenue discriminatoire et hors de propos en droit de la filiation. En effet, la preuve biologique n'a pas de sens dans la perspective d'une filiation devenue intentionnelle et déconnectée de sa référence à la biologie. À moins de reconnaître la supériorité de la filiation biologique sur la filiation sociale, c'est-à-dire renoncer au projet de loi.

12. - Enfant non désiré. - Pour imposer la parenté à un parent prétendu, il faudra prouver qu'il s'était engagé dans le projet parental. Par conséquent, le père biologique pourra refuser sa paternité en prouvant qu'il n'était pas engagé dans le projet parental. Comment justifier de le déclarer père sur le fondement de la biologie, quand la biologie a disparu de la définition de la parenté et que, s'il était une femme, la seule preuve qu'il n'était pas engagé dans le projet parental suffirait à le faire échapper à tout lien de parenté à l'égard de l'enfant ?

13. - Enfant sur-désiré. - L'engagement dans le projet parental ne permettra pas non plus de trancher les conflits, positifs cette fois, de filiation, notamment si les différents candidats à la parenté d'un enfant étaient tous engagés dans le projet à l'origine de cet enfant. Par exemple, comment trancher le conflit de parenté entre la conjointe et l'amante de la mère ? Pourquoi donner la préférence au mariage lorsqu'il s'agit d'un conflit entre femmes, alors que le mariage ne compte pour rien en cas de conflit de paternité entre le mari de la mère et l'amant de celle-ci ?

14. - Opposition au projet parental ?. - Par ailleurs, est-ce que l'opposition de la mère pourra faire échec à la reconnaissance de la parenté de celle, ou celui, qui a porté le projet parental avec elle ? Par exemple, si deux femmes, mariées entre elles, projettent d'avoir un enfant par insémination de l'une d'entre elles en Belgique, la mère de l'enfant pourra-t-elle faire échec à la prétention de sa compagne à être reconnue comme seconde mère ? Concrètement, peut-elle s'opposer à l'adoption de l'enfant par sa conjointe ? Si les deux femmes ont divorcé et que la mère biologique s'est remariée avec une autre femme, ou un homme, ce nouveau conjoint pourra-t-il faire échec aux prétentions de l'ex-femme de la mère pour établir sa propre parenté ?

Si deux personnes de même sexe sont reconnues ensemble comme parents d'un même enfant, le mot parent change de sens. Les parents ne sont plus l'homme et la femme à l'origine de l'enfant. La filiation n'est plus définie en relation avec l'engendrement de l'enfant, réel ou symbolique comme en cas d'adoption. Tout adulte qui s'investit auprès de l'enfant et décide d'être son parent est recevable à l'être, le juge ne disposant plus de critères objectifs pour trancher les conflits de parentés. À moins d'éviter d'avoir à départager les différents candidats à la parenté en allongeant le nombre des parents.

15. - De l'homoparenté à la multiparenté. - L'avant-projet ne prévoit que l'adoption par deux personnes, ou l'adoption de l'enfant du conjoint ce qui limite encore le nombre de parents à deux. Pourtant, puisque la biologie, qui limite le nombre des parents à deux, est laissée de côté, il n'y a plus aucune raison de limiter le nombre des parents à deux.

De nombreux enfants ont trois ou quatre « parents sociaux », en alternance ou sous le même toit. Il arrive que les trois ou quatre adultes qui éduquent l'enfant se considèrent mutuellement et se comportent tous les quatre comme parents à part entière et à égalité, par exemple lorsqu'un couple d'hommes s'est entendu avec un couple de femmes pour avoir des enfants croisés.

Si la parenté « sociale », « intentionnelle », est admise, comment départager ces quatre candidats à la parenté sociale ? Il n'est plus possible de donner la préférence à la biologie, laquelle désigne un père et une mère, à moins de reconnaître la supériorité objective de la filiation hétérosexuée sur la filiation homosexuée. Mais, inversement, pourquoi donner la préférence à la filiation non biologique ?

La parenté sociale sera-t-elle finalement le prix de la course : premier arrivé, premier parent ? Même en admettant ce critère arbitraire, comment départager les auteurs de quatre reconnaissances simultanées par exemple ?

16. - Trois ou quatre parents à l'étranger. - À défaut de pouvoir départager les candidats à la parenté, la cour d'appel de l'Ontario au Canada a allongé la liste des parents^{Note 2}. Dans cette affaire, deux femmes avaient décidé d'avoir un enfant avec l'assistance d'un ami. Il était convenu que les deux femmes auraient la charge principale de l'enfant, mais que l'intérêt de l'enfant était que le père reste impliqué dans sa vie.

Après la naissance de l'enfant, la cour déclara la compagne de la mère parent de l'enfant, au même titre que la mère et le père biologique.

17. - Multiparenté : conséquence logique de l'homoparenté. - Reconnaître trois parents à un même enfant n'est pas une dérive ou un excès à redouter et à éviter. La multiparenté est la conséquence logique et normale de l'admission des parents de même sexe, et elle est déjà réclamée par les associations de parents gays et lesbiens. Dans le cas jugé en Ontario, si le père avait lui-même eu une compagne ou un compagnon investi auprès de l'enfant, le juge aurait pu le reconnaître comme quatrième parent. La cour déclare que la compagne de la mère est elle aussi « une » mère, une mère parmi d'autres finalement. Cela ouvre la maternité à autant de femmes qu'il y en aura dans la vie de l'enfant, successivement ou en même temps.

