



Droit de la famille n° 1, Janvier 2013, dossier 2

Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ?

Etude par Claire NEIRINCK
professeur à l'université de Toulouse, faculté de droit - EA 1920

Sommaire

Le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes même sexe » serait, dit-on, justifié par un impérieux principe d'égalité : celui de reconnaître un droit au mariage pour tous. Or ce droit existe déjà : le mariage est une liberté fondamentale dont nul ne peut être privé. Cependant, comme toutes les libertés, son exercice ne saurait être absolu. Il se heurte aux interdits fondamentaux qui fondent la famille^{Note 1}. Il en résulte que si on est toujours libre de se marier, on ne peut pas toujours épouser qui l'on veut.

1. - Sous l'habillage d'un mariage pour tous, il s'agit de supprimer l'exigence, jusqu'à présent impérative, de l'altérité sexuelle en lien direct avec la procréation. En effet, si le mariage n'avait pas pour fonction la reproduction contrairement à ce qui est souvent affirmé^{Note 2}, il avait celle de gérer juridiquement ses conséquences, en désignant automatiquement, à partir des époux, une mère et un père. Cependant cette institution a considérablement évolué au cours des dernières décennies. En particulier, son rôle dans l'établissement de la filiation s'est affaibli. Le mariage ouvert à tous consommerait définitivement sa séparation avec la filiation (1).

2. - Cependant, la démarche entreprise par le Gouvernement manque de clarté car, s'il affirme que le mariage n'est qu'un lien de couple, il le replace sur le terrain de la filiation en accordant aux couples de même sexe l'adoption. Les non-juristes peuvent penser que ces filiations fictives sont sans rapport avec l'engendrement, ce qui les inscrit sans problème dans la logique du mariage pour tous. Cependant il n'en est rien dès lors que l'adoption de l'enfant du conjoint est prioritairement concernée. Or pour qu'un conjoint adopte, il faut que l'autre conjoint soit parent par le sang. Le refus d'aborder la question essentielle - celle de savoir comment une personne qui refuse des relations hétérosexuelles peut devenir parent - ne la fait pas pour autant disparaître et conduit à refuser ce qui consacre implicitement un droit à l'enfant (2).

1. Le mariage comme consécration du couple

3. - En 1998, lors du vote de la loi sur le PACS, Mme Guigou, alors ministre de la Justice, avait expliqué pourquoi on ne pouvait pas accorder le mariage, lien familial, aux couples de personnes de même sexe et pourquoi, en conséquence, il fallait instaurer le PACS, lien de couple^{Note 3} : « au regard de l'enfant, les couples homosexuels et hétérosexuels sont dans des situations différentes. (...) Le domaine dans lequel la différence entre les hommes et les femmes est fondatrice, et d'ailleurs constitutive d'humanité, c'est bien celui de la filiation »^{Note 4}. La réalité de l'engendrement inscrite depuis la nuit des temps dans le mariage interdisait de l'accorder aux couples de même sexe. La nécessité de la complémentarité sexuelle pour procréer, qui s'imposait hier, s'imposera toujours. L'engendrement implique d'associer les forces procréatrices d'un homme et d'une femme, même dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Cependant, depuis 1998, le mariage s'est progressivement détaché de la filiation. Cette évolution rend pensable et possible son ouverture aux personnes de même sexe.

4. - Petit à petit, les sentiments sont devenus le ressort principal de l'institution, justifiant la liberté du divorce. La figure du conjoint s'est imposée, en raison de l'affection qui lui est portée. La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a consacré la qualité d'héritier de l'époux survivant, le mettant ainsi souvent en concurrence avec les enfants communs ou non du défunt. Pourtant, si l'égalité des enfants avait justifié d'organiser l'autorité parentale indépendamment du statut conjugal de leurs parents, l'établissement de la filiation demeurerait profondément différent selon que l'enfant était légitime ou naturel. Le mariage assurait une filiation privilégiée à l'enfant procréé par des époux. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a mis fin à cette prééminence. Elle a définitivement fait disparaître les « enfants légitimes ». Aujourd'hui, les hommes mariés sont traités comme ceux qui ne le sont pas et peuvent procéder à une reconnaissance de leur enfant^{Note 5}. Comme l'avait perçu le doyen Gérard Cornu, l'article 316 du Code civil a été « un cheval de Troie en mariage »^{Note 6}. Sa rédaction complexe mais réellement révolutionnaire^{Note 7} a définitivement tranché le noeud gordien qui liait mariage et filiation.

