



Les Cercles de formation de l'EHESS

DOCUMENT D'ANALYSE

MARIAGE DES PERSONNES DE MÊME SEXE ET FILIATION :

LE PROJET DE LOI AU PRISME DES SCIENCES SOCIALES

Direction scientifique : Irène THÉRY, EHESS

Laurence BRUNET, Université Paris I ; Jérôme COURDURIÈS, Université Toulouse Le Mirail ;
Agnès FINE, EHESS ; Martine GROSS, CNRS ; Anne-Marie LEROYER, Université Paris I ;
Jennifer MERCHANT, Université Paris II ; Serge PORTELLI, cour d'appel de Versailles



Les auteurs

Laurence BRUNET, chercheuse associée au centre de recherche « Droit, sciences et techniques » de l'université Paris I, chargée de mission au Centre d'éthique clinique de l'hôpital Cochin, Hôpitaux universitaires Paris Centre
laurence.brunet@free.fr

Jérôme COURDURIÈS, anthropologue, maître de conférences à l'université Toulouse 2-le Mirail, Laboratoire interdisciplinaires solidarités sociétés territoires – Centre d'anthropologie sociale/LISST-CAS (UMR 5193)
jerome.courduries@univ-tlse2.fr

Agnès FINE, anthropologue, directrice d'études à l'EHESS, Laboratoire interdisciplinaires solidarités sociétés territoires – Centre d'anthropologie sociale/LISST-CAS (UMR 5193)
fine@ehess.fr

Martine GROSS, sociologue, ingénieure de recherche au CNRS, Centre d'études interdisciplinaires des faits religieux/CEIFR (UMR 8216)
gross@ehess.fr

Anne-Marie LEROYER, juriste, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris I), directrice du M2 droit notarial, directrice du département « Famille et patrimoine » (IRJS)
anne-marie.leroyer@univ-paris1.fr

Jennifer MERCHANT, politologue, professeur à l'université Panthéon-Assas Paris II, Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques/Cersa (UMR 7106), Paris II
jennifer.merchant@u-paris2.fr

Serge PORTELLI, magistrat, président de chambre à la cour d'appel de Versailles

Irène THÉRY, sociologue, directrice d'études à l'EHESS, Centre Norbert Elias (UMR 8562)
irene.thery@univ-amu.fr

Direction scientifique : Irène Théry

Couverture : Arnaud Dattola

Secrétariat d'édition : Julien Meyrat

Ce document a été présenté lors de la rencontre-débat « Mariage des personnes de même sexe et filiation – le projet de loi au prisme des sciences sociales » organisée par les Cercles de formation de l'EHESS le 16 janvier 2013 dans le grand amphithéâtre de l'École, 105 bd Raspail, 75006 Paris.

Il est téléchargeable à l'adresse suivante : www.ehess.fr/mariage

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L.122-5-, 2° et 3° a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayant cause est illicite » (art. L.122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L.335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© EHESS, Cercles de formation – Tous droits d'auteur réservés - Représentation, reproduction ou exploitation non autorisées sans l'accord des auteurs et de l'EHESS



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Pas d'utilisation commerciale – Pas de modification 3.0 France

Les Cercles de formation de l'EHESS

Document d'analyse

Mariage des personnes de même sexe et filiation

Le projet de loi au prisme des sciences sociales

Prologue

Mettre en forme la controverse

La perspective d'une légalisation du mariage et de l'adoption pour les couples de même sexe a suscité ces derniers mois des réactions parfois viscérales, d'autant plus dommageables que la réforme engage des institutions fondamentales de notre société. Les questions légitimes qu'elle soulève ne doivent être ni éludées ni instrumentalisées. Car il ne suffit pas de brandir le code civil, encore faut-il le connaître.

Est-il exact que la redéfinition du mariage civil « abolira » la différence des sexes et plus largement la distinction masculin/féminin ? Est-il vrai que les mots de père et de mère vont disparaître de notre droit ? Enfin, peut-on soutenir que l'enfant adopté par un couple de même sexe sera victime d'un « mensonge » sur sa conception et d'une manipulation de sa filiation ?

Les sciences sociales peuvent contribuer à un débat démocratique, informé et serein. À notre sens, elles le doivent. Ainsi, accorder attention à un texte important et prendre la peine de lui répondre si l'on est en désaccord avec lui est une des façons de mettre en forme la controverse qui nous paraît des plus profitables. C'est ce que ce document se propose de faire.

L'Union nationale des associations familiales (Unaf) a publié le 29 octobre 2012 un dossier d'analyse intitulé *Les questions du mariage, de la filiation et de l'autorité parentale pour les couples de même sexe* qui mérite de retenir l'attention à la fois à cause des responsabilités qui sont celles de l'Unaf, partenaire officiel des pouvoirs publics censé représenter « toutes les familles », par ses qualités intrinsèques de ton et d'argumentation, et enfin parce qu'il propose des analyses et énonce des prises de positions avec lesquelles on peut être, pour l'essentiel, en désaccord. En un mot, l'Unaf s'oppose majoritairement au projet de loi sur le mariage de même sexe et l'adoption, alors qu'au contraire les auteurs de ce document le soutiennent.

Nos trois grands objectifs sont les suivants :

- *contexte* : présenter le contexte international en matière de droits des couples de même sexe et replacer le projet de loi dans la perspective du temps long de l'histoire du mariage et de la filiation en France ;
- *analyse* : examiner les points du texte qui font l'objet de controverses ainsi que les principaux amendements annoncés (AMP pour les couples de femmes, adoption pour les couples non mariés, etc.) ;
- *ouverture* : débattre des alternatives au projet de loi qui ont été proposées (union civile, etc.) et analyser la façon dont ce projet s'inscrit, ou devrait s'inscrire, dans une réforme plus globale de la filiation contemporaine.

Ce document d'analyse a été rédigé par un ensemble de chercheurs, juristes, politistes, sociologues et anthropologues. Ils ne prétendent certainement pas être d'accord sur tout. Sur certains points, ils n'ont pas pris les mêmes positions dans le débat de ces derniers mois. Mais cela ne les empêche pas de vouloir en commun contribuer à faire comprendre pourquoi l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe ne détruira ni le mariage, ni la famille, ni la différence des sexes, ni l'état civil.

Ces chercheurs et juristes ne présentent évidemment pas un improbable « point de vue des sciences sociales » sur le projet de loi, et pas davantage celui de l'École des hautes études en sciences sociales, qui n'a pas à prendre position en tant que telle. Les contributions n'engagent, comme c'est l'usage, que leurs signataires.

Les auteurs remercient très chaleureusement les Cercles de formation de l'EHESS – qui ont organisé dans l'amphithéâtre François Furet du 105 boulevard Raspail, Paris 6^e, la rencontre-débat du 16 janvier 2013 au cours de laquelle ce document a été présenté – pour leur avoir permis de s'exprimer en toute liberté.

Leurs remerciements tout particuliers vont à Françoise Sabban, directrice des Cercles de formation, Marina Zuccon, responsable développement, et Julien Meyrat qui a assuré le secrétariat d'édition : sans leur efficacité et leur professionnalisme, ce document n'aurait pu être réalisé.

Sommaire

Auteurs	2
Prologue : Mettre en forme la controverse	4
Synthèse	6

Partie I : Mariage et adoption pour les couples de même sexe : la distinction masculin/féminin abolie ?

Pourquoi cette loi maintenant ?	13
Jérôme Courduriès	
Panorama international et constats.....	17
Serge Portelli	
« Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ?	21
Irène Théry	
Une suppression des catégories de père et mère ?.....	25
Anne-Marie Leroyer	

Partie II : Deux parents de même sexe : l'institution d'un « mensonge aux enfants » ?

L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ?	30
Laurence Brunet	
Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ?	35
Martine Gross	
Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ?	39
Agnès Fine	
AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse	43
Jennifer Merchant	

Synthèse

Irène Théry

Le 29 octobre 2012, l'Union nationale des associations familiales (Unaf) a publié un « dossier d'analyse » du projet de loi sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, sous le titre *Les questions du mariage, de la filiation et de l'autorité parentale pour les couples de même sexe*. Ce dossier de 36 pages est composé de trois grandes parties et d'annexes¹.

La première partie est intitulée *Les conditions nécessaires pour aborder cette large question de société*. Elle indique que pour l'Unaf cinq questions sont problématiques au moment du dépôt du projet. Les termes du débat n'ont pas été assez clarifiés ; les conséquences pour tous pas assez explicitées ; la cohérence avec les principes juridiques existants n'a pas été sauvegardée ; le périmètre de la réforme n'est pas clair ; la société civile et ses représentants n'ont pas été assez associés à la réflexion.

La deuxième est intitulée *Mariage et filiation pour les couples de même sexe, enjeux et conséquences*.

Elle indique que pour l'Unaf le sens général de la réforme est « *la suppression de la distinction de sexe dans le mariage et la filiation* » soit, pour tous, une véritable rupture avec le droit existant, et elle analyse l'impact dramatique qu'aurait selon elle une telle rupture sur l'état civil, l'adoption, la procréation médicalement assistée, l'autorité parentale.

La troisième partie, intitulée *Accorder de nouveaux droits aux couples de même sexe, les éventuels scénarii*, explicite et argumente la position de l'Unaf. Elle est majoritairement opposée à l'institution d'un mariage des personnes de même sexe et à toute remise en cause du principe selon lequel l'enfant a pour parents « *un père et une mère* ». Elle est donc opposée à l'adoption plénière pour les couples de même sexe. L'Unaf est donc en désaccord complet avec le projet de loi tel qu'il a été déposé. Au-delà, elle précise qu'elle serait *a fortiori* opposée à toute remise en cause du principe réservant l'accès à l'AMP aux seuls couples hétérosexuels ayant fait la preuve d'une infertilité pathologique.

En revanche, l'Unaf se déclare favorable à la création d'une union civile spécifique aux couples de même sexe avec des droits similaires à ceux des mariés (sans ouverture vers la filiation) et à la possibilité, pour ces couples, de l'adoption simple.

Pourquoi le dossier de l'Unaf mérite-t-il d'être discuté ?

À notre sens, ce texte mérite discussion parce qu'il tranche avec nombre de déclarations entendues au cours de ces derniers mois de la part des opposants au projet de loi, par différentes qualités : un ton modéré, des analyses argumentées, des prises de position, enfin, explicitement assumées en faveur d'un autre scénario que celui du projet de loi. Ce texte engagé rappelle qu'il est naïf de confondre l'objectivité avec la neutralité : ce n'est pas parce qu'on « ne prend pas position » qu'on est objectif. Ce qui importe est d'argumenter de façon rationnelle la position que l'on croit juste, au regard à la fois des faits concernés et des valeurs en cause. Une discussion est alors possible.

L'Unaf a décidé de centrer son argumentation sur le *droit civil*, en laissant de côté d'autres considérants en général mis en avant par les opposants (considérants religieux, psychologiques, pédagogiques, philosophiques, « anthropologiques », psychanalytiques, etc.). Ce choix nous paraît judicieux pour deux raisons. D'une part, la réforme concerne, certes, les droits des couples de même sexe, mais ce faisant elle transforme nécessairement le mariage et la filiation en général, donc notre droit commun de la parenté, et il est important d'en prendre la mesure. D'autre part, en argumentant sur le droit, on se contraint à la clarté et à la précision : le niveau du débat ne peut qu'en être amélioré, ainsi que la capacité pour chacun à mieux apercevoir les enjeux de fond de la réforme.

Enfin, l'Unaf souligne à juste titre que la rhétorique de l'égalité des sexualités (ou égalité entre « les homosexuels » et « les hétérosexuels ») ne permet pas de rendre compte de la réforme, qui engage en réalité, au plan juridique, la question des sexes. C'est bien ce qu'indique le titre du projet. Il ne porte pas sur l'orientation sexuelle des personnes et donc pas sur un prétendu « mariage homosexuel », mais sur leur identité sexuée et donc sur un mariage « des personnes de même sexe ». Et il est vrai qu'évoquer l'égalité des sexualités sans plus d'argument pourrait se retourner contre le projet si – en présentant toute différence sexuée en termes de discrimination – elle faisait croire qu'une sorte de machine logique infernale est à

¹ www.unaf.fr

l'œuvre, obligeant finalement à dénier la différence biologique entre un homme et une femme au regard de la procréation.

Mais à la différence de l'Unaf, nous pensons que la revendication d'égalité est légitime et qu'il est parfaitement possible de montrer qu'elle concerne des situations comparables. De plus, dans la vraie vie sociale, la supposée machine infernale n'existe pas plus que la célèbre boîte de Pandore de la mythologie : ce n'est qu'un fantasme agité pour faire peur. Les sociologues savent que l'invocation de la « mise en péril » est un classique depuis *La Rhétorique réactionnaire*, le célèbre livre d'Albert O. Hirschman².

Enfin, à la différence de l'Unaf, nous pensons que, sans être directement présente au plan du droit, la question de l'homosexualité est bien le cœur des enjeux sociaux, moraux et humains soulevés par l'institution d'un mariage de même sexe : il ne s'agit rien moins que d'*inclure* définitivement ceux qu'autrefois on a traités comme une « espèce » à part de l'humanité commune, qu'on a réduits à leur seule sexualité – une sexualité présentée en outre comme un dangereux péché et une inquiétante pathologie – *au sein de l'ordinaire des rapports sociaux de sexe qui nous permettent de faire société ensemble* (voir le texte de Jérôme Courduriers).

Or, c'est justement sur le fond du débat, sur la question des sexes et des relations sexuées, que nous sommes en désaccord avec le point central de l'analyse de l'Unaf, dont tout le reste découle.

Un désaccord de fond sur la question des sexes

Pour l'Unaf, le projet de loi implique une neutralisation de la différence des sexes. Elle le présente même comme une « *suppression de la distinction de sexe* », tant dans le mariage que dans la filiation. Et au fond, l'entière opposition à la réforme repose sur ce grief fondamental. Dans un tel « effacement », elle voit une véritable *rupture*, et cela « *pour tous* », avec l'univers de sens et de droit qui a été le nôtre jusqu'à présent. L'Unaf va jusqu'à évoquer l'idée que la réforme bouleverserait pour chacun son « état civil », et engagerait une remise en cause de notre « pacte social ». Elle pense enfin qu'une telle hypothèse remet en cause les droits fondamentaux de l'enfant. On le voit, le ton est modéré mais l'analyse, au fond, ne l'est pas. L'accusation portée est grave.

Or il se trouve que cette affirmation est tout simplement erronée. L'objet de la réforme n'est pas de « neutraliser » le sexe des individus, et le texte ne le fait pas. Il n'est pas question de supprimer du code civil les termes d'époux et épouses ni les termes de père et de mère. En outre, bien qu'elle utilise l'expression « distinction de sexe »³, issue des sciences sociales, l'Unaf démontre qu'elle n'en a pas compris le sens. En effet, celle-ci a été forgée par des anthropologues justement pour montrer que l'on ne peut pas réduire les relations sexuées aux seules relations de sexe opposé (homme/femme) ou de genre opposé (masculin/féminin). Dans toute société les relations *de même sexe*, qui parcourent tout l'univers de la vie sociale et contribuent en particulier à structurer la parenté (père/fils, mère/fille, oncle/neveu, sœur/sœur, frère/frère, etc.), ne sont ni moins instituées, ni moins importantes, ni moins significatives que les relations de sexe opposé.

Seul un certain héritage, lié à l'histoire de notre propre culture, peut amener à confondre très souvent les relations sexuées avec les seuls « rapports homme/femme », voire avec les rapports « hétérosexuels », le tout étant confondu avec la « différence des sexes ». Ainsi, l'un des opposants les plus décidés à la loi sur le Pacs, Tony Anatrella, prêtre et psychanalyste, conseiller de l'Église de France, justifiait en 1999 son opposition à toute remise en question de la définition traditionnelle du couple en droit civil par l'affirmation : « *Les homosexuels n'atteignent pas à la différence des sexes.*⁴ » Dans une telle perspective, il est exclu d'accorder la moindre existence sociale aux relations amoureuses de deux hommes ou de deux femmes.

De façon parfaitement claire, ce qui est en cause dans le projet est non pas une « suppression » mais *un redéploiement de la distinction de sexe*, de façon à inclure dans le mariage et l'adoption, non seulement les relations de sexe opposé, mais les relations de même sexe. Ainsi, si la loi est votée, il y aura des couples mariés formés *d'un époux et d'une épouse*, comme ce fut toujours le cas, mais aussi des couples formés de deux *épouses* et des couples formés de deux *époux*. De même, l'enfant adopté plénièrement pourra avoir non seulement *un père et une mère*, ou seulement *un père* ou seulement *une mère*, comme c'est déjà le cas

² Hirschman A. O., 1991, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard.

³ Théry I., 2007, *La distinction de sexe, une autre approche de l'égalité*, Paris, Odile Jacob.

⁴ Anatrella T., « À propos d'une folie », *Le Monde*, 26 juin 1999.

(l'enfant pouvant être adopté plénièrement par une personne célibataire), mais aussi *deux mères* ou *deux pères*.

Il est donc faux de prétendre, comme le fait l'Unaf, que les mots de père et de mère vont « disparaître » du code civil et *a fortiori* d'affirmer que leur supposée « éviction » va changer l'état civil pour chacun de nous. Il est tout aussi faux de dire que l'on va instituer, pour les enfants des couples de même sexe, cette chose aussi neutre qu'improbable : du « parent A » et du « parent B ». Tout cela est pur et simple fantasme, répété ensuite pour faire peur. Sur cette question des « père et mère », le projet de loi pourrait, d'ailleurs, être avantageusement simplifié et certaines petites incohérences supprimées pour encore mieux traduire l'esprit de la loi (**voir le texte d'Anne-Marie Leroyer**).

Qu'un couple puisse être formé de deux époux ou de deux épouses, qu'un enfant adopté puisse avoir deux pères ou deux mères, tel est ce qui est proposé par le projet de loi : rien de plus, rien de moins. Et voilà ce qui mérite, en effet, argumentation, car c'est un changement important de notre droit du mariage et de la filiation. Un changement, mais certainement pas la rupture sans précédent qu'imagine l'Unaf, faute de percevoir l'enracinement historique de la réforme non seulement dans le changement des démocraties à l'égard de l'homosexualité, mais aussi dans l'évolution profonde qu'a connu tout notre droit de la parenté depuis deux siècles.

Couple et mariage.

Pour l'Unaf l'enjeu principal du débat sur le mariage n'est pas le couple, mais le rapport direct qui existe entre mariage et filiation, à travers la présomption de paternité et le fait que seuls les couples mariés peuvent devenir parents par l'adoption plénière conjointe d'un enfant. L'accès à la filiation est ce qui justifie pour elle de refuser d'instituer un mariage de même sexe :

« Le mariage civil français est [...] une institution républicaine créée pour protéger les femmes et les enfants nés et à naître : il est donc intrinsèquement sexué et lié aux enfants. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe entraînerait donc leur accès à la filiation. En outre, cette ouverture obligerait à instituer des différences au sein d'un même statut, jusqu'alors unique. Pour ces raisons, l'Unaf est majoritairement opposée au mariage de deux personnes du même sexe. »

Soulignons qu'en employant la formule « *une institution républicaine créée pour protéger les femmes et les enfants nés et à naître* », l'Unaf fait comme si le mariage civil n'avait pas changé depuis sa création en 1792.

Une telle présentation de l'état actuel du droit du mariage est pourtant erronée, faute de s'ouvrir à la moindre analyse historique. En effet, on peut démontrer que, sous l'apparence de rester le même, le mariage du Code Napoléon de 1804 – et, par-delà, tout l'ordre matrimonial de la famille fondé sur le principe de hiérarchie des sexes qu'il avait institué – a connu une véritable *révolution de velours juridique*, si consensuelle que nos contemporains n'en ont pas toujours conscience. Depuis 1912 le mariage n'est plus la seule institution fondatrice de la paternité ; depuis 1972 il n'est plus le socle de la seule famille juridiquement reconnue, les droits et devoirs des enfants et des parents sont exactement les mêmes que ces derniers soient ou non mariés ; depuis 2002 les devoirs de coparentalité survivent au divorce des époux ; et enfin depuis 2005 nous avons purement et simplement effacé du code civil la distinction entre filiation légitime et naturelle, qui était autrefois le grand principe organisateur de tout le droit de la famille.

C'est pourquoi la formule du doyen Jean Carbonnier, « *le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité* », qui fut naguère profondément éclairante pour comprendre pourquoi le mariage civil était par définition l'union d'un homme et d'une femme, n'est plus exacte aujourd'hui. Depuis que la filiation s'en est entièrement autonomisée, le cœur du mariage n'est plus la présomption de paternité, mais le couple. Et dès lors qu'elle ne sépare plus sur aucun point la « vraie famille » de la « non-famille », la présomption de paternité a changé de sens : elle n'est rien de plus aujourd'hui qu'un simple effet du mariage, liée au devoir de fidélité.

Aussi l'argument de l'Unaf sur « *l'institution de différences au sein d'un même statut* » ne tient pas : *le projet de loi n'institue aucune différence statutaire entre les couples*. Bien plus simplement, la présomption de paternité – qui est une présomption de procréation, contestable par preuves biologiques – n'a pas d'objet dans certains cas. Par définition elle ne trouve à s'appliquer concrètement que pour les couples de sexe opposé en âge de procréer. Quant au maintien d'un privilège matrimonial pour l'adoption plénière, au moment où plus de la moitié des enfants naissent de parents non mariés, c'est une véritable incongruité du droit actuel héritée du temps où seule la filiation légitime était une « vraie » filiation. C'est pourquoi, nous qui approuvons l'institution d'un mariage de même sexe, nous pensons en outre que le projet de loi devrait être amendé de façon à permettre l'adoption plénière à tous les couples, qu'ils soient mariés, pacsés ou en union libre (**voir le texte d'Irène Théry**).

Une union civile ?

Si on admet que le mariage civil est devenu fondamentalement l'institution d'un lien de couple, cependant que la filiation se refondait sur son propre socle et devenait commune à tous les enfants quel que soit le statut matrimonial de leurs parents, un certain anachronisme de la proposition de l'Unaf sur la création d'une « union civile » apparaît.