Le cas jugé au Canada n'est pas isolé : en septembre 2012, le Parlement de l'État californien a voté une loi (bloquée par le veto du gouverneur de Californie) qui prévoyait la possibilité de reconnaître légalement comme parents les différents adultes qui se considèrent comme tels et s'investissent auprès d'un enfant. Après avoir accepté l'idée de parents de même sexe, les Pays-Bas vont examiner les possibilités juridiques de reconnaître officiellement trois personnes ou plus comme parents d'un même enfant.

18. - Toutes les familles sont concernées. - La perte de sens de la relation de filiation et les conflits de parenté inextricables n'impliquent pas seulement les adultes de même sexe ou les enfants directement concernés, ce qui serait déjà bien suffisant à faire obstacle au projet. En réalité, ce sont bien toutes les familles, tous les enfants, tous les parents, la société entière finalement, qui sont concernés par ce projet sur le mariage et l'adoption.

Admettre des parents de même sexe exige, ce que prévoit d'ailleurs l'avant projet, de réécrire le Code civil pour faire disparaître les mots père et mère, inadaptés pour désigner des parents de même sexe, de la même manière qu'il faut évacuer les mots de mari et femme, impropres à désigner des époux de même sexe.

19. - Actes de naissance. - Tous les enfants français sont concernés, car leurs actes de naissance ne pourront plus indiquer leurs père et mère, comme le prévoit l'article 57 du Code civil, mais seulement les rattacher juridiquement à un parent 1, et un parent 2, en attendant le parent 3 ou 4. L'acte de naissance n'indiquera plus à l'enfant son origine, fût-elle symbolique, mais désignera seulement les adultes légalement responsables de lui. La ministre déléguée à la famille a affirmé que « les idées de parent A ou parent 1 sont des choses totalement fausses »^{Note 3}. Pourtant, dès lors que le projet prévoit l'adoption plénière par deux hommes ou deux femmes, et que l'adoption plénière modifie l'acte de naissance, il faudra nécessairement modifier les actes de naissance pour accueillir les parents adoptifs de même sexe, qui n'entrent pas dans les cases père et mère. La ministre récuse les parents 1 et 2, ou A et B, mais ne précise pas par quoi seront remplacées les rubriques père et mère. Notons qu'en Espagne, l'admission des parents de même sexe a logiquement conduit à revoir les actes de naissance, sur lesquels les mentions père et mère ont été remplacées par celles de progenitor A et progenitor B...

20. - Livrets de famille. - Les livrets de famille désignent les parents eux-mêmes comme « nés de... » un homme et une femme : cette précision sur l'origine des parents, qui permet de situer la famille qu'ils fondent dans la perspective d'une généalogie plus lointaine, devra elle aussi être supprimée, car les futurs parents ne seront pas tous « nés de », à moins de sombrer dans l'artifice incohérent de prétendre qu'un individu est né de deux hommes, ou de deux femmes.

21. - Parent 3 pour tous. - Tous les parents, fussent-ils un homme et une femme, devront s'attendre, en cas de décomposition et recomposition de famille, à ce que le nouveau conjoint ou concubin de leur « ex » réclame la reconnaissance de sa propre parenté sociale à l'égard de l'enfant, à la hauteur de son investissement affectif et éducatif auprès de ce dernier.

Par ailleurs, comment sera désigné le parent 1, et le parent 2 ? Dans ordre alphabétique ? Dans l'ordre d'établissement de la filiation (*quid* en cas d'adoption simultanée) ? Le père biologique appréciera-t-il d'être inscrit à l'état civil comme parent 3, après la mère et sa conjointe ?

22. - Conclusion. - Pour satisfaire des revendications de quelques-uns, le projet envisage de faire subir à tous la perte de sens de la relation sociale fondatrice, la filiation.

Les enfants élevés par deux personnes de même sexe, ou trois adultes, ou quatre, ne sont en rien dans une situation de vide juridique mais dans une situation de droit sur mesure, qui fournit au cas par cas des solutions juridiques tout à fait adaptées. Accompagner les situations existantes n'exige pas de les désigner juridiquement comme ce qu'elles ne sont pas : encadrer juridiquement les liens qui se tissent entre des adultes et un enfant n'exige pas d'appeler parents des personnes qui ne peuvent pas l'être, sous peine de priver le mot de signification.

Fonder la filiation sur l'investissement de l'adulte laissera pour compte certains enfants, privés de filiation car non désirés, ou au contraire suscitera pour d'autres des conflits de parenté inextricables entre les différents adultes investis auprès d'eux.

Les bonnes intentions qui ont peut-être présidé à ce projet ne peuvent évacuer les dommages très graves qu'il infligerait à la société. La raison impose désormais d'y renoncer, car les difficultés qu'il entraînerait sont sans proportion avec l'objectif naïvement annoncé. La loi ne peut infliger aux enfants de devenir des « enfants sociaux » pour satisfaire les désirs dont ils sont l'objet. Le droit français ne peut que garantir aux enfants une filiation cohérente et crédible, seule capable de leur indiquer d'où ils viennent et qui ils sont. [squf]

Egalement dans ce dossier : articles 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11

Note 1 *Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 : JurisData n° 2012-011952.*

Note 2 *A.A. v. B.B., 2007 ONCA 2 (CanLII), 2007-01-02.*

Note 3 *D. Bertinotti, 6 nov. 2012, Questions au Gouvernement.*