



Droit de la famille n° 1, Janvier 2013, dossier 3

## **À propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot « parent » est un impératif juridique !**

**Etude par Annick BATTEUR**  
professeur de droit privé, doyen honoraire à la faculté de droit de Caen

**et Laurence MAUGER-VIELPEAU**  
maître de conférences à la faculté de droit de Caen, directrice du M2 Protection des personnes vulnérables,  
co-directrice du CRDP de Caen (EA 967)

**et Gilles RAOUL-CORMEIL**  
maître de conférences à la faculté de droit de Caen, responsable du DU Protection juridique des personnes vulnérables, (délivré avec le CNC mention Mandataire judiciaire à la protection des majeurs)

**et Loïc FROSSARD**  
chargé d'enseignements

**et Fanny ROGUE**  
ATER à la faculté de droit de Caen, CRDP EA 967, UCBN, Institut des personnes protégées et des familles

### Sommaire

Désireux de favoriser l'accès des homosexuel(le)s à l'adoption, et donc à la qualité de père ou mère, les rédacteurs du projet de loi proposent d'utiliser le mot « parent(s) » à la place des termes « père et mère » et « père ou mère », bannissant ainsi du Code civil le mot parent en tant qu'il désigne les personnes descendant les unes des autres ou d'un auteur commun. Le plus souvent, ces personnes seraient désignées par l'expression « membre de la famille ». Les approximations du vocabulaire et les confusions qui en découlent s'avèrent catastrophiques dans la plupart des branches du droit de la famille et rendent le projet inacceptable en l'état.

1. - Adopté le 7 novembre 2012 en Conseil des ministres, le projet de loi *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* tel qu'il sera examiné prochainement par l'Assemblée nationale ne se contente pas d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Il introduit la possibilité pour ces derniers de devenir les parents communs d'un enfant. En ce sens, il modifie l'ensemble du droit de la famille. La question n'est pas ici de savoir s'il faut s'opposer ou non à l'esprit général qui sous-tend les propositions que seront examinées prochainement par les parlementaires. Il s'agit de prendre position sur le contenu même du projet, à supposer que l'on soit favorable aux objectifs poursuivis : permettre aux gays et lesbiennes de se marier et d'avoir des enfants adoptifs. Disons-le franchement : ce projet est mal rédigé, et son contenu est très inquiétant. Il est fondamental qu'il ne soit pas adopté tel quel. Nous souhaitons attirer l'attention sur un aspect peu souligné à l'heure actuelle dans les débats publics, celui de la linguistique, porteuse d'enjeux essentiels dans le domaine du droit de la famille.

2. - Pourquoi ce projet de loi est-il, en l'état, inacceptable ? Désireux de favoriser l'accès des homosexuel(le)s à l'adoption, et donc à la qualité de père ou mère, les rédacteurs du projet de loi sont partis de l'idée suivante : à la place des termes « père et mère » et « père ou mère », il faudrait désormais utiliser le mot de « parent(s) ». Or, en droit, le mot «

parent » possède un double sens. D'abord il vise les « père et mère » unis à un enfant par un lien de filiation. C'est à ce titre que les père et mère exercent l'autorité parentale sur l'enfant mineur ; les textes visent alors soit « les père et mère » soit « les parents ». Mais le terme « parent » permet aussi de définir les rapports entre des personnes descendant les unes des autres (parenté en ligne directe) ou qui descendent toutes d'un auteur commun (parenté en ligne collatérale). Pris dans ce sens large, ce mot permet de distinguer ces personnes des alliés, l'alliance étant le lien unissant l'un des époux aux parents de l'autre. La parenté au sens large, telle qu'elle est appréhendée spécialement par le droit des successions, ne recouvre pas la notion de membres de la famille, notion intégrant aussi les concubins et les partenaires pacsés. Ailleurs, en droit des aliments et des majeurs protégés, le terme « parent » est même pris, suivant les hypothèses, dans son sens étroit ou dans son sens large. La signification exacte de ce terme riche va de soi pour le juriste, car elle est déterminée par le contexte et le but de la règle de droit.