Dans le dossier de l'Unaf, l'absence de toute mise en perspective juridique du débat français à la fois dans l'histoire longue et l'histoire récente ainsi que dans le contexte international est très frappante. Un panorama dressé avec soin est pourtant fort éloquent : depuis quelques décennies, toutes les démocraties qui ont reconnu des droits aux couples de même sexe ont commencé par une autre institution que le mariage, qui a pris diverses formes selon les pays : l'union civile, le Pacs ou d'autres formes encore de concubinages enregistrés. Des arguments ont été donnés en leur temps plutôt pour telle solution, plutôt pour telle autre. Revendiquer aujourd'hui une union civile alors que la « voie française » a été celle du Pacs paraît étrange. Et cela d'autant plus au moment où les pays qui avaient pour leur part choisi la voie de l'union civile ont évolué et considèrent – à l'instar du président américain Barack Obama ou du Premier ministre anglais David Cameron – que l'enjeu de l'heure est l'institution du mariage. Une telle proposition semble une façon de botter en touche en revenant en arrière vers un débat ayant déjà eu lieu il y a treize à quinze ans, plutôt qu'une alternative crédible au mariage de même sexe, institution porteuse non seulement de droits égaux mais d'égalité de dignité (**voir le texte de Serge Portelli**).

Cependant, on doit souligner que l'Unaf, en proposant une union civile, admet à tout le moins qu'en France aujourd'hui les couples de même sexe n'ont pas des droits suffisants, en particulier en cas de séparation ou de décès. Elle reconnaît ainsi indirectement *la légitimité de la revendication d'égalité entre tous les couples*, treize ans après que la loi sur le Pacs et le concubinage a redéfini la catégorie « couple » en droit civil. Si elle se refuse cependant à accorder pleinement cette égalité, ce qui supposerait que tous les couples aient le choix entre les trois mêmes options – union libre, Pacs et mariage – c'est pour une raison différente : refuser à tout prix d'instituer une filiation de même sexe.

Adoption, filiation

L'Unaf ne peut pas ignorer que les familles homoparentales existent en France, même si jusqu'à présent aucune des associations qui les représentent n'a été acceptée en son sein. Elle est bien consciente qu'il serait nécessaire de « sécuriser » les liens filiaux des enfants élevés par les couples de même sexe. Elle propose à cet égard la possibilité d'une adoption simple, mais s'oppose avec la dernière énergie à l'institution de l'adoption plénière prévue par le projet de loi :

« Ouvrir l'ensemble de l'adoption aux couples de même sexe pose en particulier la question de l'adoption plénière. Alors qu'un enfant ne peut naître que d'un homme et d'une femme, l'accès éventuel à l'adoption plénière remettrait juridiquement en cause cette réalité, laissant croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe. C'est pourquoi l'Unaf est majoritairement défavorable à l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe. »

« Laisant croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe » : encore une fois, force est de dire qu'une telle affirmation est erronée. Dans le dossier de l'Unaf, la présentation de l'adoption, comme celle qui a été faite du mariage, ne tient aucun compte de l'histoire. C'est pourquoi elle en vient à affirmer que l'adoption serait une institution dont la particularité serait de *passer pour une procréation*. Or s'il est vrai qu'une vision de l'adoption comme ce qui doit « *singer la nature* » (Napoléon) a existé, il est historiquement faux de dire qu'elle a toujours été le décalque de la procréation. À dire vrai, une telle représentation est récente : elle n'a existé qu'à partir de la légitimation adoptive (1939) et de l'adoption plénière (1966). De plus, comment ignorer que cette représentation de l'adoption plénière comme une « seconde naissance » devant à tout prix effacer la première est aujourd'hui battue en brèche par de nouvelles valeurs familiales ? Loin de chercher à se faire passer pour des géniteurs (comme ce fut le cas dans le passé quand on cachait à l'enfant qu'il avait été adopté), les parents adoptifs d'aujourd'hui revendiquent l'adoption *pour elle-même*, comme une façon pleinement légitime de *construire la filiation sur l'engagement d'élever comme le sien un enfant qu'on ne prétend certainement pas avoir fait*. Dans ce sens, ils sont de plus en plus attentifs au besoin de l'enfant de connaître son histoire, parfois de chercher ses origines. Ils comprennent qu'une telle quête ne les remet pas en cause dans leur place unique de parents selon la filiation, bien au contraire.

Refusant une approche historique, l'Unaf ne voit pas ce changement fondamental dans les valeurs de l'adoption, qui s'inscrit dans une perspective plus large : l'évolution de la filiation en général au temps du démariage. Au cours de la seconde moitié du xx^e siècle, cependant que le mariage cessait d'être le seul socle de la « vraie famille », les configurations familiales se sont diversifiées et ont pris leurs distances avec le modèle

unique du couple matrimonial procréatif (« un seul père, une seule mère, pas un de moins, pas un de plus »). La famille contemporaine est devenue de plus en plus ouverte aux pluriparentalités, autrement dit à des personnages qui sans être (ni revendiquer d'être) des « parents » au sens de la filiation, ont cependant une place dans l'histoire et l'identité personnelle de l'enfant et ne peuvent plus être gommés et déniés comme on l'a fait autrefois : parents de naissance, donneurs de sperme ou d'ovocyte, beaux-parents, etc. ([voir le texte d'Agnès Fine](#)).

Dans ce contexte, il est capital de rappeler qu'au strict plan du droit, la filiation adoptive *n'est pas* un décalque de la procréation, et qu'en aucun cas le fait qu'un enfant soit adopté par un couple de deux hommes ou deux femmes ne « *laisserait croire qu'il est possible de naître de deux hommes ou de deux femmes* ». Cette affirmation repose sur une méconnaissance de la spécificité des procédures adoptives, comme de l'état civil. Tout à l'inverse, on peut démontrer pourquoi cette institution (à la différence d'autres modalités d'établissement de la filiation dite charnelle) est particulièrement adaptée pour accueillir des liens de filiation homoparentaux, fondés sur l'engagement parental envers l'enfant. Il est pour le moins paradoxal de retourner contre les couples homosexuels, qui ne sont jamais tentés de prétendre avoir procréé ensemble un enfant, les représentations dépassées d'une institution, en leur prêtant gratuitement des intentions qui furent autrefois celles de couples hétérosexuels. Et cela alors même que, dès lors que des enfants adoptés plénièrement auront juridiquement « deux pères » ou « deux mères », personne ne sera plus tenté de confondre deux notions juridiques aussi différentes que celle de *parent* et celle de *géniteur* ([voir le texte de Laurence Brunet](#)).

Assistance médicale à la procréation (AMP)

En instituant l'adoption plénière, la loi va franchir un pas symbolique considérable : pour la première fois un enfant pourra avoir juridiquement deux pères ou deux mères, sans que cela soit un déni quelconque que cet enfant, comme tous les autres, est né des deux sexes. Cependant, on sait que concrètement l'adoption ne sera pas une solution tant les enfants adoptables sont peu nombreux en général, et alors que peu de pays dans le monde acceptent de confier en adoption des enfants à des couples homosexuels. D'ores et déjà les couples de même sexe qui souhaitent devenir parents se tournent vers l'AMP et de nombreux couples de lesbiennes ont ainsi eu un enfant, ces deux dernières décennies, par une insémination avec donneur (IAD) réalisée dans un pays voisin, Belgique, Espagne, etc. Dès lors qu'on accepte qu'un enfant puisse avoir deux mères, il sera possible à la compagne de celle qui a accouché d'adopter l'enfant issu de cette AMP à l'étranger. Mais on risquerait de créer une situation hypocrite et peu cohérente si une telle situation se pérennisait : les couples de femmes seraient les seuls à devoir passer par l'adoption en cas d'AMP avec tiers donneur, alors que nul n'exige cela pour les couples de sexe différent dans une situation identique.

C'est pourquoi nous pensons qu'il serait logique que le projet de loi instituant l'adoption plénière soit complété par l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes⁵.

L'Unaf, pour sa part, est absolument opposée à une telle idée :

« Pour l'Unaf, une telle hypothèse viendrait totalement bouleverser le droit actuel de la filiation fondé sur l'interdiction pour un enfant d'avoir simultanément, à sa naissance, deux pères ou deux mères. »

« De plus, l'admission d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe dans le cadre de l'AMP poserait la question du maintien de ce principe dans le cadre des autres modes d'établissement de la filiation (reconnaissance, possession d'état et présomption). À nouveau, la cohérence et l'équilibre du droit de la filiation seraient altérés. »

En disant que permettre à un couple de femmes de devenir mères par l'AMP bouleverserait en général l'établissement de la filiation charnelle, l'Unaf s'inquiète de façon injustifiée. Personne n'a l'intention de faire passer les enfants issus d'AMP pour *nés de* deux femmes. Ce spectre maintes fois agité par les opposants au projet de loi est, comme dans le cas de l'adoption, un pur et simple fantasme. En revanche, dans le cas de l'AMP avec tiers donneur, la remarque de l'Unaf nous permet de mettre le doigt sur un vrai problème : le mensonge sur la filiation, le fait de faire passer l'enfant pour « né de » deux personnes qui par hypothèse n'en sont pas les géniteurs existe bel et bien en droit. C'est très exactement ce qu'organise le droit actuel, et de surcroît au nom de la bioéthique : une pseudo-procréation charnelle faisant passer le mari stérile pour le géniteur de l'enfant. Ce modèle pseudo-procréatif, qui passe par une utilisation fallacieuse de la présomption de paternité, n'a pas évolué depuis les premières lois de bioéthique (1994) et cela alors même que plus

⁵ Je tiens à préciser ici que notre collègue Anne-Marie Leroyer a une opinion différente sur l'AMP ainsi que sur la gestation pour autrui. Voir en particulier **Leroyer A.-M.**, 2011, *Droit de la famille*, PUF, coll. « Licence », 1^{re} éd., p. 268 et 291 et s.

personne parmi les médecins ou les juristes ne défend l'ancien modèle de secret du recours au don, qui avait prévalu au début des Cecos. Par-delà, ce modèle pseudo-procréatif repose sur un déni des dons et des donneurs : l'anonymisation irréversible des gamètes a été pensée en France comme une « *dépersonnalisation des gamètes* » (*sic*) assurant que l'enfant est né non pas d'une personne singulière mais d'un « *matériau de reproduction interchangeable* »⁶.

De très nombreuses démocraties en Europe et dans le monde ont d'ores et déjà su remettre en question leur ancien droit de l'AMP, de façon à en finir avec les secrets et mensonges et à *assurer les droits fondamentaux de l'enfant* : d'une part son droit à la non-falsification de sa filiation, d'autre part son droit de ne pas être privé de l'accès à son dossier médical et à la possibilité, à sa majorité et s'il le souhaite, d'accéder à l'identité de son donneur. Tous ces pays, sans aucune exception, ont ce faisant conforté la place des parents et la filiation de l'enfant. Ils ont enfin assumé que nos sociétés ont su créer, au fond, une nouvelle façon de mettre des enfants au monde par la coopération d'un couple de parents intentionnels (où l'un procréé et l'autre pas) et d'un donneur ou d'une donneuse d'engendrement qui donne de sa capacité procréatrice pour permettre à d'autres de devenir parents. Cette nouvelle façon de faire des enfants n'a rien de honteux, bien au contraire, et cesser de la dissimuler dans le droit est la seule façon de la revendiquer de façon responsable. Tel est, à notre avis, le sens dans lequel une grande démocratie comme la France doit aller, en comprenant que l'homoparentalité est ici un « révélateur » exceptionnel des manques et contradictions de notre droit, nous incitant à l'améliorer pour tous (**voir le texte de Martine Gross**).

Toutes ces questions sont posées depuis longtemps, avec insistance, en particulier par la nouvelle génération de jeunes adultes issus d'AMP et qui viennent interroger la génération qui les a fait naître, en exigeant des droits légitimes qui renforceront l'AMP en général en la conformant de façon décisive à nos grandes valeurs communes. Si ces questions ont pu être finalement étouffées lors des débats bioéthiques récents, c'est entre autres parce que certaines des procédures de consultation publique qui ont été mises en place ont reposé *officiellement* sur des *questions ouvertement orientées*, ce qui est en contradiction avec les règles minimales de la démocratie participative. C'est pourquoi on peut s'étonner que l'Unaf se réclame de tels « états généraux » comme des modèles de consultation. Il conviendra à tout le moins de revoir pour l'avenir la façon dont *la règle d'impartialité démocratique* est assurée lors de consultations publiques, quelles qu'elles soient, sur des sujets aussi capitaux.

De façon plus générale, pour des chercheurs et juristes, spécialistes des questions de famille et de parenté, il n'est aucune question dans ces domaines qui puisse être traitée par la diabolisation. La tentation d'une telle diabolisation existe encore en France, et tout le débat contemporain sur l'homoparentalité le montre, *même si chaque jour la réalité des familles concrètes est mieux connue, ce qui contribue puissamment à la disparition des préjugés*.

Aujourd'hui, c'est principalement sur la gestation pour autrui (GPA) que se concentre une telle tentation. On sait que la GPA n'est pas dans l'orbite du projet de loi. Nous ne demandons pas qu'elle soit légalisée car nous savons que l'opinion n'est pas mûre, et le débat à peine entamé. Mais ce que nous demandons, à la fois comme chercheurs et comme citoyens, c'est que cesse dès aujourd'hui le temps de la désinformation systématique et des boucs émissaires. Nous nous sentons, à cet égard, des responsabilités particulières en tant que spécialistes de la connaissance du lien social. C'est pourquoi, pour contribuer à ce que prenne enfin forme un débat serein et éclairé, nous publions dans ce document un texte sur l'un des pays où existe une GPA que l'on peut nommer, de l'avis de nombre d'entre nous, « éthique » : les États-Unis (**voir le texte de Jennifer Merchant**). Chacun sait que des enfants sont nés par GPA à l'étranger, en conformité avec les règles des différents pays. Nous considérons qu'assurer à ces enfants la transcription de leur état civil est un devoir de sécurisation de leurs liens à leurs parents. Il ne s'agit en rien de trancher à l'avance le long et patient débat qui permettra de cesser de confondre la GPA conforme à nos valeurs les plus fondamentales et la marchandisation du corps humain, comme nous avons su naguère cesser de confondre l'adoption internationale conforme à ces grandes valeurs et le trafic d'enfant.

⁶ Pour une analyse de ces formules, voir **Théry I.**, 2010, *Des humains comme les autres, bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, éd. de l'EHESS.

Partie I

Mariage et adoption pour les couples de même sexe : la distinction masculin/féminin abolie ?

Pourquoi cette loi maintenant ?

Jérôme Courduriès

Anthropologue

Université Toulouse 2 – le Mirail

Les opposants à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe s'étonnent de cette revendication. Pourtant, elle se comprend très bien à la lecture de l'histoire contemporaine de l'homosexualité et des changements qu'a connu le statut de l'amour conjugal depuis le XIX^e siècle. Il n'est pas possible de retracer ici toute l'histoire de l'homosexualité et de son traitement social. On peut se référer à quelques travaux tout à fait intéressants dont je ne citerai ici que quelques auteurs. Retenons simplement que, dans une société fortement marquée par l'influence de l'Église catholique, parmi les comportements entachés de péché figuraient l'adultère, l'inceste, la sodomie, les caresses réciproques, la bestialité¹... L'homosexualité n'avait pas encore de nom. En dehors des termes de *sodomite* et *pédéraste*, il n'existait pas jusqu'au XIX^e siècle de terme spécifique pour désigner les hommes qui avaient des relations charnelles avec d'autres hommes, encore moins les femmes ayant une sexualité avec d'autres femmes. C'est à partir du XVIII^e siècle, selon Michel Foucault, que l'on a isolé des sexualités périphériques. Dès les années 1730-1740, on ne parlait plus de sodomites mais de pédérastes, l'évolution du vocabulaire témoignant là aussi d'importants changements : la conception religieuse du sodomite, accusé de menacer l'ordre divin (et donc royal), connut un net recul. Par ailleurs un lent changement s'opéra dans l'image du sodomite : il « *n'est plus seulement un homme ordinaire cédant, dans sa faiblesse originelle, à une tentation particulièrement grave, mais un individu au caractère spécifique, élément d'un groupe qui tente de se constituer à l'intérieur de la société*² ». Cet individu au caractère spécifique semblait bien annoncer la constitution du personnage de l'homosexuel du XIX^e siècle dont nous parle Michel Foucault : un personnage qui a « *un passé, une histoire et une enfance, un caractère, une forme de vie. [...] Rien de ce qu'il est au total n'échappe à sa sexualité.*³ »

Michel Foucault l'a montré, le terme *homosexualité* est né au XIX^e siècle en Europe, et est étroitement lié au contexte occidental de l'époque. Ce terme, *homosexuel*, n'apparut que dans la deuxième moitié du XIX^e siècle ; pour Michel Foucault, l'article écrit par Karl von Westphal en 1870 sur les « sensations sexuelles contraires »⁴ en constitue l'acte de naissance, et institue l'ensemble des homosexuels en catégorie psychiatrique⁵. À partir de là, au-delà des seuls actes sexuels, c'est, pour reprendre les mots de Foucault, « *une certaine manière d'invertir en soi-même le masculin et le féminin* » qui caractériserait ce qu'on nomme l'homosexualité. Cette idée fut longtemps admise et intériorisée, jusque dans les œuvres littéraires qui donnent forme à des amours entre hommes.

L'homosexuel est né ; c'est sa sexualité qui le caractérise et lui donne cohérence : physiologie, caractère, comportement, rien n'échappe au prisme de sa sexualité contre-nature. On commence à définir l'individu en fonction de son comportement sexuel ; « *Dis-moi tes désirs et je te dirai qui tu es : cette demande est caractéristique du XIX^e siècle.*⁶ » Autrefois considérés comme des libertins, les homosexuels sont encore vus comme des infâmes. Passibles d'être emprisonnés, ils sont également considérés dans les dernières décennies du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle comme souffrant d'anomalie mentale. La médecine s'est intéressée avant les années 1860 à la pédérastie, mais dans le cadre des expertises médico-légales accomplies à la suite de viols ou d'attentats à la pudeur. À partir des années 1870, le regard médical change d'objet pour s'intéresser

¹ Avant la Révolution française, des voix se firent discordantes, considérant que le châtement encouru était démesuré, parmi lesquelles celles des chansonniers mais également celles d'auteurs éclairés qui, à un moment où le droit canon s'est sécularisé, ont tenté de séparer sanction religieuse et sanction juridique.

² **Rey M.**, 1987, « Justice, police et sodomie à Paris au XVIII^e siècle », in Jacques Poumarède, Jean-Pierre Royer (dir.), *Droit, histoire et sexualité*, Lille, éd. de l'Espace Juridique, p. 179.

³ **Foucault M.**, 1998 (1976), *La volonté de Savoir. Histoire de la sexualité* tome 1, Paris, Gallimard, coll. Tel, p. 59.

⁴ **Westphal K. (von)**, 1870, in *Archiv für Neurologie*.

⁵ Cette chronologie du concept d'homosexualité avait été décrite pour la première fois par Havelock Ellis, dans son ouvrage *Sexual Inversion* paru en 1923 (Philadelphie, Davis Company).

⁶ Interview de Michel Foucault par Stephen Riggins, *Ethos*, vol. 1, n° 2, automne 1983, pp. 4-9. Reprise dans **Foucault M.**, 2001, *Dits et écrits*, vol. 2 : 1876-1988, Paris, Gallimard, coll. Quarto, pp. 1344-1357.

à la personnalité de l'auteur de l'acte de sodomie. Ce n'est qu'à partir des années 1950 que s'est desserrée l'emprise médicale. Le célèbre rapport Kinsey établi en 1948 que « *les hommes ne constituent pas deux populations distinctes, hétérosexuelle et homosexuelle* », rendant ainsi les catégories psychiatriques inadaptées. Mais ce n'est qu'en 1974 que, sous la pression de groupes d'homosexuels, l'American Psychiatric Association retira l'homosexualité de la nomenclature des maladies mentales.

Dans les années 1920, les homosexuels français jouissaient d'une relative liberté et n'étaient pas condamnés alors qu'en Allemagne et en Angleterre, ils restaient menacés par la loi. Les dispositions légales à l'encontre des homosexuels anglais se durcirent, tandis qu'en Allemagne, ils devinrent des parias à éliminer ; ils portèrent le triangle rose à partir de 1934, avant d'être envoyés en camp de concentration. L'Italie fasciste qualifia dès 1938 les homosexuels de criminels politiques, alors emprisonnés ou exilés. Dans la France occupée de Vichy, où la famille était confirmée comme une des trois valeurs suprêmes de la nation, on considérait l'homosexualité comme étant hédoniste et antifamiliale : d'abord elle se caractérise par des pratiques non tournées vers la procréation, ensuite, les homosexuels constituent une menace pour les jeunes générations, avenir de la nation. C'est ainsi que le 6 août 1942, Pétain, mettant fin à l'exception française vieille de cent cinquante ans, signa une ordonnance interdisant les relations homosexuelles avec un mineur de moins de vingt et un ans, alors que pour les relations hétérosexuelles, cette limite d'âge était de quinze ans ; les peines encourues pour toute infraction à cette ordonnance étaient l'emprisonnement et d'importantes amendes. Mais cette loi du 6 août 1942 ne fit pas que condamner l'homosexualité, elle introduisit dans le code pénal la notion d'acte « contre-nature », renouant ainsi avec une perception ancienne des pratiques sexuelles entre hommes. Cette loi fut confirmée après la Libération par l'ordonnance du 8 février 1945. L'évolution vers une intolérance croissante, favorisée par le péril de la guerre et l'occupation allemande en France, s'est imprimée dans un temps plus long que le temps des changements politiques et a marqué durablement les mentalités.

En France, où la citoyenneté s'exprime à travers l'appartenance à l'État et à la nation, rarement à travers une identité communautaire, des mouvements homosexuels ont émergé à une époque récente, parallèlement à l'affirmation du féminisme, demandant l'abandon des discriminations juridiques et policières envers les homosexuels, aboutissant en France à la loi du 4 août 1982. Comme l'ont démontré de nombreux auteurs, 1968 constitua un moment décisif dans l'histoire sociale contemporaine, en particulier du couple et de la famille. À la faveur des mouvements de 1968 ce qui deviendra, au sens le plus large, le Mouvement de libération des femmes s'aggrave autour de quelques intellectuelles.