5. - Il en résulte que le mariage ne demeure rattaché à la filiation que par les très symboliques articles 212 et 312 du Code civil : le premier impose la fidélité des époux qui justifie la présomption de paternité devenue une simple option, édictée par le second. Ce constat - sa rupture implicite avec la filiation - a fait du mariage un lien de couple. On peut donc considérer et affirmer que l'accorder à tous les couples, à ceux dont la sexualité est procréatrice comme à ceux dont la sexualité ne l'est jamais, est une question d'égalité.

6. - Le projet de loi rend plus apparente une rupture déjà partiellement réalisée. Il en fait l'institution qui officialise l'affection que se portent deux personnes qui veulent en conséquence partager une communauté de vie et de lit, comme le souligne la proposition de loi déposée au Sénat : « si le mariage consacre l'amour entre deux personnes, croit-on que les personnes de même sexe ne sont pas en mesure d'éprouver l'une pour l'autre ce sentiment qui n'a pas de sexe ? »^{Note 8}. Le projet de loi ne dit pas autre chose quand il se contente d'affirmer que le PACS ne répond pas à « la demande des couples de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier », c'est-à-dire bénéficier de la reconnaissance et des droits accordés aux époux (qualité d'héritier, pension de réversion, prestation compensatoire...).

2. Le mariage comme accès à la filiation via l'adoption de l'enfant du conjoint

7. - De manière contradictoire, le projet de loi qui réduit le mariage à un lien de couple accorde aux couples de même sexe l'accès à la parenté en précisant toutefois « via le mécanisme de l'adoption ». Si l'adoption classique d'un enfant abandonné est visée, sa mise en oeuvre ne sera que très marginale. La jurisprudence et les médias révèlent que l'adoption de l'enfant du conjoint est prioritairement revendiquée et sera essentiellement pratiquée. Or l'adoption de l'enfant du conjoint, extrêmement avantageuse parce qu'elle dispense l'adoptant du respect des contraintes inhérentes à l'adoption^{Note 9} pré suppose qu'un des époux est déjà parent. Cette réalité biologique rend l'adoption de l'enfant du conjoint homosexuel inacceptable car elle implique la procréation d'un enfant à la demande.

8. - Le Gouvernement affirme que le projet de loi ne touchera pas à la loi de bioéthique. Celle-ci, révisée le 7 juillet 2011, a maintenu son principe fondateur, soit celui d'une aide à la procréation limitée au traitement palliatif de l'infécondité médicalement diagnostiquée. En conséquence sont toujours refusés les recours de convenance à un don de sperme anonyme et à la gestation pour autrui. Comme en témoigne une jurisprudence abondante et variée que le Gouvernement ne peut pas ignorer^{Note 10}, ces procédés sont déjà largement utilisés au sein des couples de même sexe pour accéder à la parenté biologique en dehors de l'hétérosexualité. Ils favorisent ainsi la naissance d'enfant sans père recherchée par les femmes homosexuelles et l'accès à une paternité sans mère par le truchement d'une gestation pour autrui pour les hommes. Toutefois, le succès actuel de ces fraudes à la loi est limité. L'obtention à l'étranger d'un don de sperme anonyme ne peut pas être sanctionnée car la maternité est fondée sur l'accouchement. En revanche, le ministère public conteste sur le terrain de la fraude les reconnaissances de paternité faisant suite à une gestation pour autrui^{Note 11}.

9. - Ainsi l'accès à l'assistance médicale à la procréation ne serait pas modifié ; néanmoins l'adoption de l'enfant du conjoint destinée à compléter cette filiation contestée serait accordée. Il est évident que le projet de loi, en l'état, encouragera les pratiques illégales qui seront de plus en plus pratiquées hors de France puisque l'adoption de l'enfant du conjoint viendra couronner de succès la démarche initiée au mépris de la loi. On peut en déduire l'alternative suivante :

- soit la position actuelle demeure et seuls les couples de femmes pourront réellement adopter l'enfant de leur conjointe. La loi sur le mariage pour tous n'assurera pas l'égalité affichée entre les lesbiennes et les

gays. Cette différence de traitement correspond à la législation de nombreux pays, comme l'Espagne ou le Québec qui refusent le recours à la gestation pour autrui mais prennent en compte le rôle prééminent de la femme dans la procréation ;

- soit le Parquet de l'état civil du ministère des Affaires étrangères de Nantes reçoit comme instruction de ne plus contester les reconnaissances de paternité faisant suite à des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. L'égalité des couples homosexuels est assurée. Mais on assiste à une négation totale de la démocratie dès lors que dans un état de droit le pouvoir exécutif s'affranchit du respect des lois votées, celle qui est concernée étant d'ordre public de surcroît. En outre cela revient à accepter sans débat une forme d'exploitation du corps féminin contraire au principe constitutionnel de dignité, qui réalise en plus une véritable fraude à l'adoption puisque l'abandon de l'enfant y est programmé avant sa conception.