3. - Or, par un esprit radical de systématisation, les rédacteurs du projet de loi ont décidé que désormais les « parents » seraient uniquement ceux qui ont un lien de filiation avec l'enfant. Ils ont revu tous les textes où le terme « parent » devait être entendu au sens large. Ils ont alors utilisé un vocabulaire variable, souvent approximatif, car sorti du contexte dans lequel il est aujourd'hui employé. Pire, des erreurs de transposition ont été parfois commises, les rédacteurs du projet ayant mal interprété les textes actuels faisant état de la parenté. Ils ont supprimé la notion large de parenté là où il ne le fallait pas. Ailleurs, ils ont introduit la notion stricte de parenté là où en réalité, c'est la conception large qui justifiait la règle ou déterminait son domaine d'application. Comment ne pas s'en émouvoir alors que ces substitutions lexicales concernent 81 articles pour le seul Code civil<sup>Note 1</sup> au titre des « dispositions de coordination » (*chap. III, art. 4*), autrement dit sont officiellement présentées comme de simples modifications réputées techniquement neutres... Ce qui n'est pas sans rappeler les accidents de la codification dite à droit constant ! Sans prétendre épuiser la réflexion sur ce sujet, nous nous proposons de fournir quelques illustrations des incohérences en passant en revue les axes du droit de la famille concernés par le projet.

4. - En premier lieu, le **droit des successions** est malmené par ce changement terminologique au point d'en perdre son sens et sa cohérence. La volonté de réserver le terme « parent(s) » au(x) père(s) ou (et) mère(s) conduit le projet de loi à supprimer l'utilisation de ce terme en matière successorale alors même que le lien de parenté au sens large y est essentiel. Ainsi l'article 731 du Code civil réécrit par le projet ne prévoit plus que la succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint successible du défunt mais aux « membres de la famille » et au conjoint successible du défunt. Est-ce à dire que le conjoint n'est pas un membre de la famille du défunt ? Cette aberration révèle une méconnaissance de l'évolution législative du statut du conjoint survivant. Quant aux « membres de la famille », certes, les textes suivants viennent circonscrire la liste des héritiers à certaines personnes définies. Pour autant, l'expression n'a pas de sens en droit des successions car sont seuls membres de la famille *mortis causa* les parents au sens large et le conjoint. Prise à la lettre, cette expression ruine la distinction entre la dévolution successorale aux parents en l'absence de conjoint successible et la dévolution successorale aux parents en présence d'un conjoint successible. En outre, le projet de loi ne s'impose pas de discipline de langage car parfois le lien de parenté au sens large resurgit. Ainsi, l'article 756 actuel du Code civil relatif aux droits du conjoint successible prévoit que celui-ci est appelé à la succession soit seul, soit en concours avec les parents du défunt. Or, le projet de loi substitue à cette dernière expression celle de « personnes unies au défunt par un lien de parenté ». Pourquoi alors ne pas avoir retenu cette locution dès le départ au stade de l'article 731 réécrit du même code ? Cela montre bien qu'il est impossible de faire l'économie d'une référence à la parenté au sens large et que le terme parent ne peut pas être seulement un substitut à celui de père et/ou mère.

5. - Plus fondamentalement, lorsque le mot parent au sens large est supprimé (*C. civ., art. 734, 737, 740 ou 745 du projet*), cela revient à brouiller les repères que sont la parenté et l'alliance dans la famille. Cette parenté repose sur un enchaînement de liens de filiation. Ainsi les ascendants et les collatéraux s'inscrivent dans une généalogie familiale que le projet de loi tend à nier, ce qui est choquant compte tenu du but recherché par ses auteurs. Le droit des successions se transforme en un droit technique sans fondement visible.