Les mouvements militants homosexuels sont le résultat de l'émergence de l'individu homosexuel et contribuent, dans le même temps, à la renforcer. En France, les années 1980 voient la sociologie s'intéresser pour la première fois aux homosexuels. Michael Pollak, élève de Pierre Bourdieu et directeur de recherche au CNRS, mit en évidence dès 1982, dans son premier article sur l'homosexualité, le long apprentissage que les homosexuels doivent faire pour s'affranchir des modes de vie hétérosexuels. Ce qui était alors valorisé parmi les gays, c'est une sexualité multiple et variée, une « sexualité de réseau », comme contre-modèle du modèle hétérosexuel de vie conjugale. Ici apparaît le sida, qui va tout bouleverser.

L'interdit pesant sur l'homosexualité a été un facteur qui a renforcé la dichotomie entre vie affective et relations sexuelles. Être dans l'obligation de vivre sa sexualité dans la clandestinité favorise l'installation de réseaux qui permettent d'allier discrétion et efficacité. Néanmoins le contexte sociopolitique depuis la fin des années 1990 est en plein mouvement, un mouvement qualifié par certains de « normalisation », essentiellement marqué par la reconnaissance du couple homosexuel *via* le pacte civil de solidarité adopté en 1999 et la récurrence du thème de l'homosexualité dans les médias de masse : les homosexuels ont fait leur entrée dans la vie quotidienne. On pourrait être tenté de dire que l'interdit sur l'homosexualité dont parlait Pollak a disparu, mais ce serait sans doute aller trop vite. Une visibilité plus grande de l'homosexualité et une forme de reconnaissance légale des couples de même sexe ne signifient pas que l'homosexualité soit reconnue par tous comme un mode de vie légitime. Les discours homophobes entendus à la fin des années 1990 à l'occasion des débats autour de l'instauration du pacte civil de solidarité, et à nouveau ces derniers mois depuis l'annonce du dépôt, par le gouvernement, d'un projet de loi relatif au « mariage des personnes de même sexe » en témoignent. L'expérience du rejet familial violent que font encore de jeunes hommes et femmes homosexuel/le/s le rappelle aussi douloureusement.

L'observation du monde social et en particulier l'attention portée aux débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe et sur leur accession à la parentalité et à la filiation ainsi qu'à la presse destinée aux homosexuels confirment que l'idéal de vie parmi les gays a changé au cours des quinze dernières années en

France et même dix ans plus tôt aux États-Unis. Le désir de former un couple n'est bien sûr pas nouveau. Ce qui l'est véritablement, c'est sa visibilité sociale et le fait qu'il soit de plus en plus largement partagé. Les parcours sentimentaux des hommes et femmes homosexuel/le/s et hétérosexuel/le/s tendent certainement à se rapprocher depuis le début des années 1990. Aujourd'hui, s'investir dans la drague et dans une sexualité avec des partenaires multiples n'exclut pas de vivre une relation amoureuse durable et de l'inscrire dans la vie à deux. Le passage d'un mode d'organisation de la sexualité à un autre, d'un investissement dans un réseau d'échanges sexuels à une sexualité conjugale peut s'opérer dans un même parcours biographique et parfois à plusieurs reprises au cours d'une vie. Cela est vrai pour les homosexuels comme pour les hétérosexuels.

Le souhait de nombreux couples gays et lesbiens d'accéder, en tant que couple, à la filiation est une autre illustration des changements contemporains. Ces désirs d'enfant ne sont bien entendu pas nouveaux ; ce qui l'est davantage, c'est qu'ils trouvent à s'exprimer dans le couple. Autrefois, une personne homosexuelle qui voulait avoir des enfants n'avait d'autre choix que de se marier avec quelqu'un de l'autre sexe et de fonder avec elle une famille, tout en préservant de manière plus ou moins clandestine des relations homosexuelles. Ailleurs, Flávio Luiz Tarnovski l'a montré pour le Brésil, les personnes homosexuelles trouvaient des compensations à leur désir d'enfant en se voyant confier de façon informelle un enfant de leur entourage proche. Aujourd'hui en France, comme dans beaucoup d'autres pays, le recours à des coparentalités, l'existence de techniques médicales d'aide à la procréation et l'adoption, dans une moindre mesure, permettent à de plus en plus de couples homosexuels de concrétiser leur désir de fonder une famille. Le fait que, malgré les nombreuses difficultés rencontrées dans ces parcours, les familles homoparentales soient toujours plus nombreuses illustre bien à la fois la force du désir d'enfant de ces hommes et femmes homosexuel/le/s et la banalisation croissante des unions homosexuelles et des familles qu'elles constituent.

En alternative à la légalisation du mariage de même sexe, à laquelle elle est opposée, l'Unaf propose dans son dossier la création d'une union civile qui garantirait aux couples homosexuels les mêmes droits et devoirs que ceux des couples hétérosexuels mariés, sans l'accès à la filiation. Si, à la fin des années 1990, cette solution aurait pu être envisagée plutôt que celle du contrat d'union civile, ou du Pacs, sur le modèle de ce qu'ont fait de nombreux pays en Europe qui ont commencé par légaliser une telle union, du Danemark au Royaume-Uni ou à l'Allemagne, la proposer aujourd'hui, et de surcroît en alternative au mariage, paraît tout à fait anachronique. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, en Angleterre où le choix de départ avait été celui d'une union civile, c'est bel et bien le mariage qui est aujourd'hui à l'ordre du jour, avec le soutien du leader des conservateurs, David Cameron. Les États qui, depuis quelques années, réfléchissent au statut légal des couples de même sexe, optent pour le mariage : onze pays au monde dont huit en Europe ont déjà ouvert le mariage depuis 2001, ainsi que plusieurs États du Brésil, des USA, du Mexique et tout récemment l'Uruguay. Plusieurs dirigeants importants se positionnent aujourd'hui en faveur du mariage de même sexe : c'est le cas de Barack Obama, qui pendant longtemps donna sa préférence à l'hypothèse d'une union civile, mais qui a changé d'avis et s'en est expliqué publiquement au printemps 2012.

Ce mouvement pourrait étonner dans la mesure où on a pu penser que le mouvement de privatisation du rite matrimonial, au cours des dernières décennies, avait atténué la portée symbolique du mariage. La revendication de l'accès au mariage pour les couples de même sexe montre paradoxalement le contraire. Cela ne peut se comprendre que si on prend en considération le fait que de nombreux couples homosexuels ont vu dans le pacte civil de solidarité, en l'absence d'un véritable mariage, le moyen de donner à leur union un caractère officiel et symbolique. Les pratiques que certains mettent en œuvre, reprenant à leur propre compte un certain nombre de petits rituels matrimoniaux destinés à solenniser ce moment, disent leur désir de donner à leur Pacs la couleur d'un véritable engagement réciproque. Peut-être parce qu'ils n'y ont pas encore accès, le rite matrimonial conserve à leurs yeux un rôle signifiant. Il constitue une référence socialement partagée, une sorte de modèle dont ils s'inspirent pour donner à leur union devant le tribunal d'instance un caractère plus noble. La manière dont certains couples homosexuels organisent leur Pacs s'inscrit dans une dynamique d'appropriation d'un dispositif d'enregistrement perçu comme étant exclusivement administratif. Ces ritualisations peuvent être interprétées comme autant de tentatives pour effacer le stigmate que le dispositif du Pacs continue de porter en lui, malgré de nombreuses dispositions favorisant la reconnaissance des couples de même sexe. Stigmate que l'ouverture du mariage pourrait bien effacer. En effet, au cours de cette dernière décennie, un sentiment n'a cessé de croître parmi les couples homosexuels, qu'ils envisagent ou non de se marier un jour : c'est le fait qu'avec le droit au mariage se joue en réalité le fait de savoir si les homosexuels accéderont au cœur de la normalité sociale et des rites de célébration laïque, ou s'ils continueront à demeurer en marge, acceptés mais pas intégrés, et en quelque sorte reçus seulement à l'étage non noble de nos mairies républicaines. Bien entendu, tous les homosexuels (comme les hétérosexuels du reste) ne veulent pas se

marier. Mais c'est une chose de refuser le mariage lorsqu'on n'y a pas accès, c'est est une autre de choisir de ne pas se marier. Ne pas comprendre que cet enjeu de dignité et d'honneur est aussi important que celui de l'égalité des droits rend la proposition de l'Unaf plus incongrue qu'elle ne semble le soupçonner.

Pour aller plus loin

Jérôme Courduriès, 2011, *Être en couple (gay). Conjugalité et homosexualité masculine en France*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, coll. Sexualités.

Jérôme Courduriès, 2008, « L'argent chez les couples gays », in Hélène Belleau et Caroline Henchoz (dir.), *L'usage de l'argent dans les couples : pratiques et perceptions des comptes amoureux. Perspective internationale*, Paris, L'Harmattan, p. 259-295.

Jérôme Courduriès, 2008, « Usages et représentations du Pacs chez les couples gays », in Didier Le Gall (dir.), *Genres de vie et intimité*, tome 3, Paris, L'Harmattan, p. 217-237.

Jérôme Courduriès, 2006, « Les couples gays et la norme d'égalité conjugale », *Ethnologie française*, 36-4, p. 705-711.

Jean Le Bitoux, Hervé Chevaux et Bruno Proth, 2003, *Citoyen de seconde zone. Trente ans de lutte pour la reconnaissance de l'homosexualité en France (1971-2002)*, Paris, Hachette Littérature.

Massimo Prearo, 2010, « Réflexions critiques sur l'histoire contemporaine de l'homosexualité », *Bulletin d'histoire politique*, Université Laval, Québec, vol. 16, n° 3.

Wilfried Rault, 2009, *L'invention du Pacs. Pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. Académique.

Flávio Luiz Tarnovski, 2010, *Être père et homosexuel dans la France contemporaine*, thèse de doctorat en anthropologie sociale, dir. Agnès Fine, Toulouse, EHESS.

Irène Théry, 1997, « Le contrat d'union civile en question », *Esprit*.

Irène Théry, 1999, « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Esprit*.

Panorama international et constats

Serge Portelli

Magistrat

Président de chambre à la cour d'appel de Versailles

Dresser un bilan du droit des couples de même sexe dans le monde conduit à trois constats évidents.

Personne ne peut nier, à voir fonctionner le monde, que nous assistons à une évolution générale des systèmes juridiques régissant la structure familiale et la filiation, de plus en plus favorables aux homosexuels. Cette évolution se traduit par une adoption accélérée de législations autorisant le mariage. Pour retracer cette évolution, on ne peut se borner à opérer une addition de réformes qui pourrait paraître l'effet d'un hasard ou le fruit d'une coïncidence. Une tendance existe, évidente, un mouvement, apparemment irréversible et de plus en plus rapide, dont le sens est à rechercher.

Autre constat : il existe une tendance encore plus évidente à accorder aux couples homosexuels un statut de dénomination variée qui copie parfois très fortement le mariage.

Enfin, on ne peut davantage nier qu'il existe une majorité de pays où les couples d'homosexuels ne bénéficient d'aucune protection juridique particulière. En observant la carte du monde séparant les pays de ce type et ceux qui ont évolué vers le mariage ou le partenariat, on remarque qu'une césure sépare l'Afrique et l'Orient du reste du monde. Elle recoupe en grande partie les pays d'influence islamique où l'homosexualité est interdite voire réprimée (parfois très sévèrement, par la peine de mort) et les autres où l'homosexualité a été dépénalisée, banalisée et largement acceptée. Inutile de chercher dans le droit une explication quelconque. L'influence de la religion paraît se suffire à elle-même.

Dix années d'effervescence en faveur du mariage

Sur le mariage, une analyse chronologique est intéressante. Tout s'est passé en une dizaine d'années. Très exactement depuis 2001.

Analyse chronologique : une traînée de poudre

Tout a commencé aux Pays-Bas. Là, comme ailleurs, la réforme ne s'est pas accomplie en un tournemain. Le Parlement avait entamé dès 1995 une réflexion sur le sujet. Comme beaucoup d'autres États, les Pays-Bas avaient d'abord adopté une législation autorisant un partenariat : en 1998, une loi avait prévu la possibilité de conclure un « partenariat enregistré » (*geregistreerde partnerschap*). Une autre loi, du 21 décembre 2000, a permis le mariage homosexuel à compter du 1^{er} avril 2001. La rédaction de l'article 30 du code civil est désormais aussi simple que cela : « *Un mariage peut être contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.* » Le partenariat a été maintenu ; il peut à tout moment être transformé en mariage.

La liste chronologique des pays prévoyant le mariage est pour l'instant la suivante :

- avril 2001 : les Pays-Bas sont donc le premier pays à autoriser le mariage homosexuel ;
- janvier 2003 : la Belgique ;
- 2004 : aux États-Unis, le Massachusetts est le premier État à autoriser le mariage homosexuel ;
- juillet 2005 : ce mariage est autorisé sur l'ensemble du Canada ainsi qu'en Espagne ;
- novembre 2006 : l'Afrique du Sud l'autorise à son tour ;
- 2008, aux États-Unis, le Connecticut, suivi en
- 2009, de l'Iowa et du Vermont ;
- janvier 2009 : la Norvège ;
- avril 2009 : la Suède ;
- 2010 : aux États-Unis, le New Hampshire ;
- mai 2010 : le Portugal ;
- juin 2010 : l'Islande ;
- juillet 2010 : l'Argentine ;
- 2011 : aux États-Unis, l'État de New York ;
- 2011 toujours, au Mexique, le District fédéral et le Quintana Roo.

L'année dernière, en 2012, le rythme s'est nettement accéléré. Ainsi, toujours aux États-Unis, ce fut le tour des États de Washington, Washington district de Columbia, du Maine et du Maryland (suite à un référendum).

En juin 2012, le Danemark et, en Amérique du Sud, au Brésil, l'État de Bahia en novembre puis, en décembre, ceux de Piauí et São Paulo, et enfin l'Uruguay.

Constats complémentaires

Une fois ce catalogue établi, on sent bien que la situation est mouvante, que les choses peuvent encore évoluer grandement. Au rythme où se produisent ces changements, il y a fort à parier qu'ils ne s'arrêteront pas de sitôt.

Des réformes sont en cours dans des pays importants

Beaucoup de pays s'apprêtent, aujourd'hui, à rejoindre le camp des réformateurs. La France en est l'exemple évident. La dernière campagne présidentielle, achevée par le vote du 6 mai 2012, a donné lieu à un débat animé sur le mariage homosexuel et l'homoparentalité, les deux principaux candidats adoptant dans ce domaine des positions antagonistes.

Le Royaume-Uni s'apprête, lui aussi, à modifier sa législation. En décembre 2012, le gouvernement a décidé de soumettre au Parlement début 2013 un projet de loi autorisant le mariage homosexuel civil. Le cas est d'autant plus intéressant que le gouvernement qui met en œuvre cette réforme est conservateur. David Cameron, sans ambiguïté, maintient une position qui celle des Tories mais aussi des Libéraux-démocrates depuis plusieurs années : « *Lors d'un congrès, j'ai un jour dit qu'il importait peu que l'engagement soit entre un homme et une femme, un homme et un autre homme ou une femme et une femme. Vous m'avez applaudi pour cela. Cinq ans après, nous sommes en train de consulter en vue de légaliser le mariage gay. À ceux qui émettent des réserves, je dis ceci : oui, il s'agit d'égalité, mais il s'agit aussi d'autre chose : l'engagement. Les conservateurs croient aux liens qui nous unissent ; que la société est plus forte quand nous nous faisons des vœux et quand nous nous soutenons les uns les autres. Je ne soutiens donc pas le mariage gay en dépit de mes opinions conservatrices, je soutiens le mariage gay parce que je suis conservateur.* »

Des voies et moyens très divers

Il est remarquable que les réformes intervenues n'aient pas été que le fait des parlements. Si la sanction de la loi est toujours intervenue, il faut noter que les juges et le peuple lui-même ont eu des rôles prépondérants.

La justice est intervenue par le biais du contrôle de constitutionnalité. L'exemple de l'Afrique du Sud est symptomatique. La constitution de 1996 avait interdit dans ce pays toute discrimination en raison de l'interdiction sexuelle. La Cour constitutionnelle a jugé le 1^{er} décembre 2005 discriminatoire et non conforme à la constitution la définition du mariage comme étant l'union « *d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre* ». Elle a fixé au Parlement un délai d'un an pour procéder à une réforme. La loi a été votée à une large majorité le 14 novembre 2006 et promulguée le 30 novembre. Elle permet aussi bien le mariage qu'une union civile.

Au Canada, de nombreuses décisions de justice avaient déjà jugé la définition du mariage donnée par la loi fédérale (l'union exclusive d'un homme et d'une femme) comme discriminatoire et contraire à la Charte canadienne des droits et libertés. Entre juin 2003 et juin 2005, dans pas moins de huit provinces et un territoire, les tribunaux s'étaient prononcés en ce sens. Assez logiquement, la loi sur le mariage civil est venue consacrer cette révolte des juges.

Quelques référendums ont également été organisés, qui ont abouti à l'instauration du mariage homosexuel. Ils sont intervenus lors des dernières élections de novembre 2012 et ont abouti dans le Maine, l'État de Washington et le Maryland.

Les refus s'expriment aussi : les référendums, les juges

Il serait illusoire de penser que le mouvement que nous venons de décrire est unilatéral. Tout d'abord parce que d'autres référendums ont eu lieu qui ont abouti à des refus. Aux États-Unis, on ne parle que des consultations qui ont adopté le mariage mais pas de ceux qui ont refusé, tout aussi nombreux.

La concurrence des sources aboutit d'ailleurs parfois à de graves cafouillages. Ainsi en Californie, le mariage homosexuel est d'abord autorisé en 2008. Dans un second temps, la même année, un référendum est organisé. Les électeurs approuvent une proposition (« proposition 8 ») qui interdit les mariages entre personnes du même sexe. Nous en sommes à présent aux recours exercés devant les juridictions. Plusieurs ont déjà estimé que cette interdiction n'était pas conforme à la Constitution. La Cour suprême est saisie.

D'autres juges ont, eux, décidé que le mariage ne pouvait concerner qu'un homme et une femme. Ainsi en Allemagne, la Cour constitutionnelle a décidé que le mariage était « *une communauté de personnes de sexe différent* » (« *Geschlechtsverschiedene Gemeinschaft* », décision BVerfGE 10, 59).

Pas de retour en arrière

Le débat a surgi en France : pourrait-on revenir sur une réforme législative ? Le cas de la Californie peut inquiéter. Force est de constater, cet État mis à part, que dans tous les pays où, compte tenu des évolutions politiques et des changements de majorité, il a été question de revenir sur ces législations libérales, il ne s'est rien passé. Partout, pour l'instant, ces tentatives ont avorté pour des raisons variées. Ainsi au Canada (2006) ou en Espagne plus récemment. Le candidat Mariano Rajoy avait promis de revenir sur la loi de 2005 autorisant le mariage homosexuel. Il n'en a finalement rien fait. De plus, le 6 novembre 2012, le Tribunal constitutionnel espagnol a rejeté le recours qui avait été formé contre cette loi par le parti populaire trois mois après sa promulgation.

Les régimes de partenariat

Ces dix années d'effervescence en faveur du mariage ne doivent pas faire oublier qu'elles s'inscrivent dans un mouvement plus vaste et plus ancien. Le mariage n'est pas apparu comme une revendication première des homosexuels ni comme un impératif égalitaire absolu.

Les premières avancées ont concerné non pas le mariage – qui pouvait apparaître comme une institution bourgeoise surannée – mais un statut de partenariat susceptible d'assurer un minimum de sécurité à l'époque notamment où beaucoup de couples étaient défaits par le sida.

Évolutions et limites

La France connaît depuis 1999 le régime du Pacs. On affirme parfois qu'elle a été pionnière en la matière. Il n'en est rien. Dès 1989, par une loi du 7 juin, le Danemark avait créé un *partenariat enregistré* qui était réservé aux seuls couples homosexuels. Et beaucoup d'autres pays l'ont ensuite imité. Comme en France, ces formes d'unions avaient souvent un double but :

- fournir aux couples homosexuels une forme de reconnaissance dans un état de droit et permettre une plus grande sécurité dans leurs relations patrimoniales et personnelles ;
- fournir, au-delà de la problématique homosexuelle, à tous les couples, y compris hétérosexuels, une forme de lien moins contraignant que le mariage et correspondant aux mœurs.

Ces partenariats ont fourni un cadre intéressant depuis une trentaine d'années. Mais ils ont aussi montré leurs limites. Ils ont, en définitive, plus souvent répondu aux vœux des hétérosexuels. L'exemple de la France est à cet égard éclairant. Entre 2000 et 2010, le nombre de Pacs a connu un essor considérable. Il a presque décuplé, passant de 22 000 à 205 000, même si une décline est probable pour 2011 et 2012. Mais ce sont essentiellement les hétérosexuels qui ont bénéficié de l'expansion de cette institution.

	Pacs de même sexe	Pacs de sexe opposé	Total Pacs
2000	5 412	16 859	22 271
2010	9 143	196 415	205 558

Source : Insee, statistiques de l'état civil ; SDSE, fichiers détails Pacs

Ces partenariats ont surtout montré leurs limites face à une exigence d'égalité et de non-discrimination. En effet, ils ne permettaient pas d'établir de liens de filiation et de fonder une famille. Or les homosexuels souhaitaient un libre accès à toutes formes de vie familiale. Dans une marche inévitable vers un idéal d'égalité le partenariat était devenu une étape si ce n'est un frein.

Cas de figure

Aujourd'hui, plusieurs cas de figure se présentent :

Absence de partenariat. Le cas le plus répandu est encore celui d'une absence totale d'institution destinée aux couples homosexuels. Il en va ainsi, en Europe, des pays suivants : l'Italie, la Grèce, la Pologne, la Roumanie, Chypre, Malte, la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie, l'Estonie et la Bulgarie.

Partenariat exclusif. Certains pays ne connaissent qu'un régime de partenariat à l'exclusion du mariage, comme en France aujourd'hui. Il en va ainsi de l'Allemagne et pour l'instant de l'Angleterre.

En Allemagne, un « acte pour le partenariat de vie » (*Lebenspartnerschaft*) a été créé par une loi du 1^{er} août 2001 et a reçu l'aval du Tribunal constitutionnel fédéral par une décision du 17 juillet 2002. Il ne s'applique qu'aux couples de même sexe. Ce partenariat est conclu sans durée déterminée. Un nom de famille commun

peut être choisi. Chaque partenaire entre dans la famille de l'autre. Il existe un devoir d'assistance mutuelle et de contribution équitable aux charges. Le partenariat entraîne l'application d'un régime patrimonial identique au régime matrimonial légal. La dissolution résulte d'une décision de justice. En cas de décès, la succession est organisée sur le modèle du mariage. Les différences avec le mariage concernent la fiscalité, les assurances sociales ainsi que la filiation.