10. - C'est pourquoi, tant que le problème de la parenté biologique homosexuelle, préalable à l'adoption de l'enfant conjoint, n'est ni clairement posé ni explicitement débattu au Parlement, il faut refuser l'adoption de l'enfant du conjoint. La suppression des articles 345-1 et 365, alinéa 1, du Code civil mettrait réellement tous les couples, hétérosexuels et homosexuels à égalité. Elle laisserait subsister la possibilité d'adopter l'enfant majeur du conjoint. Cette solution est en outre la seule qui ne favorisera pas les couples de même sexe. En effet les couples hétérosexuels ne peuvent pratiquer ni l'adoption plénière de l'enfant du conjoint interdite en présence d'une double filiation (*C. civ., art. 345-1, 1°* : ce texte n'est pas modifié dans le projet de loi) ni l'adoption simple subordonnée au consentement du parent qui n'est pas le conjoint de l'adoptant. Or celui-ci refuse généralement de consentir à une adoption qui lui ferait perdre ses droits parentaux. Il est évident que l'adoption de l'enfant du conjoint favorisera toujours les couples de même sexe qui refusent la coparentalité. En ce sens, elle constitue réellement une discrimination pour les couples hétérosexuels^{Note 12}.

11. - Le projet de loi sur le mariage entre personnes de même sexe n'est pas en lui-même contestable. Son silence sur le préalable à l'adoption de l'enfant du conjoint - c'est-à-dire sur les procédés admis pour permettre à ceux qui refusent des relations hétérosexuelles d'être parents - et la volonté implicite qu'on peut y voir de garantir l'égalité des droits parentaux des femmes et des hommes homosexuels le rendent inacceptable. En effet, l'accès à la parenté biologique préalable à l'adoption de l'enfant du conjoint qu'il tolère implicitement - y compris par le recours à la gestation pour autrui - consacre un véritable droit à l'enfant que la société française a jusqu'à présent toujours refusé. [squf]

Egalement dans ce dossier : articles 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11

Note 1 V. *La liberté fondamentale du mariage : PUAM 2009*. Les empêchements fondamentaux sont la différence de sexe, la monogamie, l'interdiction de la clandestinité et l'interdit de l'inceste.

Note 2 D. Borillo in *Au-delà du PACS : PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, p. 164*.

Note 3 É. Guigou, AN, séance du 3 nov. 1998 consacrée à la proposition de loi sur le PACS : *Journal Officiel 3 Novembre 1998, p. 7945*.

Note 4 Ce que révèle très clairement l'article 203 du Code civil, premier article d'un chapitre consacré aux obligations qui naissent du mariage : « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Note 5 La loi du 16 janvier 2009 l'a expressément formulé : *C. civ., art. 315*.

Note 6 G. Cornu, *Droit civil - La famille : Montchrestien, précis Domat, 9e éd. 2006, p. 392, note 6, « question de principe »*.

Note 7 H. Fulchiron, *Égalité, vérité et stabilité dans le nouveau droit français de la filiation : Dr. et patrimoine mars 2006, p. 47*.

Note 8 *Prop. de loi n° 745, enregistrée le 27 août 2012, exposé des motifs, p. 4*.

Note 9 L'agrément n'est pas nécessaire et l'article 348-5 du Code civil qui impose l'intermédiaire de l'ASE ou d'un OAA pour l'adoption d'un enfant de moins de 2 ans est écarté.

Note 10 *Cass. 1re civ.*, 20 févr. 2007, n° 06-15.647 (2e esp.) : *JurisData* n° 2007-037456 ; *Dr. famille* 2007, *comm.* 80, *obs.* P. Murat. - *Cass. 1re civ.*, 19 déc. 2007, n° 06-21.369 : *JurisData* n° 2007-041977 ; *Dr. famille* 2008, *comm.* 28, *obs.* P. Murat. - *Cass. ass. plén.*, 8 juill. 2010, n° 10-10.385 : *JurisData* n° 2010-011878. - *Cons. const., déc.*, n° 2010-39 6 oct. 2010 *QPC* : *Journal Officiel* 7 Octobre 2010 ; *Rec. Cons. const.* 2010, p. 264. - *CEDH*, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France* : *JurisData* n° 2012-006488.

Note 11 *CA Rennes*, 10 janv. 2012, n° 10/02646 : *JurisData* n° 2012-001532 ; *Dr. famille* 2012, *comm.* 67, *obs.* C. Neirinck.

Note 12 Il s'agit en effet de l'envers de l'arrêt *CEDH*, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/France*, *préc.*