6. - Dans le même ordre d'idées, les textes relatifs à la fente n'ont plus de sens. Ainsi, l'intitulé du paragraphe 3 de la section 1 du chapitre III du titre Ier du livre III du Code civil, aujourd'hui appelé « De la division par branche, paternelle ou maternelle », deviendrait : « De la division par branches ». Mais de quelles branches s'agit-il alors ? Pourquoi ne pas avoir parlé de branches parentales ? C'est que le terme est ici inutilisable. Même si l'article 746 réécrit vient ensuite préciser qu'il s'agit de la branche de l'un ou l'autre des parents, la fente perd définitivement ses racines historiques pour ne plus être qu'une pure règle correctrice de la dévolution par degrés. La réécriture formelle de cette discipline est un appauvrissement technique lourd de conséquences.

**7. -** C'est ensuite le **droit des libéralités** qui est touché par la maladresse des rédacteurs. L'article 904 du Code civil, tel que réécrit, relatif à la capacité de tester du mineur substitue encore au terme « parents » l'expression de « membres de sa famille ». Le texte devient incompréhensible (on y parlerait même de « membres de la famille jusqu'au sixième degré inclusivement » !). Écrit dans le contexte de la première guerre mondiale, à une époque où la majorité était fixée à 21 ans, ce texte archaïque mériterait d'ailleurs d'être abrogé. Il faudrait avoir le courage ici de ne pas être conservateur !

**8. -** Le **droit des majeurs protégés** sortira-t-il indemne de ce lissage terminologique ? Rien n'est moins sûr. Cette matière illustre le cas où aujourd'hui l'expression « membre de la famille » a un sens très élargi puisqu'elle embrasse le conjoint, le partenaire pacsé, le concubin, les enfants, mais aussi les parents au sens large et alliés. La famille est même placée à côté de l'entourage et des amis du sujet vulnérable, car elle s'oppose à l'État et aux pouvoirs publics, notamment pour déterminer qui assume la charge de protéger le majeur et pour en régler les modalités. Par exemple, selon l'article 450 du Code civil, lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, cette charge est dévolue à un tiers, le juge désignant un professionnel agréé. L'expression de « membre de la famille » a également inspiré les rédacteurs du projet de loi qui proposent d'en étendre l'emploi notamment à l'article 460. Ce changement n'est pas neutre comme l'illustre l'épineuse question du mariage du majeur en tutelle. Naguère, un tel mariage était subordonné à la seule autorisation des père et mère qui dispensait ainsi le juge des tutelles de réunir un conseil de famille (*C. civ., ancien art. 506*). La loi du 5 mars 2007 réformant le droit des majeurs protégés a diminué l'emprise des père et mère sur cette décision. D'abord, les père et mère ne sont plus sollicités que pour donner leur avis. Ensuite, ils n'ont plus à consentir au contrat de mariage qui sera conclu par le tuteur assisté de son tuteur (*C. civ., art. 1399*). Pour autant, les père et mère du majeur en tutelle ne sont pas encore noyés parmi tous les membres de la famille comme l'ont cru les rédacteurs du projet qui substituent dans cette hypothèse au terme de « parent » celui de « membre de la famille ». Est-il normal de recueillir l'avis de toute personne membre de la famille (vieil oncle, cousine issue de germain, belle-soeur...) ? Et dans ces conditions, que resterait-il de l'entourage ? Un tel changement terminologique brouille le sens de la famille.

**9. -** La modification envisagée du **droit des aliments** pourrait créer des nids à procès, ce qui est inquiétant. On sait que le Code civil distingue l'obligation alimentaire simplifiée entre les personnes majeures unies par un lien de parenté directe et la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant mineur qui a un régime juridique dérogatoire. L'actuel article 211 envisage le cas particulier des père et mère d'un enfant majeur dans le besoin qui peuvent demander à exercer leur obligation alimentaire simplifiée en nature, en offrant le gîte et le couvert. En l'état actuel du droit positif, un tel aménagement n'est pas offert à toute « personne qui doit fournir des aliments », comme le montre la répartition formelle des règles entre les articles 210 et 211 du Code civil. La substitution proposée du terme « parent » à celui de « père ou mère » permettrait à tout membre de la famille (grands-parents, petits-enfants...) d'imposer à son obligé alimentaire de lui offrir le gîte et le couvert. Ceci offrirait demain aux avocats un nouveau moyen de défense en faveur des créanciers d'aliments, car rien ne justifierait de restreindre le domaine d'application de ce texte.