En Angleterre, il existe un partenariat civil (*civil partnership*). Cette loi de 2004, entrée en vigueur en décembre 2005, ne s'applique, là aussi, qu'aux couples homosexuels. Conclu théoriquement pour la vie (« *long terme* » dit la loi), il prévoit, là aussi, l'obligation de subvenir aux besoins mutuels et accorde aux partenaires des droits en matière locative et successorale. À la différence de la France et de l'Allemagne, le partenariat permet l'établissement, sous certaines conditions, de liens de filiation.

Nombre d'autres pays connaissent des types de partenariat à périmètre variable. Par exemple, l'Autriche, la Finlande, l'Irlande, le Luxembourg, la Slovénie (tous depuis 2010).

Mariage et partenariat. La plupart des pays qui ont autorisé le mariage homosexuel prévoient également un régime parallèle de partenariat : le Danemark, la Belgique (loi du 23 novembre 1998), l'Espagne (depuis 1998, selon les Communautés autonomes), les Pays-Bas (depuis 1998), le Portugal (2001)...

Le bilan du Pacs français

Le régime français de partenariat, le Pacs, a été créé par la loi du 15 novembre 1999 puis modifiée par la loi du 23 juin 2006 et celle du 21 août 2007. Il ne s'agit pas ici de faire un bilan juridique mais simplement de constater qu'après les dernières améliorations apportées, le législateur a presque été jusqu'au bout de la logique de cette institution même si quelques perfectionnements sont encore possibles. Le régime des liens personnels et des liens patrimoniaux en fait une construction adaptée à la vie d'un couple. Au point que chaque année l'écart se réduit entre le nombre des pacsés et celui des mariés. Les principales différences entre les deux institutions – en dehors des formalités d'engagement et de rupture – concernent toujours la filiation et l'adoption ainsi que la succession et la pension de réversion.

Le fait religieux

Force est de constater que le fait religieux joue aujourd'hui un rôle primordial dans l'admission ou le rejet des nouvelles institutions en discussion, qu'il s'agisse des partenariats ou du mariage. Les mobilisations actuelles n'ont rien de surprenant et s'inscrivent dans une histoire désormais bien connue. En 2005, l'Espagne avait connu très exactement le même type de manifestations et de contre-manifestations ; les autorités religieuses s'y étaient exprimées avec la même vigueur et leur opposition n'a jamais faibli. Mais il est remarquable que, dans ce pays où l'influence de la religion catholique est majeure, la loi avait finalement été adoptée en 2005.

Dans bien d'autres pays le fait religieux est plus déterminant et ce, quelle que soit la confession en question. Il est vrai que, pour l'instant, l'islam manifeste l'opposition la plus affirmée. Il suffit de regarder une carte du monde et de recenser les pays opposés à toute réforme. Mais la question apparaît être, en premier lieu, celle du rejet de l'homosexualité en tant que telle. Celle-ci reste une infraction dans près de quatre-vingt-dix États du monde. Sept pays aujourd'hui, la punissent toujours de mort : l'Arabie saoudite, le Yémen, les Émirats arabes unis, l'Iran, le Soudan, le Nigeria et la Mauritanie. Mais on ne peut nier une évolution, certes lente mais réelle. Beaucoup de voix s'élèvent au sein de l'islam pour mettre en avant les traditions de tolérance et d'humanisme de cette religion. Les condamnations pénales se font de plus en plus rares et suscitent de fortes réprobations.

La France, forte de son principe de laïcité, peut être un exemple de dialogue. La Révolution a aboli l'incrimination d'homosexualité. La France est totalement sortie d'un régime discriminatoire en 1982 lorsque fut supprimée l'infraction créée par Vichy qui avait imposé une majorité sexuelle plus élevée pour les relations homosexuelles. Après avoir supprimé toutes ces discriminations, elle s'est engagée progressivement dans des réformes qui, avec le temps, ont obtenu l'aval des communautés religieuses. Tel est peut-être le chemin qui sera emprunté demain.

« Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ?

Irène Théry

Sociologue

EHESS

Seule une analyse prenant en compte non seulement le droit positif actuel, mais l'histoire longue qui lui donne son sens, permet de comprendre pourquoi il allait de soi, il y a deux siècles, que le mariage civil fût par définition l'union d'un homme et d'une femme, et pourquoi aujourd'hui cette évidence a cessé d'en être une. C'est parce que le mariage a d'ores et déjà changé. Alors que naguère encore le cœur de cette institution était la présomption de paternité, aujourd'hui ce n'est plus le cas : le cœur du mariage contemporain n'est plus la présomption de paternité, c'est le couple.

Rappel historique

On a invoqué parfois l'absence de définition du mariage dans le code civil français pour affirmer qu'il ne serait pas acquis juridiquement que le mariage républicain soit l'union d'un homme et d'une femme. Cette hypothèse fut même à l'origine de ce qu'on a nommé le « mariage de Bègles ». Pourtant, les raisons de cette absence sont parfaitement connues des historiens, et il se trouve que c'est très exactement le contraire qui est vrai. On trouvait autrefois à ce point évident que le mariage fût « l'union de l'homme et de la femme » qu'on aurait trouvé risible de le préciser. Reconnaître ce fait est le point de départ de toute réflexion sur l'institution matrimoniale, car ce dont il nous faut rendre compte aujourd'hui est l'histoire d'un long et profond changement social : celle de l'abandon progressif d'un ancien système de représentations et de valeurs – dans lequel nous ne nous reconnaissons plus – et de l'émergence d'un autre.

« *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* » : l'article 7 de la Constitution de 1791 met fin à deux siècles de guerre de religion, et place la famille sous l'égide des valeurs nouvelles : liberté de conscience, égalité de tous devant la loi. Mais ce mariage nouveau, laïque, commun à tous, comment le définir ? En avril 1792, l'Assemblée législative met la question à l'ordre du jour. Une cascade de propositions sont faites, mais on ne peut s'accorder tant les divergences sont grandes sur un point capital : la dissolubilité du contrat, et donc la possibilité du divorce. S'efforçant d'en dire le moins possible sur ce sujet conflictuel, le député Lequinio propose finalement une formule minimale : « *Le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent.* » L'Assemblée part d'un éclat de rire général et décide que si on en est à dire de telles évidences, il vaut mieux se passer de définition, « *chacun étant censé savoir ce qu'est le mariage* ». Voilà pourquoi il n'y a pas de définition du mariage dans notre code civil. Cet épisode important rappelle qu'à l'époque, le fait que le mariage soit « l'union d'un homme et d'une femme » *allait tellement de soi* qu'il paraissait risible de le préciser. Oui, mais pour quelle raison en était-il ainsi ?

Si le mariage civil a, depuis sa création en 1792, été considéré comme étant « par définition » l'union d'un homme et d'une femme, ce n'est pas en référence à des considérations sur le désir, la sexualité et le péché originel (comme dans le droit canon) et encore moins à l'orientation sexuelle des personnes (n'oublions pas que c'est la *scientia sexualis* de la fin du XIX^e siècle qui a inventé les catégories « homosexuel » et « hétérosexuel » et en a fait des « identités » psychiques). C'est en référence à l'asymétrie entre les sexes au plan de la procréation. La différence entre celle qui « engendre en soi » et celui qui « engendre hors de soi » ne produisant chez les humains aucune sorte de socialité naturelle, et ce qu'on nommait le « mystère de la paternité » ayant semblé pendant des millénaires devoir être à jamais insondable, les échanges permettant la procréation sont dans toutes les sociétés soumis à des règles, et référés à des significations et des valeurs. Dans cette perspective, le mariage civil créé en 1792 a été conçu avant tout comme l'institution qui donne un père aux enfants qu'une femme met au monde, selon la formule héritée du droit romain : « *Le père est celui que les noces désignent.* » Autrement dit, le mariage était avant tout l'institution fondatrice de la paternité (et par ricochet de la maternité), ce que résume parfaitement la célèbre formule du doyen Carbonnier, « *Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité*¹ ».

¹ Cette formule était au centre de la conférence inaugurale sur le mariage donnée par Jean Carbonnier à l'École nationale de la magistrature, à Paris, lors d'une session de formation continue que j'avais organisée. Je n'en ai, hélas, pas gardé d'enregistrement.

Ordre matrimonial et principe de complémentarité hiérarchique des sexes

Mais la présomption de paternité, pivot du Code Napoléon de 1804, avait un sens social très différent de celui qu'elle a aujourd'hui. Grâce à elle, seul le mariage civil produisait une filiation pleine et entière : la filiation légitime. Hors du mariage, non seulement les enfants étaient des « bâtards » qui n'entraient pas dans la famille de leurs auteurs et ne pouvaient hériter, mais ils avaient très rarement un père ne serait-ce que pour subvenir à leurs besoins, puisque les hommes étaient protégés de toute responsabilité à l'égard des enfants qu'ils avaient conçus hors mariage par *l'interdiction de recherche en paternité* (1789-1912). L'ordre matrimonial de l'époque ne se comprend que par contraste avec ce qu'il rejette et stigmatise, le non-mariage : c'est le drame social immense des filles-mères et des abandons d'enfants du XIX^e siècle.

Cet ordre matrimonial plaçait donc par principe les deux sexes dans des situations radicalement différentes face à la dimension potentiellement procréatrice des relations sexuelles (relations que l'on nomme aujourd'hui hétérosexuelles, mais la formule est réductrice et anachronique : n'oublions pas qu'autrefois les homosexuels se mariaient et avaient des enfants, tout en vivant par ailleurs leur vie homosexuelle dans la clandestinité).

Premièrement, dans l'éventualité d'un enfant hors mariage la faute et le déshonneur étaient entièrement portés par les femmes, et le sexe féminin était le seul qui soit ainsi moralement et socialement divisé en deux par le mariage : d'un côté les dignes épouses et les honorables mères de famille, et de l'autre les filles perdues et femmes de petite vertu, filles-mères, cocottes et prostituées.

Deuxièmement, le mariage lui-même était organisé selon un principe de complémentarité hiérarchique des sexes, au sens que l'anthropologue Louis Dumont a donné à la notion de hiérarchie pour la distinguer de l'inégalité : englobement de la valeur contraire². Seul l'époux représentait le couple et même la famille conjugale dans son entier (c'est pourquoi l'homme avait seul le droit de vote). Il devait à son épouse « protection », elle lui devait « obéissance ». L'homme était l'unique chef de la famille, à travers le double mécanisme de la puissance maritale et de la puissance paternelle. En un mot, le mariage civil institué par le Code Napoléon, premier code civil des Français, était l'institution sociale majeure organisant la complémentarité hiérarchique des sexes. C'est dire que la sujétion des femmes n'était pas accidentelle, mais bel et bien constitutive de ce système : le couple marié était ce qui faisait lien entre deux grands mondes sociaux, organisés par des valeurs opposées, le *monde masculin* du public, du politique, de l'entreprise, de l'art, de la science, de la politique, de la guerre, en un mot de la rivalité des talents et de la recherche individuelle de la gloire ; le *monde féminin* du privé, de la maison, du domestique, de la famille, de la complémentarité des besoins, de l'éducation, des soins aux enfants, aux personnes âgées et aux malades, en un mot, de la recherche commune de la sécurité et du bonheur.

Égalité des sexes et transformation du mariage

On ne peut pas évoquer aujourd'hui « le mariage civil » en mettant de côté aussi bien son organisation interne que sa fonction dans l'organisation sociale tout entière. C'est parce que nous avons remis en question la complémentarité hiérarchique des sexes que nos ancêtres valorisaient dans leur immense majorité (à l'exception des premières féministes suffragistes) et que nous avons fait de l'égalité de sexe une valeur cardinale de la démocratie que peu à peu nous avons remis en question l'ancien « ordre matrimonial » du couple, de la famille et de la sexualité. Dans ce mouvement, le mariage n'a pas seulement changé radicalement de contenu, par l'abolition de la puissance maritale, puis de la puissance paternelle, il a changé de fonction dans l'organisation sociale tout entière. Le mariage n'est plus ce qui fait « alliance » entre un monde masculin et un monde féminin, car nous avons promu, avec l'égalité des droits, la valeur de mixité de la vie sociale : c'est pour nous une valeur indiscutable désormais que les femmes puissent, comme les hommes, apprendre et exercer leurs talents dans toutes les sphères de la vie sociale, travail, politique, art, science... Symétriquement, nous voulons que les hommes partagent les responsabilités familiales. Le mariage n'est plus ce qui sépare la sexualité permise de la sexualité disqualifiée ou prohibée, et le changement de perspective de notre temps à l'égard de l'homosexualité participe directement de la remise en cause de l'ancien ordre sexuel matrimonial. Le mariage enfin n'est plus ce qui fonde la seule vraie famille, car la paternité et la transmission sont désormais assurées et instituées indépendamment du fait que l'homme soit marié ou que le couple reste uni.

Là est le cœur, souvent inaperçu, à partir duquel l'idée d'un mariage de même sexe – autrefois considérée comme « impossible » ou « absurde » y compris par les homosexuels eux-mêmes – a pu se développer. Là est ce qui donne à une revendications récente ses racines historiques profondes.

² Dumont L., 1979, *Homo hierarchicus*, Paris, Gallimard, coll. Tel (1^{re} éd. 1976). Voir en particulier le passage où l'englobement de la future Ève dans le corps d'Adam est présenté comme l'image la plus remarquable du concept d'englobement hiérarchique, p. 397.

Le mariage, institution d'un lien de couple

En effet, la fonction juridique du mariage a profondément changé au cours du xx^e siècle : *d'institution fondatrice de la paternité (et partant de la famille), il est devenu avant tout l'institution d'un lien de couple*. Ce changement est la conséquence de l'autonomisation progressive de la filiation par rapport au mariage qui a été promue dans les années 1970 et achevée tout récemment, en référence à la valeur majeure d'égalité entre tous les enfants. Mais il est clair que l'égalité entre enfants relaie ici l'égalité des sexes, en supprimant le principe d'opposition morale entre les femmes elles-mêmes, selon qu'elles étaient mariées ou ne l'étaient pas. Rappelons-en les grandes étapes :

- *égalisation des droits des enfants, que leurs parents soient mariés ou non mariés* (1912 : fin de l'interdiction de recherche en paternité pour les enfants nés hors mariage ; 1972 : réforme de la filiation par une grande loi sur l'égalité des enfants légitimes et naturels). La notion de famille se détache ici de celle de mariage. Alors qu'auparavant un couple marié sans enfants était une « famille » mais qu'une mère non mariée avec son enfant n'en était pas une, à partir de la loi de 1972 la famille hors mariage (dite aussi « naturelle ») existe juridiquement et l'enfant naturel s'inscrit dans la transmission entre les générations : il hérite de ses grands-parents ;

- *égalisation des droits des enfants, que leurs parents soient unis ou séparés* (1978 : création de l'autorité parentale conjointe post-divorce ; 2002 : inscription dans le droit du principe de coparentalité post-divorce). Cela est central pour détacher la paternité du mariage ou même de l'union. Alors qu'auparavant la mise en pointillé du père était considérée comme une « fatalité » du divorce, la coparentalité remet en cause l'asymétrie des sexes au profit d'une responsabilisation accrue et de droits mieux assurés aux pères divorcés ou séparés ;

- enfin, en 2005, effacement pur et simple dans notre droit civil de la distinction qui organisait tout l'univers de la famille du Code Napoléon : la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle.

Désormais, la filiation ne repose plus sur le socle du mariage. Elle a été refondée sur son propre socle, elle est commune à tous et indépendante du fait que les parents soient mariés ou non mariés, unis ou séparés.

Sans disparaître, la présomption de paternité a changé de sens. Elle n'est plus « le cœur du mariage » parce qu'elle n'est plus ce qui sépare l'univers des *vraies familles* de l'univers des *non-familles*. Elle demeure comme un simple effet du mariage. Cette présomption, aujourd'hui comme hier, est une présomption de procréation qui peut être contestée par tous moyens – y compris les tests génétiques – à certaines conditions procédurales. Désormais, il s'agit simplement d'une *reconnaissance anticipée de ses enfants par l'homme marié*, qui trouve son sens dans le fait que l'engagement de vie commune est assorti d'un devoir de fidélité (alors que l'homme non marié devra reconnaître chacun de ses enfants l'un après l'autre). C'est pourquoi on peut dire que le mariage a changé de sens, qu'il est devenu fondamentalement l'institution d'un lien de couple.

L'adoption conjointe réservée aux couples mariés : un anachronisme

C'est dans ce contexte qu'intervient aujourd'hui la loi instituant « le mariage des personnes de même sexe ». Elle parachève le mouvement amorcé en 1999, lorsque la loi sur le Pacs et le concubinage a changé la définition pluriséculaire du mot « couple » en droit, et assumé que désormais notre société considère que deux hommes ou deux femmes qui s'aiment forment véritablement un couple³. Le mariage pour tous, c'est le mariage pour tous les couples. Qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, tous auront droit à la même alternative : l'union libre (un lien privé, hors du droit), le Pacs (qui sera vécu comme une déclaration publique de concubinage, avec droits sociaux et fiscaux afférents) et enfin l'engagement solennel à une communauté de vie par le mariage civil. Soulignons ici que pour les sociologues et les anthropologues qui défendent une approche relationnelle du genre, les relations de même sexe ne sont ni moins sociales, ni moins significatives, ni moins importantes que les relations de sexe différent. En instituant un mariage de même sexe, on ne neutralise pas les relations matrimoniales, on ne nie pas la différence des corps et on n'abolit pas la distinction de sexe dans le mariage. Plus simplement, on la redéploie au-delà des seules relations de sexe différent vers les relations de même sexe, dans un mouvement d'intégration sociale profonde des relations homosexuelles.

Cependant, le mariage civil ouvre bien entendu toujours vers la possibilité de la filiation, comme le projet de loi le rappelle. En matière d'adoption et donc de définition du mot « parent » (comme en 1999 à propos du mot « couple »), un pas symbolique majeur sera franchi si la loi est votée : un enfant adopté pourra avoir deux pères ou deux mères. On changera le sens du mot « parent » en droit civil, en abandonnant le principe selon

³ En France, la première proposition de changer la définition juridique du couple afin de « *faire entrer les homosexuels dans le droit par la grande porte du code civil* » (Robert Badinter) est présentée dans **Théry I.**, 1998, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, rapport à M^{mes} les ministres M. Aubry et E. Guigou, Paris, La Documentation Française/Odile Jacob.

lequel ce mot renverrait toujours au modèle du couple du géniteur et de la génitrice, l'adoption plénière devant nécessairement se calquer sur la procréation en mariage et, comme disait Napoléon, « *singer la nature* ». Sans traiter ici de cette vaste question, soulignons simplement que réserver l'adoption aux couples mariés est une incongruité de notre droit actuel, eu égard au mouvement puissant qui a mis fin à tout privilège matrimonial en matière de filiation. C'est une disposition héritée du temps où la seule « vraie filiation » était la filiation légitime (l'adoption n'ayant jamais été actualisée depuis 1966). Cette situation anachronique n'a aucune signification particulière, sinon qu'aucun législateur n'a jusqu'ici trouvé prioritaire de s'en occuper. Mais on ne comprendrait pas qu'on perpétue sciemment celle-ci aujourd'hui, surtout au moment où on reconnaît que le mariage est devenu fondamentalement une institution du lien de couple. La dynamique historique qui a animé l'évolution de notre droit civil de la famille depuis plus d'un siècle voudrait que la nouvelle loi ouvre la possibilité de l'adoption plénière non seulement à tous les couples mariés mais à tous les couples pacsés ou concubins.

L'analyse socio-historique transforme le regard que nous portons sur le mariage civil tel qu'il a déjà changé, tant dans notre droit que dans nos représentations collectives. Elle permet aussi de tourner avec intérêt notre regard vers les pays qui nous ont précédés au plan international, ce que l'Unaf ne fait pas, semblant accréditer une image de la France se lançant en quelque sorte isolément, dans une aventure sans exemple. En replaçant le présent dans le temps long de l'histoire, on comprend pourquoi des pays qui se sont parfois beaucoup divisés au moment de voter le mariage des personnes de même sexe ont fait très vite l'expérience que la « grande rupture » redoutée et annoncée par certains ne se produisait pas, et qu'il y avait dans la métamorphose de l'institution matrimoniale non seulement plus de continuité qu'on ne l'avait soupçonné, mais l'affirmation renouvelée de valeurs collectives qui, par-delà l'égalité des sexualités, concernent en profondeur l'égalité des sexes et l'égalité des enfants. Les pays qui ont institué le mariage de même sexe – y compris ceux de grande tradition catholique, comme l'Espagne – sont aujourd'hui unis, par-delà les clivages politiques, pour revendiquer paisiblement leur nouvelle définition du mariage civil commun à tous, et dire qu'ils ne souhaitent pas revenir en arrière.

Pour aller plus loin

Irène Théry et Christian Biet (dir.), 1989, *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au code civil*, Imprimerie Nationale/éd. du Centre Pompidou.

Irène Théry, 1993, *Le démariage*, Odile Jacob.

Irène Théry, 1998, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à M^{mes} les ministres M. Aubry et E. Guigou, Odile Jacob.

Irène Théry, 2007, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob.

Irène Théry, 2010, *Des humains comme les autres, bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. de l'EHESS.

Une suppression des catégories de père et mère ?

Anne-Marie Leroyer

Juriste

Université Paris I

Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe contient un chapitre III intitulé « Dispositions de coordination » qui entreprend de remplacer les termes de « père et mère » par « parents » dans onze codes (code civil, code de l'action sociale et des familles, code de la défense, code général des impôts, code de justice militaire, code des pensions civiles et de retraite, code des pensions militaires, code des pensions militaires d'invalidité, code de procédure pénale, code de la sécurité sociale, code du travail), ainsi que dans trois lois relatives à la fonction publique (n° 84-16 du 11 janvier 1984, n° 84-53 du 26 janvier 1984, n° 86-33 du 9 janvier 1986) et une ordonnance (n° 45-174 du 2 février 1945).

Analyse du projet

L'exposé des motifs du projet explique qu'il s'agit de tirer « les conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe dans divers textes législatifs » et que, « lorsque cela s'avère nécessaire, les mots "père et mère" sont remplacés par le mot "parents" ». L'exposé des motifs poursuit en ajoutant que « ces substitutions concernent uniquement les articles qui s'appliquent à tous les couples. Dans tous les autres cas, les articles ne sont pas modifiés : tel est le cas dans l'ensemble des dispositions concernant la filiation établie par le seul effet de la loi. »

L'idée a donc été de tirer les conséquences terminologiques de l'admission de l'adoption conjointe par un couple de même sexe et de l'adoption unilatérale de l'enfant du conjoint, l'enfant ainsi adopté pouvant avoir deux pères ou deux mères.

Cette substitution est limitée et n'a été logiquement opérée que pour les textes applicables à la filiation adoptive et aux effets de la filiation. Elle ne vise donc pas les hypothèses où la filiation est établie en application du titre VII du code civil, par un acte de naissance, une reconnaissance, la possession d'état, la présomption de paternité, ou un jugement rendu à la suite d'une action en établissement de filiation (art. 325 et s.). Au-delà de la terminologie, cela signifie plus fondamentalement que ces modes d'établissement de la filiation ne pourront pas être utilisés pour établir la filiation d'un enfant à l'égard de deux personnes de même sexe. En l'état actuel du projet, seule l'adoption conjointe ou l'adoption de l'enfant du conjoint sont autorisées, de sorte que, par exemple, il ne sera pas possible à la femme de la mère de faire porter son nom dans l'acte de naissance de l'enfant de sa conjointe, de le reconnaître ou d'invoquer la possession d'état. De même qu'il ne sera pas possible pour le conjoint du père d'invoquer une présomption de paternité, ou encore de reconnaître l'enfant.

La substitution est accompagnée corrélativement d'une modification de l'utilisation du terme parents dans les textes, ce terme devant désormais être réservé à la désignation des père(s) et/ou mère(s). Ainsi, le mot « parents » utilisé dans le droit des successions ou des tutelles est remplacé soit par « membres de la famille », ou encore par « personnes unies à l'enfant par un lien de parenté ou d'alliance ».

Le projet ne modifie pas l'écriture des actes de naissance puisque l'article 57 du code civil qui détermine le contenu de l'acte de naissance et la mention de l'identité des père et mère reste inchangé.

Le projet ne contient pas non plus de disposition relative à l'écriture du livret de famille, dont le contenu déterminé par arrêté (29 juillet 2011) ne relève pas du domaine de la loi.

Exposé et appréciation des critiques formulées

Nombres de critiques ont pu être formulées à l'encontre de cette substitution du terme « parents » à ceux de « père » et « mère ».

La principale critique est idéologique. Elle consiste, en exagérant d'ailleurs la substitution proposée par le projet, à indiquer que les termes de père et mère vont disparaître des textes de lois et de l'état civil avec pour résultat de consacrer une conception asexuée de la filiation.

La critique est largement excessive.

D'abord, parce que le projet ne fait pas disparaître les termes de père et mère ni des textes de loi, ni de l'état civil, puisque tous les textes ne sont pas modifiés et que la rédaction des actes de naissance n'est pas concernée, l'article 57 n'étant pas modifié.

Ensuite et surtout parce que le texte en discussion est loin de consacrer une conception asexuée de la filiation. Le projet ne modifie en effet que la filiation adoptive et non tout le droit de la filiation, le titre VII maintenant l'utilisation des termes de père et mère.

Il faut donc réduire la portée de la critique et vérifier si le projet consacre une conception asexuée de la filiation adoptive.

En autorisant l'établissement d'un lien de filiation adoptive avec deux parents de même sexe, le projet modifie la conception que le droit avait jusqu'alors de l'adoption, souvent entendue comme une fiction imitant la nature. Toutefois, cette analyse de l'adoption comme une fiction du droit, reposant sur une imitation de la nature, était déjà largement dépassée avant l'introduction du projet de loi. Elle trouve en effet son origine chez les commentateurs des XII^e et XIII^e siècles, notamment chez Bartole et Balde qui, commentant un passage de Justinien, tentaient d'expliquer les conditions et les limites de l'adoption. Il s'agissait alors, pour les juristes du Moyen Âge, de limiter l'action du pouvoir politique par un fait objectif : la nature des choses. Cette théorie a eu pour conséquence de magnifier la filiation par procréation naturelle, censée être le modèle de toute filiation. Dans cette conception, la filiation par procréation naturelle est la seule vraie filiation, la filiation adoptive, la fiction qui en suit le modèle.

Cette analyse de l'adoption comme une filiation fictive a perduré jusqu'à ce que la doctrine, en particulier au XX^e siècle, par faveur pour l'institution, en soulève le caractère particulièrement critique et peu laudatif. Cette analyse a donc été progressivement abandonnée pour laisser place à une conception duale du lien de filiation, sans que le paradigme de la supériorité de la nature ne soit imposé.

Ainsi, il est admis que le lien juridique de filiation repose parfois sur la procréation naturelle (le titre VII du code civil y a trait), parfois encore s'en détache (la filiation adoptive, ou encore celle par procréation artificielle). La filiation est un lien de droit recouvrant deux réalités juridiques différentes, l'une en lien avec la procréation naturelle, l'autre s'en détachant.

Il faut alors clairement affirmer qu'en droit, l'enfant adoptif n'est pas considéré comme étant né de ses parents adoptifs, car la force de l'adoption ne nécessite pas de recourir à cette fiction. L'écriture des actes de l'état civil s'est d'ailleurs adaptée à cette réalité juridique : l'état civil est désormais écrit par rubrique (nom du père, nom de la mère) et la mention du jugement d'adoption y est portée.

Ceci étant précisé, il est plus simple de comprendre que le projet ne conduit pas de manière innovante à admettre que la filiation adoptive se détache désormais de l'imitation de la nature, car cette rupture existe déjà. Elle existe symboliquement, parce que la filiation par procréation naturelle n'est plus le modèle à suivre, et elle existe de manière pragmatique, car les conditions de l'adoption ont beaucoup évolué au cours du XX^e siècle (comment comprendre sinon l'adoption unilatérale, ou que la condition d'âge puisse n'être que de dix ans ?).

Pour autant, il est important de reconnaître que le projet va plus loin dans cette dissociation, l'enfant pouvant désormais par l'adoption avoir un lien de filiation avec deux pères ou deux mères, de sorte que le lien juridique de filiation se détache d'une mimétique avec la reproduction bisexuée.

Pour les opposants au projet, le désaccord terminologique traduit ainsi un désaccord idéologique : le lien de filiation adoptive devant reposer sur une mimétique avec les lois de l'engendrement et respecter l'altérité sexuelle. Dans cette ligne, il n'est donc pas concevable de remplacer les termes de père et mère par celui de parents. Les remarques sur la suppression des catégories de père et mère doivent être alors comprises pour ce qu'elles sont : une opposition de principe à la consécration d'un lien d'adoption avec deux parents de même sexe.

Pour les partisans du projet, à l'inverse, l'idéologie égalitaire serait portée par cette substitution, aucune différence n'étant alors faite entre les parents selon qu'ils sont ou non de même sexe.

Dans cette logique, le terme de parent est utilisé comme un vocabulaire égalitaire à finalité idéologique.

Il n'est pas certain toutefois que l'idéologie portée par le projet soit bien servie par cette substitution. En réalité, le terme de « parents » vient dissimuler les deux mères ou deux pères qu'aura ainsi l'enfant par adoption. Pourtant, si l'objet du texte est de lutter contre les discriminations, alors cette lutte doit transparaître dans les termes mêmes, afin de ne pas dissimuler la réalité que le droit a ainsi créée : une double filiation maternelle ou paternelle.

C'est la raison pour laquelle, d'un point de vue idéologique, la substitution du terme parents à ceux de père et mère ne devrait pas prévaloir. Rectifier ce point permettrait de considérer clairement qu'un lien d'adoption peut unir un enfant à deux mères ou deux pères. On est alors loin d'une conception asexuée de la filiation.

Par ailleurs, le maintien de la terminologie de père et mère paraît aussi s'imposer lorsque l'enfant a, par l'effet du titre VII ou par adoption, un père et une mère. Or, si le titre VII n'est pas retouché, il n'en est pas de

même des effets de la filiation et des droits et devoirs des père et mère, le mot parents étant alors employé en lieu et place par le projet.

D'autres critiques plus pragmatiques ont pu être formulées sur cette substitution du terme de parents à ceux de père et mère. Deux sont plus particulièrement pertinentes.

Tout d'abord, il faut noter que le remplacement n'est ni complet, ni logique. Ainsi, tous les codes et lois non codifiées comportant les termes de père et mère ne sont pas retouchés et parfois dans un même code, la logique des retouches laisse songeur (pourquoi retoucher l'article 34 du code civil sur l'acte de naissance, alors que l'article 57 ne l'est pas ?).

Surtout, il faut relever la complexification extrême entraînée corrélativement par le remplacement du mot « parent » antérieurement utilisé dans les codes par « membres de la famille » ou « personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance ». Ce remplacement est d'ailleurs relativement vain, car il est fort peu probable que ces nouvelles formules soient adoptées dans l'usage.

Solutions proposées : pour un maintien de la terminologie de père et mère dans les lois, à l'état civil et dans le livret de famille

Face à ces difficultés, deux solutions seraient possibles.

La première serait, plutôt que de retoucher nombre de textes, de prévoir un « article balai » qui indiquerait simplement que « *Les dispositions visant les père et mère ou le père et la mère s'appliquent en tant que de raison à l'enfant adopté conjointement par deux parents de même sexe ou à l'enfant adopté par le conjoint de même sexe que son père ou sa mère* ».

L'expression « *en tant que de raison* » est courante dans ce que l'on appelle en légistique « *un renvoi législatif* » reposant sur une analogie légale. Ainsi, l'analogie légale ne devrait être réalisée que pour tous les textes applicables à l'enfant adopté. Elle ne viserait donc pas ceux du titre VII du code civil qui concernent d'autres modes d'établissement de la filiation.

Une seconde proposition pourrait toutefois consister à conserver en l'état la terminologie de père et mère, en considérant qu'elle peut concerner ces nouvelles familles, grâce au renvoi existant déjà dans le droit de l'adoption permettant une interprétation évolutive des textes.

Cette proposition mérite d'être triplement appréciée : dans l'écriture des lois, des actes d'état civil, du livret de famille.

Prenons ainsi le code civil. Dans un certain nombre de textes, le pluriel est de mise sous diverses expressions : « les père et mère », « leurs père et mère », « aux père et mère », « ses père et mère », « celui des père et mère » ou encore « des père et mère ».

Il est bien évident que la loi utilisant le singulier à « père » et « mère », ces textes ne peuvent pas viser *a priori* deux pères ou deux mères. C'est encore plus patent lorsque la loi désigne « le père ou la mère », « le père et la mère », « son père et sa mère », « son père ou sa mère », « soit le père, soit la mère ». Chaque parent étant désigné individuellement en fonction de son sexe, une lecture générique des textes serait très controversée.

Toutefois, il ne faudrait pas oublier les dispositions du code civil relatives à l'adoption. En effet, c'est par l'adoption qu'un enfant aura deux pères ou deux mères. Or, la question de l'extension des textes visant les droits et devoirs des père et mère aux parents de même sexe est déjà résolue par la loi. En effet, l'article 358 du code civil dispose, pour l'adoption plénière, que « *l'adopté a dans la famille de l'adoptant les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre* ». Pour l'adoption simple, des renvois permettent aussi l'application des règles relatives à l'autorité parentale, à l'administration légale, la tutelle ou encore aux successions (art. 365, al. 2 et 3, 368 du code civil).

Dès lors, est-il vraiment utile de prévoir un article balai, quand le renvoi est déjà prévu par la loi ?

Lorsque la loi dispose que l'enfant adopté a les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un enfant dont la filiation est établie en vertu du titre VII, elle ne distingue pas selon que cet enfant est adopté par deux personnes de sexe différent ou non, ou encore qu'il est adopté par le conjoint du parent.

En conséquence, il faut admettre que l'expression « les père et mère » pourrait ainsi se lire comme visant les deux pères ou les deux mères, à chaque fois que les textes en cause sont applicables à l'enfant adopté.

Une certaine théorie de l'interprétation des lois allègue d'ailleurs qu'il faut interpréter la loi non en fonction de son origine, mais en fonction des changements de son milieu social. C'est d'ailleurs ainsi que bon nombre de textes du code civil ont pu être maintenus en l'état, en dépit de l'évolution de l'objet auquel ils s'appliquent.

La sagesse commanderait donc surtout de ne rien changer. Maintenons père et mère, ces termes viseront les pères et mères par l'effet du renvoi prévu pour l'adoption.

Quant aux actes de naissance, une clarification du projet s'impose. Le projet ne conçoit pas de modifier l'écriture des actes de naissance, on le comprend, puisque l'article 57 du code civil n'est pas modifié, non plus d'ailleurs que l'article 354 qui concerne plus spécialement l'écriture des actes de naissance des enfants adoptés. Il faudrait alors exclure aussi la retouche de l'article 34 qui est source d'ambiguïtés. Pour autant, l'écriture de ces actes ne devrait pas soulever une immense difficulté. Il faut rappeler en effet qu'avec l'informatisation de l'état civil, les actes ne sont plus rédigés littéralement mais, conformément aux préconisations formulées par la Commission internationale de l'état civil, par rubriques. Un modèle de rédaction a ainsi été proposé par la circulaire du 28 octobre 2011 qui fait état de deux rubriques concernant le nom de la mère et le nom du père. Le modèle est facile à adapter, car il suffira pour l'enfant adopté par deux parents de même sexe de permettre alors de saisir deux fois la rubrique « nom de la mère » ou « nom du père ».

Quant au livret de famille, sa rédaction a été précisée par un arrêté du 29 juillet 2011, qui en fournit le modèle. Ce livret est délivré lors du mariage au couple marié. Là encore, la simplicité pourrait être de prévoir trois modèles : « époux, épouse, premier enfant, deuxième enfant... », « époux, époux, premier enfant, deuxième enfant... », « épouse, épouse, premier enfant, deuxième enfant... ». Il suffirait alors de délivrer au couple, lors du mariage, le modèle adapté.

Ainsi, quelques retouches suffisent pour maintenir le vocabulaire père et mère, sans trahir l'esprit de la loi.

Pour aller plus loin

A.-M. Leroyer, 2011, *Droit de la famille*, PUF, coll. Licence, 1^{re} éd.

Partie II

**Deux parents de même sexe :
l'institution d'un « mensonge aux enfants » ?**

L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ?

Laurence Brunet

Juriste

Université Paris I

Le projet de loi n° 344 a pour objet, comme le précise l'exposé des motifs, « *d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe et par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption* ».

L'ouverture de l'adoption, que ce soit l'adoption conjointe d'un enfant, par les deux époux, ou l'adoption de l'enfant du conjoint, suscite plusieurs critiques dont on trouve une formulation condensée dans l'audition de l'Unaf du 22 novembre devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale (p. 3) : « *Alors qu'un enfant ne peut naître que d'un homme et d'une femme, l'accès à cette forme d'adoption pour les couples de personnes de même sexe remettrait juridiquement en cause cette réalité. Elle laisserait désormais croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe.* »

Cette peur repose sur une conception erronée de l'adoption. La critique de l'Unaf entretient en effet la confusion entre l'adoption et la filiation par le sang, comme si la première n'était qu'une imitation de la seconde, comme si l'adoption ne tirait sa légitimité que de l'effacement des parents de naissance auxquels se substitueraient les adoptants qui doivent passer pour avoir engendré l'enfant. Or si cette conception pseudo-procréative et mensongère a bel et bien existé, elle est de plus en plus récusée en droit positif, et si pendant un temps elle a pu convaincre certains parents adoptants (par définition de sexe opposé) que voir l'adoption comme une seconde naissance effaçant la première pourrait conforter leur place de parents, on est largement aujourd'hui revenu de cette croyance.

Ce serait donc un comble que l'on oppose une conception désuète de l'adoption, favorisant l'oubli voire la falsification des origines, à ceux qui, à l'opposé, n'ont aucune intention de se faire passer pour les géniteurs. Les couples de même sexe n'ont en effet aucunement la tentation de prétendre avoir engendré l'enfant.

De plus, les juristes savent que l'adoption, en réalité, a toujours pris ses distances avec le modèle procréatif parce qu'elle est fondée, comme le montre toute la procédure, sur l'engagement parental. C'est pourquoi, loin de dénier l'altérité sexuelle qui a permis la conception de l'enfant, l'adoption est aujourd'hui un moyen d'établir la relation de filiation qui paraît particulièrement adapté quand il s'agit de rattacher un enfant à un couple de même sexe.

Chercher des solutions ailleurs que dans le droit commun de la filiation

Les modes traditionnels d'établissement de la filiation par le sang qui pourraient être mobilisés sont en effet impropres à remplir l'objectif qui serait recherché, à savoir l'établissement d'un lien de filiation stable et sécurisé qui rattache l'enfant à celui ou celle qui ne l'a pas engendré.

Les modes extrajudiciaires sont au nombre de trois : la présomption de paternité, la reconnaissance et la possession d'état. Ainsi pourrait-on établir la filiation de la compagne de la mère par le jeu d'une présomption de parenté, transposée de la présomption de la paternité ? Ou pourrait-on admettre qu'elle reconnaisse l'enfant de sa compagne ? Ou bien pourrait-on se prévaloir de la possession ?

Ces trois modes d'établissement (par présomption légale, par acte de volonté instantané et solennel – reconnaissance – ou continu et répété – possession d'état) sont inadaptés à une filiation qui par essence n'est pas fondée sur le lien de fait qu'est la procréation.

D'abord, il y a un obstacle très fort à la reconnaissance par la conjointe/compagne dans un couple de femmes : c'est l'article 227-13 du code pénal.

« *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.* »

Donc la reconnaissance par une femme d'un enfant dont elle n'a pas accouché pourra constituer un tel délit¹ ! Par où l'on voit qu'il y a toujours eu une différence fondamentale entre filiation maternelle et filiation

¹ Dreifuss-Netter F., *Atteintes à l'état civil de l'art. 227-13 CP*, JurisClasseur pénal.

paternelle au regard de la vérité biologique ! On ne peut appliquer aux femmes un mode d'établissement de la filiation conçu par hypothèse pour les hommes. La reconnaissance d'un enfant par une femme suppose que soit dès le départ constaté et certifié que cet enfant a un lien biologique – à tout le moins physiologique – avec elle. D'où d'ailleurs depuis 2005 la dispense de tout acte de reconnaissance pour la femme qui a accouché, même hors mariage.

Bien sûr on pourrait envisager de modifier l'article 227-13 du code pénal mais il faudra prendre soin de maintenir une incrimination qui sanctionne les échanges illégaux d'enfants.

Ensuite un autre argument rend le recours aux modes d'établissement de la filiation charnelle inadéquat. Par définition, tous ces modes d'établissement sont fragiles. Pourquoi ? Ces trois modalités d'établissement présupposent que les parents sont les géniteurs de l'enfant, qu'ils le soient véritablement ou non. Or le rôle désormais dévolu, par les juges comme par la loi, à l'expertise génétique lorsqu'il y a contestation de la filiation (notamment paternelle) hypothèque tous les liens de filiation qui ne reposent pas sur la vérité biologique. Les liens juridiques de filiation, qui ne traduisent pas une réalité procréative, peuvent, dans certaines limites, être détruits : la preuve contraire, par tout moyen, peut être alors rapportée (art. 310-3 du code civil). Il est alors facile de rapporter la preuve que la seconde femme n'a pas accouché de l'enfant et qu'elle n'en est pas la mère biologique. C'est dire que ces modes d'établissement sont aujourd'hui, beaucoup plus qu'hier, exposés au risque d'être démentis et annulés par le juge. La possibilité de connaître la vérité procréative a progressivement balayé tous les remparts légaux qui pendant longtemps protégeaient les liens de filiation déjà établis (ou excluaient l'établissement forcé de la filiation hors mariage). Certes l'ordonnance de 2005 est venue restaurer l'ensemble du système en instaurant des limites temporelles, et notamment en affermissant le rôle de la possession d'état : lorsqu'elle a duré un certain temps elle joue comme une prescription acquisitive et interdit toute contestation de filiation (art. 333, 334 du code civil). Mais avant ce délai de cinq ans (si la possession d'état existe) ou de dix ans (en l'absence de possession d'état), la filiation de la seconde mère reste à la merci de la première mère (légitime). Certes cette insécurité est inhérente à toutes les filiations qui ne reposent pas sur la vérité biologique, dès lors qu'il y a deux candidats à la paternité.

Mais il faut bien voir ici que pour les couples de même sexe, la preuve de l'absence de fondement biologique de la filiation est flagrante et donc que, pendant le temps où l'action en contestation est recevable, la maternité de la seconde femme reste fragile, et pour cause : privée de base biologique elle est sûre d'être détruite en cas de contentieux. Il y a donc là en quelque sorte une menace qui pèse sur le lien de filiation de la seconde mère durant tout le temps où l'action n'est pas prescrite. En cas de séparation très conflictuelle du couple parental, la mère légitime aura donc une arme, à sa disposition, pour détruire si elle le souhaite le lien de maternité de son ex-conjointe et si elle est dans le délai pour agir (cinq ans du jour où la possession d'état a cessé).

Il faut, dans le même esprit, envisager l'hypothèse où le couple de femmes aura eu recours à un donneur connu, ami ou autre, pour avoir un enfant : celui-ci pourra agir en justice en faisant valoir qu'il est le père biologique afin de contester le lien de filiation de la mère qui n'a pas accouché et, éventuellement ensuite, établir sa paternité.

La possession d'état n'est pas à l'abri non plus d'une contestation et ne semble pas pouvoir échapper à l'emprise de l'expertise biologique.

Certes la possession d'état semble en l'état du droit positif l'instrument le plus commode et le plus souple pour faire établir la maternité de la seconde mère, sans devoir rien modifier des dispositions sur la filiation.

La possession d'état est une présomption qui repose sur la vraisemblance sans prétendre nécessairement correspondre à la filiation biologique. C'est une situation de fait, qui se fonde et se consolide progressivement sur les seules relations interpersonnelles entre les adultes et l'enfant qu'ils élèvent. La possession d'état est un mode d'établissement de la filiation qui repose explicitement sur un engagement parental : c'est le vécu qui « révèle », selon l'expression du code civil, le lien de filiation (art. 311-1). Il est donc admis que la possession d'état ne corresponde pas à la vérité biologique.