**10. -** L'utilisation du terme « parents » au sens étroit n'est pas nouvelle, ce terme était jusqu'alors employé dans le **droit de l'autorité parentale**. En effet, le législateur en 2002, comme déjà en 1987 et 1993, avait pris l'habitude de ne plus systématiquement désigner « le père » ou « la mère », optant plus volontiers pour le terme de « parent ». Le terme neutre de « parent » marquait ainsi une forte égalité des père et mère relativement aux pouvoirs d'autorité parentale sur leurs enfants. L'emploi systématique par le projet de loi du mot « parents » au lieu et place de l'expression « père et mère » ou « père ou mère » dans le droit de l'autorité parentale ne pose aucun problème de compréhension car, en cette matière, il est certain que ce terme ne peut que désigner ceux qui ont établi un lien de filiation avec un enfant. Il en va de même à propos de l'administration légale et du droit de jouissance légale. L'utilisation du terme « parents » ne crée aucune ambiguïté car les droits sur les biens de l'enfant mineur sont attachés à l'exercice de l'autorité parentale, qui n'appartient qu'aux personnes ayant établi un lien de filiation avec l'enfant. Un même constat peut être fait à propos de la substitution du terme « parents » aux termes « père et mère » dans l'article 1384 du Code civil puisque, là encore, aucune divergence de sens ne peut être faite : cette responsabilité spéciale du fait d'autrui est attachée à l'exercice de l'autorité parentale.

**11. -** Le droit de l'**émancipation** est également touché par le projet de loi. Il en est ainsi lorsque la loi désigne les personnes habilitées à former la requête quand les père et mère de l'enfant sont décédés. Remplacer la formule « sans père, ni mère » par « sans parent » interroge sur la composition du conseil de famille. On découvrira alors un article 399 réécrit qui vise les personnes unies à l'enfant par « un lien de parenté et d'alliance aux parents ». Or, il est absurde de

continuer à désigner ici les ascendants et collatéraux comme des personnes unies par un « lien de parenté » et à refuser de les appeler « parents ».

**12. - Le droit des mineurs** est enfin mobilisé par le projet de loi. Les rédacteurs du projet maintiennent la faculté du procureur de permettre exceptionnellement le mariage d'un mineur pour « motif grave » (en fait, la grossesse de la femme). Ce mariage continue à être célébré sous condition supplémentaire d'une autorisation parentale. Il s'agit d'une exception traditionnelle à l'exigence de capacité nuptiale posée par l'article 144 du Code civil : « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus* ». Notons, sans surprise, que cette disposition ne se référera plus au sexe des époux après la réforme : « le mariage ne peut être contracté avant 18 ans révolus ». Pourtant, l'enfant mineur devra être autorisé par ses père et mère. Dans cette logique, le projet neutralise l'expression sexuée de la parenté. Si aujourd'hui, ce sont les « père et mère » qui sont prioritairement appelés à autoriser le mariage de leur enfant mineur, l'article 148 réécrit viserait désormais les « parents », ainsi que les « aïeuls et aïeules » qui deviendraient les « aïeuls », ce qui ne prête pas ici le flanc à la critique. Après avoir remplacé à l'article 149 les mots « père et mère » par « parents », le projet laisse toutefois inchangé la locution « du père *ou* de la mère ». Quelle curiosité ! Y aurait-il eu un problème informatique... ? Cette modification formelle interroge également le fond. Pourquoi ne pas proposer la suppression du mariage des mineurs, alors même que l'on veut lutter par ailleurs contre les mariages forcés ?