La possession d'état, à condition qu'elle soit constatée par un acte de notoriété, vaut établissement de la filiation. Ainsi formalisée, elle est un mode autonome d'établissement de la filiation, placé à égalité avec « l'effet de la loi » (autrement dit la présomption de paternité et l'indication du nom de mère dans l'acte de naissance) et la reconnaissance volontaire (art. 310-1).

Pour faire preuve de la filiation, la possession d'état doit revêtir certaines qualités : elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque (art. 311-2). Les qualités requises de la possession d'état seraient remplies, semble-t-il, par la compagne de la mère légale, dès lors que celle-ci a élevé en commun l'enfant pendant une période suffisante, au vu et au su de leur entourage familial et amical. Peu importe le mode de conception de l'enfant, peu importe notamment qu'il soit né par recours à une AMP interdite en France. L'enfant est né de la femme qui a accouché, le droit n'a pas à contrôler la manière dont il a été procréé. La possession d'état peut réussir à se constituer à l'abri de toute considération et jugement sur le mode de conception de l'enfant², dès lors qu'aucune contradiction avec l'ordre public français n'est flagrante. C'est là que réside la différence avec la situation où l'enfant est né d'une gestation pour autrui. En ce cas, en effet, la nullité de toute convention de gestation pour autrui, nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, vicie la possession d'état et la prive de tout effet légal. Ainsi s'explique le refus opposé par la Cour de cassation à l'établissement de la filiation fondée sur une possession d'état dans l'une des trois affaires de gestation pour autrui jugées le 6 avril 2011.

Il reste que la force probante de la possession d'état est limitée :

Art. 317 : « *l'acte de notoriété fait foi de la possession d'état jusqu'à preuve du contraire.* » La contestation de l'acte de notoriété (comme le jugement qui constate la possession d'état) est ouverte pendant dix ans à compter de la délivrance de l'acte (art. 335). La preuve biologique peut-elle être diligentée pour combattre la possession d'état ? Après des hésitations de la doctrine, la circulaire du 30 juin 2006 (de présentation de l'ordonnance de 2005 portant réforme de la filiation, DACS) est venue dire que « *la preuve de non-conformité de la filiation à la vérité biologique pouvait être rapportée*³ ».

La possession d'état comme preuve de la filiation de la seconde mère souffrira donc d'une fragilité intrinsèque pendant dix ans !

Si l'objectif recherché par le législateur au moment d'instituer la famille homoparentale est de fonder des liens sécurisés et pérennes, qui ne soient pas soumis au risque de l'expertise biologique qui leur serait fatale, au moins sous certaines conditions, il faut donc chercher des solutions ailleurs que dans le droit commun de la filiation (par le sang). Il faut recourir à des modes d'établissement qui par essence ne présument pas un acte de procréation.

L'adoption, une solution appropriée qui ne fait pas croire que l'enfant est né de deux personnes de même sexe

C'est la raison pour laquelle il semble que l'adoption paraisse, au moins partiellement, la solution la plus opportune et la mieux adaptée, dès lors que l'on cherche à établir un lien de filiation qui ne puisse être remis en cause en raison de sa contrariété à la vérité biologique.

Tout d'abord le lien de filiation sera alors irréfragable. C'est bien là l'effet de l'intervention du juge en matière d'adoption.

Ensuite il ne faut pas exagérer la lourdeur de la procédure : dès lors en effet que l'adoption concernera l'enfant du conjoint – ce qui sera le plus souvent le cas, tout le monde en convient – la procédure est allégée. Une ambiguïté demeure dans l'étude d'impact qui accompagne le projet de loi : pour rassurer et donner des gages sur le fait que l'intérêt de l'enfant à être adopté dans le cadre d'une famille homoparentale sera mûrement soupesé, le gouvernement donne l'impression, par une formulation très large, que les procédures administratives et juridictionnelles garantant de l'évaluation du sérieux du projet d'adoption seront aussi appliquées à l'adoption par le conjoint ! Il faut dissiper ce malentendu : la procédure est allégée, il n'y a ni agrément ni remise de l'enfant à l'ASE, même si celui-ci a moins de deux ans. Il n'y a pas non plus de condition de durée du mariage puisque cette condition ne s'applique qu'à l'adoption par un couple. De surcroît la différence d'âge requise est seulement de dix ans au lieu de quinze. Pour autant bien sûr le juge contrôle l'intérêt de l'enfant dans chaque cas (art. 353 du code civil).

Est-ce que l'autorisation de l'adoption, qu'il s'agisse de l'adoption conjointe d'un enfant étranger ou de l'adoption de l'enfant du conjoint, emportera déssexualisation de l'état civil de l'enfant, autrement dit disparition de l'altérité sexuelle ? Certains craignent que le projet de loi, tel qu'il est rédigé actuellement, se

² Terré F. et Fenouillet D., 2005, *Droit civil – Les personnes, La famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e édition, n° 931 ; *Contra* : Murat P., note sous TGI Lille, 22 mars 2007, Dt fam. 2007, comm. n° 122.

³ Voir également Terré F. et Fenouillet D., 2012, *Droit civil – La famille*, 8^e édition, § 538 et 680.

soit engagé dans une voie qui conduise à une indifférence à la question des sexes. En effet, le projet en l'état propose systématiquement de remplacer les mots « père et mère » par celui de « parents ». Certes une partie de cette substitution a déjà été opérée dans le droit de l'enfance et notamment dans les dispositions sur l'autorité parentale (loi de 2002). Mais nul besoin d'en élargir encore le domaine. En réalité il n'est pas nécessaire de remplacer « père et mère » par « parent ». On pourrait ne rien toucher : le mot « père » comme le mot « mère » peuvent très bien avoir un sens générique ; chacun de ces mots vise la position de père, la position de mère (*pour plus de détails, voir le texte de A.-M. Leroyer*).

Il n'est pas prévu dans le projet de loi, contrairement à ce que prétendent certains opposants, de neutraliser la différence des sexes en faisant figurer les mentions « parent 1 » et « parent 2 » sur les actes de naissance. Il faut le souligner. En revanche, pour distinguer les deux femmes l'une de l'autre, peut-être faudrait-il inscrire « mère qui a accouché » et « mère qui n'a pas accouché », ce qui ne serait pas une façon de les hiérarchiser mais de respecter la réalité et la chronologie des faits. La « mère qui n'a pas accouché » suppose bien l'accouchement de la première.

Par ailleurs l'adoption est une institution qui a pris ses distances avec le temps où, bien que fondée entièrement sur la volonté de devenir le parent d'un enfant que, par définition on n'a pas procréé, elle devait « *singer la nature* » (Napoléon). Il suffit de rappeler que l'adoption par un célibataire, notamment par un homme, est possible⁴. La filiation par adoption est le mode le plus adéquat pour instituer des liens de filiation qui ne chercheraient pas à se faire passer pour des liens procréatifs. Il ne faut pas penser l'adoption comme une seconde naissance. On sait ce qu'une conception pseudo-procréatrice, trop naturaliste, de l'adoption peut faire comme ravages dès lors qu'elle implique de cacher à l'enfant ses origines. Or l'adoption peut au contraire servir à instituer des liens de famille dans lesquels les parents ne cherchent pas à se faire passer pour des géniteurs. C'est là une juste conception de l'adoption qui est de droit positif si on veut bien y prêter attention.

Et ce constat vaut aussi bien pour l'adoption plénière que pour l'adoption simple.

Pour l'adoption simple on sait que l'acte de naissance comporte en marge une mention qui indique les nom, prénom, date et lieu de naissance du ou des adoptants, la date de la décision et la juridiction qui l'a rendue, ainsi que le nouveau nom de l'adopté ; sur les extraits d'acte de naissance, il y a mention des deux sortes de filiation.

Pour l'adoption plénière, cette transparence sur les origines est moins connue. Certes l'acte de naissance initial, avec la mention des premiers parents, est considéré comme nul (art. 354 al. 5) mais il ne faut pas exagérer l'effet mensonger de cette annulation : l'acte de naissance de l'enfant adopté est présenté comme une transcription du jugement d'adoption et les références de ce jugement sont nécessairement mentionnées (article 354 al. 1 du code civil) (voir le modèle recommandé par la circulaire du 28 octobre 2011 concernant divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation). Ainsi une copie intégrale de l'acte de naissance ne peut laisser aucun doute sur le caractère adoptif de la filiation. De même l'extrait d'acte de naissance figurant dans le livret de famille porte la référence de la transcription du jugement d'adoption⁵. Difficile dans ces conditions pour l'enfant d'ignorer qu'il a été adopté.

Si donc on est attentif aux mentions sur les actes de naissance, on ne pourra pas dire que l'adoption par un couple de même sexe ou par le conjoint de même sexe aboutira à faire croire que l'enfant est né de deux personnes de même sexe⁶. Il ne s'agira donc en aucune façon de prétendre que l'enfant a pu être engendré par deux femmes ou deux hommes. Que l'enfant n'ait pas été procréé par ses parents adoptifs, ce qui est flagrant dans les familles homoparentales, n'est pas nié par le droit de l'adoption. L'adoption se situe expressément sur un autre registre que celui de l'engendrement. Que les adoptants soient en couple hétérosexuel ou homosexuel, le droit est en mesure de faire la distinction entre les parents qui élèvent l'enfant et les géniteurs

⁴ L'argument est moins convaincant dès lors que l'enfant est adopté par une célibataire femme : les filles-mères avec des enfants sans père ont toujours existé. La mention du père manquant est laissée vacante : l'imitation de la nature continue d'avoir lieu, mais par défaut.

⁵ **Salvage-Gerest P.**, 2010-2011, « La filiation par adoption » in P. Murat (dir) *Droit de la famille*, Dalloz Action, § 221-311 à 315.

⁶ *Contra* : **Neirinck C.**, Dt famille 2012, oct., *Repère*, p. 1.

qui l'ont procréé. Aucun risque donc, si l'on ne se trompe pas sur le sens général de cette institution, que l'adoption par un couple de même sexe puisse faire croire à une « falsification de la réalité ».

Pour aller plus loin

Laurence Brunet, 2011, « Des usages protéiformes de la nature : essai de relecture du droit français de la filiation », in Bonte *et al.* (dir.) *L'argument de la filiation aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes anciennes et actuelles*, éd. MSH, p. 285-323.

Laurence Brunet, 2012, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *Revue de droit sanitaire et social*, p. 828 et s.

Laurence Brunet, 2012/2, « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, La Découverte, n° 28, p. 199-205.

Irène Théry, Laurence Brunet, Jennifer Merchant et Martine Gross, « L'impensé du projet Taubira », *lemonde.fr*, 18 sept. 2012.

Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ?

Martine Gross

Sociologue

CNRS

Au sein des couples de femmes françaises souhaitant avoir un enfant, l'insémination avec tiers donneur est la solution la plus souvent choisie¹. Les lesbiennes se rendent en nombre dans les pays voisins où le recours à l'AMP leur est autorisé, Belgique, Espagne, Pays-Bas. Leur enfant, né en France, n'a qu'une mère légale, sa mère biologique ; l'autre n'a aucune existence. En instituant l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, la future loi permettra à ces « mères sans droits » de faire reconnaître et sécuriser *a posteriori* le lien qui les unit à leur enfant, comme elle le permettra dans tous les cas où l'enfant n'a qu'un seul parent.

En revanche, si le projet n'est pas modifié pour autoriser l'accès à l'AMP pour les couples de femmes, il est à craindre que la nouvelle loi crée *pour l'avenir* une situation doublement problématique. D'une part, deux femmes pourront devenir les deux mères légales d'un enfant né d'AMP... mais à condition que celle-ci ait lieu chez nos voisins et pas chez nous, solution pour le moins hypocrite. D'autre part, dans ces cas d'AMP, l'adoption de l'enfant par celle des deux femmes qui n'a pas accouché apparaîtra comme la procédure que notre droit juge adéquate pour établir son statut de mère. Or, rien n'est moins sûr, tant au regard du vécu des personnes concernées que des significations habituelles de l'adoption.

L'enfant conçu en AMP n'a été ni volontairement privé de filiation, ni abandonné par quiconque. À l'inverse, il est venu au monde grâce au projet parental de deux personnes qui, même si l'une d'entre elles seulement a procréé, se sont engagées ensemble pour être ses parents. L'AMP avec tiers donneur n'est pas faite pour donner des parents à un enfant qui en serait privé mais pour permettre à de futurs parents de réaliser leur désir d'enfant, enfant qui n'existe pas encore. C'est pourquoi le droit commun de l'AMP, tel qu'il existe aujourd'hui en France pour les couples de sexe différent, n'exige aucunement du parent qui n'a pas procréé (le père stérile, par exemple) qu'il adopte son propre enfant.

L'hypocrisie du détour imposé par l'étranger et l'institution – pour les seules femmes lesbiennes – d'un nouvel usage de l'adoption, en dehors des critères fondamentaux définissant celle-ci, affaiblirait beaucoup la cohérence, le sens et la portée de la nouvelle loi. C'est pourquoi il serait plus probe, plus cohérent, et en fin de compte plus signifiant au plan des valeurs et des grands repères communs, de franchir le pas et d'autoriser l'accès à l'AMP pour les couples de femmes. Ce ne serait pas seulement un progrès pour elles, mais pour tous les couples. En effet, comme nous allons le voir, une telle réforme permettrait d'en finir de façon très simple avec le principe de secret et de falsification de la filiation qui organise encore aujourd'hui en France le droit commun de l'AMP avec tiers donneur, alors même que le discours des autorités médicales a changé et que plus personne ne considère aujourd'hui le secret du recours au don comme une valeur.

Une accusation pour le moins paradoxale

Pourquoi certains jugent-il raisonnable l'adoption par les couples de même sexe, et pas l'accès à l'AMP aux couples de femmes ? Ils sont sensibles aux arguments de ceux qui prétendent que, si on autorisait ces couples à recourir à une insémination avec tiers donneur, on viendrait insérer au sein du droit de la parenté un montage « fou », imposant aux enfants le fantasme dans lequel ils seraient « nés » d'un seul sexe. C'est l'argument de la « falsification » et du « mensonge » sur la procréation et la naissance, omniprésent chez les opposants au projet de loi. Alors que certains l'emploient pour s'opposer à l'adoption² par les couples de même sexe, d'autres le réservent uniquement au cas de l'AMP. Tel est le cas du psychanalyste Jean-Pierre Winter, qui est d'accord pour l'adoption par un couple de même sexe, « à condition qu'un certain nombre de pare-feux soient mis en place : que ces enfants soient informés aussi précisément que possible des circonstances de leur conception, des conditions de leur naissance, de leur abandon et de leur adoption³ », mais refuse

¹ Gross M., 2012, *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?*, Petite Bibliothèque Payot, Paris.

² Pierre Lévy-Soussan écrit dans l'hebdomadaire *Le Point* du 18 octobre 2012 : « Jamais aucune société depuis deux mille ans n'avait encore validé la filiation homosexuelle, le fait que de deux hommes ou de deux femmes pouvait "naître" un enfant. » Et aussi « Aucune étude n'a suivi le développement des enfants nés de M. X et de M. Y, or c'est bien ce que va instaurer la loi... »

³ Winter J.-P., 2010, *L'Homoparenté*, Albin Michel, p. 199.

catégoriquement de reconnaître que les couples homosexuels ont justement cette attitude d'information de l'enfant, en cas d'AMP :

« Ce n'est pas ce que certains homosexuels nous proposent aujourd'hui ; ils veulent "faire famille" en mimant ce à quoi ils n'ont pas accès et en faisant passer le mime pour la réalité qu'ils sont en train de mimer : se faire faire des enfants et éliminer d'une façon ou d'une autre le tiers grâce à qui ce "faire comme si" a été rendu possible.⁴ »

Cette quadruple accusation – déni de la réalité des corps et de la différence sexuelle, élimination du tiers donneur, mensonge aux enfants sur leur propre naissance, manipulation du droit pour imposer un fantasme aux enfants – témoigne d'une grave méconnaissance de la réalité. Méconnaissance, tout d'abord, de la réalité ordinaire de l'AMP internationale. De nombreux couples de femmes se rendent aux Pays-Bas afin que l'enfant qui le souhaite puisse avoir à sa majorité accès à ses origines. Le donneur n'est pas connu des parents mais il n'est pas effacé, il pourra être connu de l'enfant à sa demande. Même lorsque le don est anonyme, comme en Espagne ou en Belgique, aucun couple de femmes n'occulte l'existence d'un homme ayant contribué à la venue au monde de l'enfant. Méconnaissance, ensuite, de la réalité ordinaire de l'AMP française à laquelle seuls les couples de sexes différents ont accès. Car il se trouve que le mensonge aux enfants existe bel et bien. Des milliers d'enfants sont nés d'un don et l'ignorent. Des milliers d'enfants croient que leur père stérile est leur géniteur. Des milliers d'enfants sont nés d'un tiers donneur et on leur dissimule ce tiers. Ces situations sont organisées par le droit français actuel de l'AMP qui fait passer les couples hétérosexuels infertiles pour avoir procréé et ce, en organisant l'effacement du don.

Les opposants au projet de loi qui clament « on ne ment pas aux enfants » accusent de mensonges ceux-là même qui ne sont jamais tentés d'en faire, les couples de même sexe, tout en ignorant sans aucun état d'âme les mensonges avérés produits par un système mis en place depuis fort longtemps pour dissimuler le recours au don et faire passer les parents stériles pour les géniteurs de leurs enfants, un système qui, pour couronner le tout, les exclut. Cet extraordinaire paradoxe témoigne de la fascination qu'exerce sur ses défenseurs le modèle pseudo-procréatif de l'AMP à la française.

Un problème de fond : les mensonges du modèle français d'AMP avec tiers donneur

Quelle est, en France, l'organisation légale de l'AMP avec tiers donneur ? En 1994 les lois de bioéthique sont venues encadrer les pratiques des Cecos qui depuis vingt ans déjà aidaient les couples hétérosexuels infertiles à avoir un enfant grâce à un don de sperme, tout en leur conseillant de n'en rien dire à l'enfant⁵. L'appariement du donneur et du père stérile (même couleur de peau et d'yeux, même groupe sanguin) et l'anonymisation du don rendant l'identité du donneur inaccessible à tous sauf au corps médical, venaient compléter le dispositif en effaçant définitivement toute trace de l'artifice.

Depuis, de nombreuses critiques ont été faites à cette logique du secret et du mensonge. Les professionnels de l'enfance ont dénoncé ses effets délétères, et plus personne ne défend l'ancienne façon de voir. Les médecins des Cecos conseillent maintenant aux parents de dire à l'enfant la vérité sur sa naissance. Le droit n'a toutefois pas changé, malgré deux rénovations des lois de bioéthique.

Dans l'hypothèse d'un don de sperme, l'homme stérile devient père en utilisant l'une des deux modalités d'établissement de la filiation conçues pour la filiation charnelle : la présomption de paternité (en mariage) ou la reconnaissance (hors mariage). Il n'a pas le droit de contester la filiation établie et s'il refuse la reconnaissance, sa responsabilité est engagée. Le droit l'oblige à passer pour le géniteur de l'enfant alors que par hypothèse il ne l'est pas.

L'accès à l'AMP des couples de femmes ébranle la construction de cette fiction et rend à la fois possible et nécessaire de revenir sur le sens que l'on donne aux mots : père, mère, parents, don.

L'AMP avec tiers donneur n'est pas un traitement de l'infertilité mais un arrangement social nouveau

L'Unaf, dans son dossier d'analyse, ne critique pas ce modèle pseudo-procréatif, qu'elle présente comme conforme aux « grands principes de la bioéthique ». Rappelant que l'AMP vise à apporter une aide médicale aux couples hétérosexuels souffrant d'une infertilité pathologique, elle considère qu'elle devrait continuer à

⁴ *Ibid.*, p. 199.

⁵ **Théry I.**, 2010, *Des humains comme les autres*, Paris, éd. de l'EHESS.

viser cet objectif⁶. Le problème qu'elle persiste ainsi à ignorer est la différence capitale entre l'AMP intraconjugale, qui est effectivement un traitement de l'infertilité, et l'AMP avec tiers donneur. Dans ce cas, l'apport de sperme ou d'ovocytes n'a pas soigné l'infertilité. Qu'a réalisé la médecine ici ? Elle n'a pas rétabli une fonction défaillante, elle a répondu au désir d'enfant d'un couple qui ne peut pas procréer lui-même.

Ce que les critiques exprimées à l'encontre de l'accès des couples de femmes à l'AMP révèlent, c'est la difficulté qu'éprouvent encore beaucoup de gens à distinguer parents et géniteurs, la difficulté à penser l'existence de personnes qui, par leur don, contribuent à donner la vie pour permettre à d'autres d'être des parents. Les tenants de la levée de l'anonymat sont souvent perçus comme adhérant à une vision biologisante de la parenté. C'est exactement l'inverse qui est vrai. Ceux qui veulent à tout prix maintenir l'anonymat des dons craignent que les donneurs rivalisent avec les parents. Dans cette vision, les dons doivent rester anonymes car s'ils étaient connus, les donneurs seraient les « vrais » parents. Ils pourraient revendiquer une paternité légale et venir en concurrence de ceux qui se sont adressés à la médecine pour réaliser leur désir d'enfant.

Pourtant ces couples qui ont recours à l'AMP avec don, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents, ont réalisé leur projet parental en donnant autant d'importance au fait de procréer qu'à celui d'être seulement partie prenante de ce projet. Les enfants qui sont les leurs ne seraient jamais venus au monde sans ce projet parental qui trouve sa réalisation dans le fait que l'un procréé avec l'aide d'un tiers et l'autre pas. Dans le recours à l'AMP, celui ou celle qui ne procréé pas est autant « vrai » parent que l'autre. Le père qui a eu recours à un don de sperme pour mettre au monde un enfant n'est pas moins père que celui qui a procréé sans l'aide d'un tiers. De même, la femme qui a eu recours à un don de sperme pour que sa compagne puisse enfanter. Tous deux sont parents, non parce qu'ils ont procréé, mais parce que sans le projet parental du couple qu'ils forment avec leur compagne respective, leur enfant n'aurait jamais vu le jour.

Le projet de loi s'arrête au milieu du gué dans la mise en cause du modèle pseudo-procréatif qui est le nôtre

L'idée qu'un enfant puisse avoir deux pères ou deux mères est beaucoup moins choquante lorsqu'on cesse de définir la parenté seulement à partir de la procréation et des liens de sang.