**13. -** S'il n'est pas le propos de cet article d'en faire un commentaire détaillé, il convient tout de même de dire quelques mots de la nouvelle modification des règles de transmission du **nom de famille** en cas d'adoption. L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe implique nécessairement de tenir compte de cet état de fait dans la dévolution du nom de famille. Cet exemple est alors symptomatique de l'incohérence du projet de réforme : si l'égalité irrigue tout le projet, quant à la détermination du nom, on ne peut que souligner une très forte inégalité entre les enfants issus d'une filiation charnelle et les enfants adoptés. En effet, l'article 357 réécrit prévoit, qu'à défaut de choix des adoptants, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou d'adoption par deux époux, l'adopté prend le nom de chacun des deux, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux, les noms des deux parents étant ordonnés selon l'alphabet. Le choix du projet est donc d'attribuer à l'enfant un double nom de famille. Deux critiques peuvent alors être formulées. D'une part, cette règle conduirait à ce qu'un enfant adopté par son beau-parent voie son nom de famille complètement transformé puisque le nom du conjoint adoptant « primerait » celui du parent biologique à chaque fois qu'il le précéderait dans l'ordre alphabétique. D'autre part, cette règle absurde est totalement différente de celle adoptée en 2002 et 2003 quant à la dévolution du nom de famille d'un enfant issu d'une filiation charnelle. En effet, dans ce cas, c'est le nom du père qui sera dévolu à l'enfant à défaut de choix des parents (ou le nom de celui qui a établi la filiation en premier). Cette nouvelle règle démontre l'absence de réflexion des rédacteurs du projet sur les conséquences juridiques des modifications adoptées.

**14. -** Observons pour finir que le souci de supprimer toute référence au sexe des parents n'est pas mené jusqu'à son terme. En effet, le projet de loi ne propose aucune modification de l'article 57 du Code civil, un texte fondamental en matière d'**état des personnes**. Ce texte pose les règles d'établissement de l'acte de naissance. Aujourd'hui, cet acte d'état civil comporte une double rubrique relative au père et à la mère. La garde des Sceaux a précisé que le projet n'avait pas vocation à remanier cette forme : la question de l'état civil des enfants de couples de même sexe serait réglemantée par décret. La constitutionnalité et la légalité d'un tel décret nous paraissent douteuses. Sur le fond, ceci démontre que supprimer toute référence au sexe est gênant, et qu'il y a des bornes qu'on ne peut dépasser.

**15. -** En conclusion, nous ne pouvons que constater un véritable paradoxe dans ce projet de loi. Alors que l'exposé des motifs et l'étude d'impact réaffirment la volonté du Gouvernement de modifier les différents codes uniquement « lorsque cela est strictement nécessaire » à l'égalité promise, le dispositif du projet procède à la réécriture systématique et excessive que nous avons décrite. Les droits civils des hommes et des femmes, des couples de même sexe et des couples de sexe différent peuvent être soumis à l'égalité sans qu'il soit nécessaire de déstabiliser l'ensemble du droit de la famille.

**16. -** Puisque la difficulté se noue au niveau de la parenté - et en réalité seulement de la filiation -, c'est au sein des textes relatifs à la filiation adoptive qu'elle pourrait être dénouée. Il serait beaucoup plus simple de s'inspirer d'autres législations, en prévoyant dans un simple article que : « Les dispositions du présent code relatives aux père et mère de l'enfant s'appliquent aux pères ou mères de l'enfant lorsque ceux-ci sont de même sexe ». Bien sûr la place de ce texte serait décisive et devrait être précédée d'une large réflexion. L'utilisation d'un procédé assimilable à une définition légale permet de s'affranchir d'une réécriture massive du Code civil en ouvrant de façon pédagogique et indolore l'inter-

prétation des textes existants. Voici qui satisferait le vœu du législateur de présenter un texte techniquement minimaliste sans entamer la charge symbolique de la réforme, ni ruiner la cohérence du droit. [squf]

**Egalement dans ce dossier :** articles 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

---

Note 1 La réflexion est limitée au Code civil. Des études analogues pourraient être entreprises pour les onze autres codes (Code de l'action sociale et des familles, Code de la défense, Code l'environnement, Code général des impôts, Code de la justice militaire, Code des pensions civiles et militaires de retraite, Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, Code de procédure pénale, Code de la sécurité sociale, Code des transports, Code du travail) que le projet de loi propose de modifier pour dire si les modifications de forme sont aussi neutres que les rédacteurs le laissent suggérer...