Il y a peu à faire pour faire évoluer la filiation, protéger les enfants qui sont élevés dans une famille homoparentale en leur donnant des parents de même sexe. C'est un changement de perspective mais ce n'est pas un bouleversement⁷.

En effet, dans le système actuel, non seulement la dimension de l'engagement institué n'est pas absente, mais elle est toujours ce qui fonde la filiation et introduit un enfant dans la société. Le droit de la parenté et la « vérité biologique » sont des ordres distincts même si les juges font usage de cette dernière pour démêler les conflits de filiation⁸. Ce qui fait un parent, c'est l'engagement institué, au travers d'une parole donnée soit devant l'officier d'état civil à la mairie, soit au travers d'un jugement d'adoption, soit par anticipation avec la présomption de paternité dans le mariage. C'est cette parole d'engagement qui permet d'établir la filiation. Le lien biologique n'est ni nécessaire, ni suffisant pour cela. Procréation et filiation ne sont pas synonymes.

Il suffirait que, dans les cas d'AMP avec don, la filiation soit fondée sur l'engagement pris devant le juge par la convention d'ores et déjà obligatoire, qui cesserait d'être secrète, pour en finir avec un modèle pseudo-procréatif mensonger, qui ne correspond plus à nos valeurs. Pour les couples de sexes différents comme pour les couples de même sexe, cet engagement serait le moment solennel de l'établissement de la filiation dans tous les cas où les enfants sont venus au monde grâce au projet parental de leurs parents et au don d'un tiers.

D'autres pays (voir annexe I) ont commencé comme la France par organiser l'AMP afin de répondre à l'infertilité des couples hétérosexuels par un tour de passe-passe. Le don de sperme était secret, et le compagnon de la femme inséminée passait pour être le géniteur. Mais cessant de s'accrocher à ce modèle du « ni vu ni connu » et assumant que l'AMP avec tiers donneur est en réalité *une nouvelle façon de mettre les enfants au monde, supposant la coopération de donneurs et d'un couple de parents intentionnels*, ces pays ont

⁶ Unaf, *Les questions du mariage, de la filiation et d'autorité parentale pour les couples de même sexe*, Dossier d'analyse, 29 oct. 2012, p. 10.

⁷ Voir l'audition de Laurence Brunet devant la commission des lois le 22 novembre 2012.

⁸ Brunet L., 2011, « Des usages protéiformes de la nature : essai de relecture du droit français de la filiation » in Bonte et al. (dir.), *L'argument de la filiation aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes anciennes et actuelles*, éd. MSH, p. 285-323.

assumé de fonder la filiation sur la responsabilité et l'engagement dans le projet parental plutôt que sur la seule vraisemblance procréative. Ils ont pu ouvrir l'AMP aux lesbiennes.

Annexe 1

Plusieurs autres pays non loin de la France, dont la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, mais aussi le Canada et plusieurs États des États-Unis, ont ouvert l'AMP aux couples de femmes et certains aux femmes seules. Dans la plupart de ces pays, la filiation à l'égard de la compagne de la mère est établie par l'adoption avec l'accord de la mère. Cependant,

- en Espagne⁹, la double filiation maternelle peut être établie avec la procréation assistée. L'épouse peut manifester son consentement à l'établissement de la filiation avant la naissance de l'enfant ;
- au Royaume-Uni, depuis 2009, les couples de femmes sont légalement reconnus parents de leurs enfants dès le moment de la conception avec don de sperme ;
- aux Pays-Bas, le don de sperme n'est plus anonyme depuis 2004. L'information est accessible à l'enfant à partir de seize ans. La compagne de la mère peut adopter l'enfant né du recours à l'AMP. Une loi adoptée en novembre 2012 permet à une deuxième mère de reconnaître l'enfant né de sa compagne, s'il n'y a pas de père biologique.

Pour aller plus loin

Martine Gross, *L'homoparentalité. Les idées reçues*, Paris, Le Cavalier Bleu

Martine Gross, Séverine Mathieu et Sophie Nizard (dir.), 2011, *Sacrées familles*, Toulouse, éd. Eres.

Martine Gross, 2012, *Choisir la paternité gay*, Toulouse, éd. Eres.

Martine Gross, 2012, *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?* Paris, Payot.

Irène Théry, Laurence Brunet, Jennifer Merchant et Martine Gross, « L'impensé du projet Taubira », *lemonde.fr*, 18 sept. 2012.

Martine Gross, « S'habituer à l'homoparentalité », *Le Monde*, 18 sept. 2012.

Martine Gross, Franck Jaoui et Alexandre Urwicz, « Le malencontreux texte du grand rabbin de France contre l'homoparentalité », *lemonde.fr*, 26 oct. 2012.

⁹ La loi 14/2006 du 26 mai sur les techniques de reproduction assistée prévoit l'accès à l'AMP pour toute femme « indépendamment de son état civil et de son orientation sexuelle ». La disposition additionnelle la loi 3/2007 du 15 mars ajoute un paragraphe à l'article 7 (filiation des enfants nés au moyen de techniques de reproduction assistée) : « lorsque la femme est mariée avec une autre femme, et qu'elle n'est pas séparée légalement ou dans les faits, cette dernière pourra manifester au registre civil du domicile conjugal son consentement à ce qu'à la naissance de l'enfant de son épouse, la filiation de ce dernier soit déterminée en sa faveur. »

Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ?

Agnès Fine

Anthropologue

EHESS

Les opposants à la réforme dénoncent les risques d'une « révolution anthropologique », d'autant plus inquiétante qu'elle bouleverserait un ordre social multiséculaire fondé sur le mariage entre homme et femme, dont jouit le plus grand nombre, cela pour répondre aux revendications d'une minorité. Mon propos sera de montrer que, loin d'être une « rupture anthropologique », les revendications actuellement portées par les homosexuels fondant des familles nous concernent tous parce qu'elles soulèvent explicitement des questions sur le sens de la filiation, posées par les mutations familiales depuis une cinquantaine d'années et restées irrésolues.

Plus de deux parents

Les changements familiaux des cinq dernières décennies dans les sociétés occidentales sont liés pour une grande part à l'évolution du statut des femmes, à la place nouvelle de la volonté individuelle dans la création de la parenté, ainsi qu'aux nouvelles techniques médicales d'aide à la procréation. On connaît le rôle des femmes dans la décision du divorce, il est également déterminant dans la constitution de la descendance. On peut aujourd'hui choisir le nombre de ses enfants, le moment de la naissance, on peut devenir parent avec un nouveau conjoint, sans conjoint, devenir parent tout en étant stérile ou homosexuel. Ceci implique une augmentation du recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) ou à l'adoption. Une partie des couples qui ont des difficultés à concevoir trouvent dans l'aide médicale à la procréation les moyens de devenir parents.

C'est ainsi que chaque année, environ 1 500 enfants naissent d'inséminations avec donneur ou de dons d'ovocytes. Les couples stériles commencent très souvent par essayer ces méthodes et, en cas d'échec, se tournent vers l'adoption. Depuis une vingtaine d'années, entre 3 000 et 4 000 enfants par an sont adoptés, même si leur nombre a baissé de manière significative en 2011 avec moins de 2 000 adoptions¹. Or adoption et AMP concernent aussi les familles homoparentales et ces deux façons de devenir parents ont pour caractéristiques d'introduire d'autres parents dans le jeu de l'engendrement. Ce qu'on a appelé les pluriparentalités existe aussi d'une autre manière, dans les familles recomposées après divorce où l'enfant est souvent doté d'un père et d'un beau-père, d'une mère et d'une belle-mère. La coexistence de ces différentes sortes de parents ainsi que la définition de leurs statuts juridique et social respectifs a déjà fait l'objet de nombreuses analyses des sociologues et anthropologues qui, par commodité, ont parlé de parents « sociaux » et de parents biologiques pour distinguer ceux qui n'avaient pas de liens de sang avec leur enfant et les autres, termes discutables bien sûr car le lien biologique est toujours aussi social.

Pluriparentalités et filiation

Ces pluriparentalités désignent ici, de manière extensive, l'ensemble des personnes qui occupent à des degrés très divers des positions parentales vis-à-vis de l'enfant, aussi limitées soient-elles : avoir contribué par un accouchement, le don de son sperme ou d'un ovocyte, à la naissance d'un enfant, ou à son éducation. Il faut distinguer à leur propos ce qui relève de la filiation et ce qui relève de la parentalité. La filiation (*descent*) est le lien juridique qui détermine la place d'un individu dans un système généalogique de parenté et qui induit des droits et des obligations réciproques. Le néologisme « parentalité » (*parenthood*), apparu relativement récemment dans les sciences sociales, ne recouvre que le champ des relations parents/enfants, une partie seulement de celui de la parenté. Il est souvent utilisé pour référer seulement aux fonctions parentales éducatives alors qu'ici, je me réfère aussi à la conception et à la mise au monde d'un enfant puisque celles-ci font des géniteurs, dans la plupart des sociétés, des parents. Dans nos sociétés, pendant longtemps toutes ces fonctions (conception, mise au monde, éducation) ont été exercées par les mêmes personnes, le père et la mère. Aujourd'hui, elles peuvent être diffractées entre plusieurs personnes. La distinction entre filiation et

¹ Alors que l'on comptait 3 504 adoptions en 2010 et 3 017 en 2009. La chute actuelle du nombre des adoptions est liée au durcissement des conditions d'adoption à l'étranger, la ratification de la Convention de La Haye par de nombreux pays privilégiant l'adoption nationale. Le nombre des enfants adoptables dans le monde diminue chaque année.

parentalité permet de reconnaître des positions ou fonctions parentales qui peuvent être assumées par des personnes n'ayant pas nécessairement le statut juridique de parents, ou inversement. Reconnaître la pluriparentalité induite par les nouvelles formes familiales, y compris par l'homoparentalité, ne revient donc pas à vouloir multiplier les parents légaux d'un enfant. Par exemple, un consensus existe sur le fait que le donneur de sperme dans l'IAD n'est pas et ne doit pas être un parent légal. Cela signifie-t-il pour autant qu'il faille maintenir le secret sur son identité ? Nous ne le pensons pas et nous y reviendrons.

Un seul père, une seule mère, le modèle de substitution

Comment notre société a-t-elle répondu en termes de droit et de pratique sociale à ces situations de pluriparentalités ? Comme elles ne sont pas facilement solubles dans notre système de filiation, on a longtemps tenté de les ignorer. Notre système de filiation, bilatéral et coïncidant avec les lois de la génétique, paraît naturellement fondé alors qu'il provient, comme on sait, d'un choix culturel. D'autres sociétés relient en effet les enfants à un seul sexe des parents, le père (filiation patrilinéaire) ou la mère (filiation matrilinéaire). En outre, il s'accompagne d'une norme, l'exclusivité, c'est-à-dire que chaque individu n'est mis en position de fils ou de fille que par rapport à un seul homme et une seule femme, sur le modèle de la procréation. D'où les difficultés à faire coexister dans les faits et dans le droit plusieurs parents pour un même enfant. Que faire des parents en plus ? *Les pratiques sociales et le droit sont allés généralement dans le sens de l'exclusivité et de la substitution d'un parent à l'autre.* Cette opération est relativement facile à l'égard des personnes qui ont contribué à mettre au monde un enfant sans en être les éducateurs, par exemple les parents de sang ayant abandonné leur enfant ou le géniteur dans les inséminations avec donneur. Ce dernier a été éliminé à la fois juridiquement et dans les faits, par les lois de bioéthique garantissant le secret absolu sur son identité, ceci pour mieux asseoir la paternité du père « social ».

Dans l'adoption, pendant plusieurs décennies, c'est le secret qui a régné en maître pour mieux garantir l'opération de substitution des parents adoptifs aux parents d'origine. Secret sur l'adoption elle-même pendant longtemps, et/ou secret sur l'identité des parents d'origine dans l'adoption interne, secret ou méconnaissance favorisés de fait dans l'adoption internationale. Le droit a renforcé l'opération de substitution. Par l'adoption plénière créée en 1966 en France, la première filiation de l'enfant est effacée au profit de la seule filiation adoptive et sur l'acte de naissance de l'enfant adopté, c'est le nom de ses parents adoptifs qui figure. Les nombreux obstacles rencontrés par les adoptés pour connaître leur histoire, ainsi que les réticences à lever l'anonymat des donneurs de sperme en France révèlent la force de ces opérations de substitution qui ont pour but de garantir le principe de l'exclusivité : un seul couple de parents pour les enfants.

Apparemment ce modèle de substitution, calqué sur le modèle du couple matrimonial procréatif, est pour l'Unaf un modèle actif à préserver. Elle affirme en effet : « *S'agissant des droits de filiation ouverts aux couples de personnes de même sexe, nous avons soulevé, dès la première consultation ministérielle, le problème de l'accès à l'adoption plénière. Alors qu'un enfant ne peut naître que d'un homme et d'une femme, l'accès à cette forme d'adoption pour les couples de personnes de même sexe remettrait juridiquement en cause cette réalité et laisserait désormais croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe.*² » Elle considère donc que l'adoption est, a toujours été et doit rester une institution fondée sur le modèle du couple matrimonial procréatif, ce qui est faux sur le plan historique mais révélateur du poids de cette fiction.

L'Unaf ignore-t-elle qu'avant 1966, l'adoption pratiquée en France était dite inclusive, car la filiation adoptive s'ajoutait à la filiation d'origine sans l'effacer de sorte qu'un enfant pouvait avoir trois ou quatre parents, seuls deux d'entre eux détenant l'autorité parentale ? On est loin du modèle de la procréation qui ne s'impose en France qu'avec la légitimation adoptive en 1939 et de manière plus radicale en 1966 avec l'adoption plénière qui n'existait pas auparavant. Évoquer un mensonge si l'adoption était le fait d'un couple de femmes, alors même que tout a été organisé pendant de longues années pour que l'adoption plénière verrouille la réalité de l'histoire de l'enfant est assez cocasse ! En outre, l'Unaf ignore-t-elle que l'adoption des célibataires est légale en France ? Amène-t-elle pour autant l'enfant à croire qu'il est né d'une femme seule ?

Parents de sang et parents adoptifs

L'idée que l'adoption devrait se calquer sur le modèle matrimonial procréatif est d'autant plus dépassée qu'elle est un peu partout battue en brèche depuis plusieurs décennies. Il existe, au niveau international comme en France, un mouvement de contestation mené par des enfants touchés par le secret sur leur histoire, qu'ils soient adoptés ou nés d'insémination avec donneurs anonymes. Ce mouvement, amplifié par Internet, a

² Unaf, audition de François Fondard devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 22 novembre 2012.

conduit à un changement dans les pratiques et dans le droit de l'adoption, ainsi que dans les législations relatives à l'anonymat des donneurs. Sauf exception notable³, on considère désormais qu'il est légitime pour un adopté qu'il recherche l'identité de ses parents de sang et/ou son histoire. C'est pourquoi s'est généralisée aux États-Unis et au Canada une forme nouvelle de pratique adoptive, *l'open adoption*, (par opposition à *l'adoption fermée ou secrète*) qui favorise l'interconnaissance entre parents de sang et parents adoptifs.

En France, depuis 2002, sous la pression de ces groupes, a été créée, non sans réticences et difficultés, le CNAOP⁴. On peut noter que les adoptés ou les enfants nés d'insémination anonyme ne contestent pas la filiation qui leur a été donnée (adoption ou par IAD), mais demandent la levée du secret sur l'identité de leur géniteur.

Un statut juridique particulier pour le beau-parent

L'opération de substitution est encore moins possible dès lors que plusieurs adultes concourent non plus seulement à la mise au monde d'un enfant mais à son éducation. Dans ce cas se pose la question du statut juridique à donner aux différents adultes concernés. En Angleterre, par exemple, dans les familles recomposées après divorce, depuis le *Children Act* de 1989, le beau-père se voit doté d'un statut légal, même s'il est limité.

En France, la loi du 4 mars 2002 ouvre la possibilité au père et mère de partager tout ou partie de l'autorité parentale avec un tiers, membre de la famille ou proche digne de confiance, ce qui permet de donner un statut additionnel au beau-parent. Cette situation concerne aussi les enfants dont l'un des parents séparés vit avec un concubin ou une concubine de même sexe. Elle peut aussi concerner, dans les coparentalités homosexuelles, la compagne de la mère de sang et/ou plus souvent le compagnon du père qui, ne partageant pas le désir d'enfant de leurs partenaires, contribuent néanmoins à son éducation. Ils peuvent se satisfaire du statut reconnu juridiquement de beaux-parents, à l'instar des beaux-parents des familles recomposées. Il n'y a donc ici aucune spécificité particulière des familles homoparentales.

Les pluriparentalités évidentes des familles homoparentales

Avec les familles homoparentales, les traditionnelles opérations de substitution que l'on pratiquait sous l'égide du droit sont rendues impossibles, puisqu'elles ne peuvent et ne veulent pas mimer le couple matrimonial procréatif. Elles perturbent de manière salutaire les réponses que nos sociétés ont faites jusqu'alors. Les couples de lesbiennes qui ont recours à l'IAD à l'étranger ou à un donneur connu et ami en France mettent en évidence que cette manière de procréer met en jeu un tiers, soigneusement éliminé dans le cas des couples hétérosexuels. Les couples de gays ayant procédé à une GPA ne peuvent éliminer de leur vie et surtout de celle de leur enfant la femme qui l'a porté et a accouché de lui. De sorte que loin de contribuer au maintien de la fiction, les lesbiennes et les gays qui ont recours à l'IAD ou à la GPA apparaissent comme ceux qui empêchent le fonctionnement du modèle fictionnel, des secrets et souvent des mensonges qui l'accompagnent.

Quant aux couples procréant dans le cadre de coparentalités (un homme gay procréant avec une femme lesbienne), ils sont tout simplement ignorés, puisqu'entrant dans le cadre d'une procréation « normale » et légale. Lorsque la compagne de la mère et/ou le compagnon du père qui ont partagé le projet parental réclament à juste titre un statut spécifique, eux aussi mettent à mal le modèle procréatif classique en s'ajoutant au duo procréateur. Les familles homoparentales posent de manière explicite par leur existence même et leurs revendications un ensemble de questions restées sans réponse dans l'ensemble des nouvelles configurations familiales de notre société. Elles obligent à reconnaître que nombreuses sont les familles où il y a plus qu'un seul père et une seule mère !

Vers un nouveau droit de la filiation

Dès lors, il semble nécessaire de rompre avec un modèle biologisant qui continue de s'imposer à tous, y compris aux familles qui ne sont pas fondées sur la procréation. L'adoption plénière, l'AMP avec tiers donneur, l'anonymat des dons, tout est fait pour que des parents qui n'ont pas procréé ensemble se coulent dans le moule d'un modèle pseudo-procréatif. De nombreuses personnes en souffrent : des parents qui ne savent pas

³ Il faut citer ici l'opinion pour le moins étonnante de Pierre Lévy-Soussan, psychiatre très sollicité sur les questions d'adoption qui, lors d'un débat public sur l'adoption auquel j'ai participé en janvier 2012 à Versailles, a qualifié la loi de 2002, ouvrant de manière très prudente l'accès aux origines de l'enfant, de loi « *déstructurante sur le plan psychique* ». Il considère que ceux qui défendent la clarté sur l'histoire de l'enfant adopté privilégient la biologie contre la filiation élective, ce qui est absurde !

⁴ Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles a été créé par la loi du 22 janvier 2002.

comment expliquer leur histoire à leurs enfants, des enfants devenus adultes qui veulent connaître leurs origines, des couples de même sexe qui n'ont pas accès à l'AMP au prétexte qu'ils ne peuvent passer pour avoir procréé ensemble. Il est temps de refuser le modèle pseudo-procréatif de la filiation et d'énoncer les grands repères fondant un nouveau droit de la filiation à la fois commun et pluraliste. Il y a en droit une seule filiation, faite des mêmes droits, devoirs et interdits pour tous, sans discrimination selon le statut conjugal des parents ou la composition du couple. Elle est fondée pour les deux sexes sur un engagement de filiation. Elle peut être établie selon trois modalités différentes :

1) l'engendrement procréatif : je m'engage à devenir le parent de cet enfant parce que je l'ai fait. C'est la reconnaissance ;

2) l'adoption : je m'engage à devenir le parent de cet enfant que je ne prétends pas avoir fait, et qui était de son côté privé de filiation ;

3) l'engendrement avec tiers donneur : je m'engage à devenir le parent de cet enfant conçu grâce au don d'un tiers, et cela que j'aie moi-même procréé ou pas. Dans ce cas c'est par un engagement public (et non plus secret, comme aujourd'hui), devant le juge ou le notaire, qu'un couple hétérosexuel infertile ou un couple homosexuel ayant recours à une AMP établirait par avance la filiation de l'enfant, permettant aux médecins d'engager le processus de la conception.

L'avantage de la troisième modalité, fondée sur l'engagement plutôt que sur un mime procréatif, outre qu'elle n'oblige pas la compagne de la mère à adopter lorsque l'enfant a été conçu par AMP avec tiers ou à l'aide d'un donneur connu, outre qu'elle élimine les inégalités entre les couples ayant recours à un tiers pour procréer, est qu'elle protégera simultanément les parents intentionnels, les donneurs qui ne sont pas des parents, et les enfants qui pourront, s'ils le souhaitent, initier des démarches pour accéder à leurs origines sans provoquer ou redouter une confusion des places. Il ne s'agit pas par là de privilégier le sang par rapport à la volonté, la biologie contre l'adoption, comme certains feignent de le croire, encore moins de concourir à déstabiliser l'enfant adopté ou l'enfant conçu par un tiers anonyme, mais au contraire de lui permettre de construire son identité à la fois sur une filiation stable et sur une meilleure connaissance de l'histoire de sa mise au monde⁵.

Pour aller plus loin

Agnès Fine et Claire Neirinck (dir.), 2000, *Parents de sang, parents adoptifs – Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption (France, Europe, Canada, USA)*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société.

Agnès Fine (dir.), 2008, *États civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, Éditions du CTHS, coll. Le Regard de l'Ethnologue.

Agnès Fine, 2000, « Adoption, filiation, différence des sexes » in *Homoparentalités. État des lieux*. Paris, ESF, p. 73-85.

Agnès Fine, 2001, « Unifiliation ou double filiation dans l'adoption française », *Anthropologie et sociétés, Nouvelles parentés en Occident*, vol 24, 3, p. 21-38.

Agnès Fine, 2001, « Vers une reconnaissance de la pluriparentalité ? », *L'un et l'autre sexe, Esprit*, mars-avril, I. Théry (dir.), p. 40-52.

Agnès Fine, 2001, « Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales contemporaines », in D. Le Gall et Y. Bettahar (dir.) *La pluriparentalité*, Paris, PUF, p. 69-93.

Agnès Fine, 2005, « L'évolution de l'adoption en France, entre filiation et parentalité », *Journal de pédiatrie et de puériculture*, 18, p. 155-161.

Agnès Fine, 2006, « Pluriparentalités et homoparentalités dans les sociétés occidentales contemporaines », in A. Cadoret, M. Gross, C. Mérary et B. Perreau (dir.), *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, PUF, p. 43-55.

Agnès Fine et Agnès Martial, 2010, « Vers une naturalisation de la filiation ? », *Genèses*, 1, n° 78, p. 121-134.

Agnès Fine, 2012, « La question de l'adoption par les couples homosexuels », *Cahiers français*, n° 371, La Documentation Française, p. 59-66.

⁵ Sur ce point, voir l'introduction du livre collectif que j'ai dirigé, **Fine A.**, 2008, *États civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, CTHS.

AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse

Jennifer Merchant

Politologue

Université Panthéon-Assas Paris II

Aux États-Unis, les pratiques dans le domaine de la procréation (contraception, avortement, AMP) sont encadrées par une jurisprudence fédérale qui les situe dans l'espace privé et autour d'un droit constitutionnel à « la vie privée » (*right to privacy*)¹. En outre, deux lois fédérales encadrant l'AMP doivent être citées. D'abord, le *National Organ Transplant Act*, qui interdit la vente d'organes et autres éléments du corps humain. Ensuite, le *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*, obligeant le ministère de la Santé à publier chaque année un rapport d'activité des centres de traitement d'infertilité américains, sur la base du volontariat². En 2009, sur les 483 cliniques en activité, 441 ont répondu au questionnaire³.

Ces pratiques sont *ensuite* encadrées par de nombreuses politiques publiques au sein des différents États fédérés, et ce en vertu des IX^e et X^e amendements de la Constitution. Ainsi, chaque État fédéré peut développer sa propre politique de santé, de famille, d'éducation, son propre droit pénal, etc. Dans le domaine de l'AMP, de nombreux États ont déjà promulgué des lois, certains de manière très restrictive comme la Louisiane, d'autre beaucoup moins, comme en Californie.

Assistance médicale à la procréation (AMP) et filiation pour les couples de même sexe

Relevant également des compétences de chaque État, la relation parent-enfant pour les enfants issus d'AMP varie d'un État à l'autre et d'une configuration familiale à une autre. Dans de nombreuses familles homoparentales, un des membres (A) amène dans la relation de couple un/des enfant(s) issu(s) d'une union hétérosexuelle précédente. Ainsi, l'enfant a déjà deux parents « naturels » (A et B) et dans tous les États, leurs droits sont supérieurs à ceux du nouveau partenaire (C), *sauf* si le parent (B) abandonne légalement l'enfant, permettant à cet enfant de devenir « adoptable » par le nouveau partenaire C, et ce dans les États qui autorisent l'adoption par un membre d'un couple de même sexe.

Pour ce qui est de l'adoption, la *majorité* des États autorisent l'adoption par un adulte quelle que soit son orientation sexuelle, et dans de très nombreux États, l'adoption conjointe par un couple non marié et/ou de même sexe est autorisée. Dans le cas d'un enfant issu d'AMP, la plupart des États autorisent « l'adoption par le second parent » (*second-parent adoption*), autrement dit celui ou celle qui n'a pas fourni les gamètes ou porté l'enfant, y compris pour les couples de même sexe⁴.

Dans les États ou juridictions qui n'offrent pas cette possibilité, on trouve parfois d'autres solutions, par exemple l'adoption par le « beau-parent » (*step-parent/domestic partner adoption*), c'est-à-dire par le partenaire du parent naturel de l'enfant qui vit déjà avec ses deux parents de même sexe, ou encore une « garde d'enfant » (*guardianship*), mais ce dernier statut ne comporte pas autant de droits qu'une adoption.

Enfin, dans les États et/ou les juridictions où rien n'est prévu pour la filiation d'un enfant adopté par un couple de même sexe et/ou issu d'un recours à l'AMP, et dont les deux parents souhaitent être reconnus comme parents légaux, ils peuvent éventuellement obtenir de la part du tribunal compétent de leur État la reconnaissance des droits parentaux conjoints, selon la doctrine du « parent psychologique ». Dans ce cas, le parent non biologique doit convaincre le tribunal de la nécessité d'une décision judiciaire afin de protéger la relation qu'il a/aura avec l'enfant en question, et ce dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le tribunal est amené à prendre presque exclusivement en compte les intérêts et le bien-être de l'enfant.

¹ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 1942 ; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965 ; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972 ; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973 ; *Relf v. Weinberger*, 565 F.2d 722, 184 U.S. App. D.C. 147, 1997 ; et enfin *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 1998. Pour plus d'information sur cet arrêt, voir **Merchant J.**, « [Le droit à la vie privée \(right to privacy\) : les hauts et les bas d'un droit constitutionnel nord-américain](#) ».

² The National Organ Transplant Act (1984 Public Law 98-507, amended 1990). Ainsi, ce qui a une valeur marchande dans le don du sperme et des ovules, par exemple, c'est le temps sacrifié du donneur et/ou les jours de salaire perdus. The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992 (Pub. L. 102-493, 42 USC 263a-1 et s.).

³ Centers for Disease Control/Department of Health and Human Services, [Assisted Reproductive Technology 2009 Report](#).

⁴ « [Types of Same-Sex Adoption](#) », « [Gay and Lesbian Adoption State-by-State](#) », About.com, part of The New York Times Company (consultés le 28 avril 2010).

Ce type de demande se produit le plus souvent en aval lorsqu'un couple homosexuel se sépare et que le parent « non légal » souhaite obtenir une forme de tutelle sur l'enfant qu'il a élevé au même titre que le parent naturel. Or la doctrine du « parent psychologique » s'établissant plus ou moins à travers le pays comme un modèle à suivre, on observe un nombre croissant de demandes de ce type en amont, c'est-à-dire avant même la naissance ou l'arrivée d'un enfant dans un couple de même sexe qui habite dans une région où rien n'est prévu⁵.

Dans la plupart des autres cas – impliquant soit la construction d'une famille homoparentale soit la séparation ou litige d'un couple de même sexe ayant des enfants – l'on observe l'application d'une autre doctrine, sans doute la plus répandue à ce jour : il s'agit de la doctrine « Intent and Consent » (intention et consentement), élaborée dans l'affaire *Elisa B. v. El Dorado County Superior Court* (2005) par la Cour suprême californienne.

En couple et vivant ensemble, mais pas mariées, Elisa B. et Emily B. avaient eu trois enfants (Elisa = 1 et Emily = 2, des jumeaux, dont un était trisomique), chacune inséminée par le même donneur de sperme (anonyme). Quelques années plus tard, elles se séparent, chacune gardant son/ses enfants biologiques, et Elisa B. versant une pension à son ex-compagne pour l'aide aux frais médicaux de l'enfant trisomique. Puis un jour, Elisa B. décida de cesser ses versements, et demanda auprès du tribunal un « *set-aside* » (littéralement, une mise de côté) de la décision préalable qui l'avait désignée comme le parent légal des enfants de Emily B., et cela au prétexte qu'elle n'était pas liée à eux biologiquement. N'obtenant pas satisfaction, elle porta l'affaire en appel devant la Cour suprême de Californie qui, pareillement, refusa sa demande, déclarant qu'au moment de la mise en œuvre de l'AMP, les deux femmes avaient signé des formulaires stipulant leur *intention* de devenir parents et leur *consentement* à l'insémination artificielle. D'où la doctrine « Intent and Consent ». Elisa B. doit continuer à aider financièrement Emily B. à élever les deux enfants dont elle demeure, par-delà la séparation, l'un des deux parents légaux.

L'encadrement de la gestation pour autrui (GPA)⁶

Avant toute chose, il faut savoir que le recours à la GPA n'est pas fréquent. Il y a environ 4 millions de naissances par an aux États-Unis, et parmi celles-ci, seules 1 000 à 1 400 naissances sont le fruit d'une GPA. De surcroît, la moitié de ces naissances – environ 700 – sont pour des couples étrangers⁷. L'ensemble des recours à une femme porteuse culmine en moins de 0,1 % de litiges par an opposant le couple receveur à la femme porteuse, autrement dit environ un cas et demi par an devant les tribunaux. Il est par conséquent erroné de dire qu'il s'agit d'une pratique de plus en plus fréquente. Les chiffres demeurent stables depuis que le Centers for Disease Control publie son rapport annuel sur les activités des cliniques : la GPA constitue seulement 1 % de ces pratiques, chiffre constant depuis 1998⁸. Il est également faux de dire que la plupart de ces pratiques se terminent en drames devant les tribunaux.

En revanche, ce qui pose en effet problème dans la pratique de la GPA aux États-Unis, c'est la disparité des lois qui gouvernent le recours à la femme porteuse et les modalités de filiation pour les enfants, sans parler des différences importantes de « dédommagements » pratiqués, le tout dû à l'autonomie législative des États fédérés. Cela crée un paysage national complexe qui instaure *de facto* une inégalité entre les femmes qui s'engagent dans une GPA. C'est pourquoi de nombreuses voix se font entendre aux États-Unis pour extraire le recours à la GPA du domaine du droit des contrats/droit privé et l'inscrire dans une problématique de santé publique et de droit public. Au niveau fédéral, deux tentatives d'interdire tout simplement le recours à la GPA par des projets de lois présentés en 1989 ont échoué. Parallèlement à ces tentatives nationales, environ la moitié des États ont légiféré en la matière.

Dans les États qui tolèrent la GPA ou qui ont légiféré favorablement dans ce domaine, c'est le principe du droit à la vie privée (*privacy*) en matière de procréation qui prévaut. Cette position est d'ailleurs soutenue avec vigueur par un certain nombre de bioéthiciens, de féministes ou encore de juristes, notamment John Robertson. Dans un article devenu célèbre, Robertson écrit : « ... *les contrats de reproduction deviennent les*

⁵ Graham K. T., 2008, « Same-sex couples : their rights as parents, and their children's rights as children », *Santa Clara Law Review*, 48, p. 999-1037.

⁶ Ce qui suit est extrait de mon article « [Une GPA éthique est-elle possible ?](#) », accessible sur Cairn.info dans *Travail, Genre, Société*, novembre 2012.

⁷ Michael Cook, « [American women become surrogates for foreign couples](#) », *Chicago Tribune*, 13 avril 2011.

⁸ CDC, *op.cit.*, reports 2005-2011.

outils de la liberté reproductive [...] Dans une société libérale, la main invisible de la préférence procréative doit pouvoir agir. »

Pour notre part, nous ne souscrivons pas à cette analyse de « *la main invisible de la préférence procréative* » qui n'a de sens que pour les receveurs. La femme porteuse n'a que dans de très rares cas la possibilité d'indiquer sa préférence pour un couple receveur plutôt qu'un autre et, contrairement au marché idéal, la vendeuse d'ovule ou la femme porteuse n'ont pas le dernier mot sur le prix négocié. Pour cette raison, nous avons choisi de présenter ici quatre exemples d'encadrement de la GPA aux États-Unis qui, tout en respectant le droit constitutionnel à la *privacy* de tous les protagonistes, protègent aussi bien les femmes porteuses que le couple receveur et les enfants à venir.

Modèles de GPA « éthique »

Dix États américains autorisent le recours à la GPA en le régulant de façon très détaillée. Parmi eux, nous avons choisi d'écarter les États qui autorisent le paiement de la femme porteuse au-delà des frais médicaux et autres frais afférents à la période de la grossesse. Ainsi, quatre États – la Floride, l'Utah, le Washington et le New Hampshire – présentent un encadrement de la GPA intéressant.

La Floride

Cet État encadre la GPA « traditionnelle » (avec les ovocytes de la femme porteuse, autrement connu sous le terme de « GPA génétique », Florida Statute 63.212 (1)(i), 2007) et la GPA « gestationnelle » (quand la gestatrice n'est pas la génitrice, Florida Statute 742.15, 2007) de façon différente. Dans le premier cas, le couple hétérosexuel (la Floride a inscrit dans sa Constitution que le mariage n'existe qu'entre un homme et une femme) signe avec la mère porteuse un « *preplanned adoption agreement/accord préalable d'adoption* » qui doit être entériné par un tribunal. Le couple receveur ne doit pas forcément avoir un lien génétique avec le futur enfant. Après la naissance, la mère porteuse bénéficie de quarante-huit heures pour éventuellement décider de garder l'enfant en toute légalité. Dans le cas d'une GPA sans lien génétique entre la gestatrice et le futur enfant, le contrat signé avant l'implantation de l'embryon impose à la femme porteuse de signer une clause qui déclare qu'elle renonce à ses droits sur l'enfant à la naissance. La femme du couple receveur doit démontrer qu'elle ne peut pas porter ou accoucher d'un enfant pour raisons médicales, et au moins un des deux parents receveurs doit être lié génétiquement à l'enfant à venir.

Dans les deux types de GPA, la femme porteuse doit avoir au moins dix-huit ans et se soumettre préalablement à une longue série d'examen médicaux. Dans le contrat, il est stipulé que le couple receveur doit accepter l'enfant qui naît peu importe d'éventuels handicaps. En cas de problème sur l'origine de la grossesse (par exemple, si on apprend, dans le cas d'une GPA gestationnelle, que l'enfant n'est lié génétiquement ni à la mère ni au père social), la femme porteuse devient le parent légal de l'enfant. Enfin, et ce n'est pas le point le moins important, aucune compensation au-delà des frais afférents à la grossesse n'est acceptée. En outre, aucun intermédiaire entre le couple et la femme porteuse ne peut recevoir une rémunération pour cet acte.

L'Utah (Utah Code Ann. & 78-45g-801 to -809, 2007)

La législation dans cet État est inspirée de la partie 8 du *Uniform Parentage Act* de 2002, un modèle national non contraignant qui traite de la filiation et du droit de la famille et propose une loi nationale gouvernant ces domaines. Le contrat liant la femme porteuse et le couple (hétérosexuel, pour les mêmes raisons que la Floride), élaboré avant l'insémination ou l'implantation et déclarant comme parents légaux le couple receveur, exige plusieurs critères. Tout d'abord, le couple receveur et la femme porteuse doivent avoir au moins vingt et un ans et doivent se soumettre à un examen psychologique. Tous les trois doivent avoir résidé dans l'État depuis au moins quatre-vingt-dix jours. Le couple receveur doit être marié et se soumettre à un *home study* (visite de leur maison par les services sociaux). La femme porteuse doit avoir déjà eu un enfant et ne peut pas utiliser ses propres ovules ; elle conserve l'entier contrôle des décisions concernant sa santé durant la grossesse. La mère d'intention, pour sa part, doit prouver qu'elle ne peut pas porter un enfant, et au moins un des deux parents d'intention doit être génétiquement lié à l'enfant. Si la femme porteuse est mariée ou en couple, le sperme de son conjoint ne peut pas être utilisé. Fait très important, la femme porteuse ne doit être bénéficiaire ni de Medicaid (l'assurance santé attribuée aux personnes vivant en dessous du seuil de la pauvreté) ni d'aucune autre allocation familiale de l'État. Enfin, le couple receveur peut rémunérer la femme porteuse de façon « raisonnable », à savoir tous les frais médicaux et autres frais afférents à la grossesse et aux jours de travail manqués dans les derniers mois de la grossesse.

Le New Hampshire (RSA & 168-B:1 to -B:32, 2007) et le Washington (Rev. Code Wash. & 26.26.011 to .903, 2007)

Ces deux États autorisent le mariage entre personnes de même sexe, ainsi que l'adoption d'enfants et le recours à l'assistance médicale à la procréation pour les couples de même sexe. Dans le New Hampshire (dont la loi est plus stricte que le Washington), le couple receveur et la femme porteuse doivent être résidents de l'État depuis six mois. Le couple receveur doit être marié, avoir au moins vingt et un ans et, dans le cas d'un couple hétérosexuel, la mère d'intention doit être dans l'incapacité de porter un enfant. Au moins l'un d'entre eux doit être lié génétiquement à l'enfant à venir. Le contrat doit être approuvé en amont par un juge, et la femme porteuse et le couple receveur doivent se soumettre à des examens psychologiques et physiologiques et à des inspections de leurs résidences respectives avant l'insémination. La femme porteuse doit avoir déjà eu un enfant, et ne doit pas être rémunérée au-delà des frais encourus pendant la grossesse (médicaux, assurances, jours de travail manqués). Les agents intermédiaires sont prohibés. Dans le Washington, l'encadrement est un peu plus léger. Le couple receveur et la femme porteuse doivent être résidents de l'État et avoir au moins vingt et un ans. Le contrat doit être approuvé en amont par un juge et la femme porteuse ne doit pas être rémunérée au-delà des frais encourus pendant la grossesse. De même, les intermédiaires ne sont pas autorisés.

Vers de nouvelles formes familiales

Récemment, deux études portant sur les enfants nés par une femme porteuse et les rapports entre elle, l'enfant et les parents sociaux ont été publiées⁹. Quelles sont leurs conclusions ? La vaste majorité des parents de ces nouvelles familles ont dit la vérité aux enfants, et ont choisi de garder le contact avec la femme porteuse. Les enfants de ces familles ne diffèrent pas dans leurs rapports avec leurs parents des enfants nés « traditionnellement », certains même parlant d'un « plus » dans leurs vies en référence au maintien de contact avec la femme porteuse. L'encadrement de la GPA présentée ci-dessus nous intéresse non pas parce qu'on voudrait éventuellement les reproduire ici en France, mais parce qu'ils nous montrent qu'on peut penser l'encadrement de la GPA autrement que par l'interdiction. Un modèle français d'encadrement de la GPA est envisageable à partir du moment où l'on observe que d'autres pays l'ont pensé et créé au sein de leur propre système juridique, politique et culturel.

Pour aller plus loin

Jennifer Merchant, 2006, *Procréation et politique aux États-Unis, 1965-2005*, Paris, Belin.

Jennifer Merchant, 2010, « [Assisted reproductive technology \(ART\) in the United States: towards a national regulatory framework?](#) », *International Journal of Bioethics*, vol. 20, n° 4, jan. 2010, p. 41-58.

Jennifer Merchant, 2010, « [In the best interest of the child](#) », *Books and Ideas*, nov. 2010, ([en français](#)).

Jennifer Merchant, 2012, « Nouvelles configurations familiales, France/États-Unis », in Nicole Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Bruxelles, LGDJ Anthemis, avr. 2012.

Jennifer Merchant, « [Le "droit à l'intimité à la vie privée" \(right to privacy\) : les hauts et les bas d'un droit constitutionnel nord-américain](#) », in *Raison publique*, « [La bioéthique en débat](#) », mai 2012.

Jennifer Merchant, 2012, « [Gestation pour autrui \(GPA\) et homoparentalité/homoparenté aux États-Unis](#) », in *L'homoparentalité*, « La Société de Législation Comparée », juin 2012.

Jennifer Merchant, 2012, « [Une gestation pour autrui éthique est possible](#) », p. 183-189 dans la rubrique « Controverses : Troubles dans la maternité », p. 169-207, dossier dirigé par Laurence Brunet et Jennifer Merchant, paru dans le numéro « Variations France/États-Unis », *Travail, Genre et Sociétés*, n° 28, nov. 2012 ([table des matières](#)).

⁹ **Jadva V. et al.**, 2011, « [Surrogacy families ten years on: the relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins](#) », *Human Reproduction*, 26 (suppl 1) : i260-i271. **Golombok S. et al.**, 2011, « Families created through surrogacy: mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7 », *Developmental Psychology*, vol. 47, n° 6, 1579-1588.

LA GESTATION POUR AUTRUI À TRAVERS LES ÉTATS-UNIS



1 Feu rouge : une loi interdit les contrats de GPA, les pénalise et impose des sanctions qui ne sont pas spécifiées par écrit (seul le district de Columbia).

2 À vos risques et périls : des lois déclarent les contrats de GPA nuls et interdisent leur mise en application, mais la GPA se poursuit dans ces États (Arizona, Indiana, Michigan, New York*, Nebraska).

* Seuls des contrats de GPA provenant de la « compassion » et non rémunérés ; les autres sont criminalisés.

3 Feu jaune : en cas de litige, les tribunaux ne reconnaissent pas des contrats de GPA même si aucune loi n'existe contre ce type de contrats. On a toujours recours à la GPA mais les parents sociaux doivent adopter l'enfant après la naissance (Louisiane).

4 Trouver votre place dans la boîte de lois : les lois autorisent la GPA mais imposent un nombre variables de restrictions (Floride, New Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginie, Washington).

5 Feu vert : les lois autorisent la GPA et fournissent une structure réglementaire afin de contourner les tribunaux (Illinois).

6 Les lois autorisent la GPA mais sans expliciter l'encadrement (Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota du Nord, Nouveau-Mexique, Tennessee, Virginie-Occidentale).

7 La jurisprudence autorise la GPA, mais aucune loi n'existe (Californie, Ohio, Massachusetts, Maryland, New Jersey**, Pennsylvanie, Caroline du Sud).
** La jurisprudence y est très restrictive.

8 8 8 Vide juridique et statutaire

Le recours à la GPA dans ces États :

● En règle générale, un « pre-birth order » (PBO, ordre d'un juge concernant la filiation d'un enfant à venir) est délivré (Colorado, Géorgie, Kansas, Kentucky, Maine, Montana, Oregon, Rhode Island, Dakota du Sud).

● Difficile de dire avec certitude si un PBO est généralement accordé

(Alaska, Minnesota, Mississippi, Caroline du Nord, Wisconsin).

● De manière générale, un PBO n'est pas possible ; il est nécessaire d'attendre un ordre de parenté post-naissance (Delaware***, Hawaï, Idaho, Missouri, Oklahoma, Vermont, Wyoming) ; ou avoir recours à une adoption en amont, avant la naissance de l'enfant (Alabama).
*** sauf dans le cas de GPA altruiste.