



HAL
open science

Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique. Gazette du Palais, 2013, p.5-9. hal-01141889

HAL Id: hal-01141889

<https://hal.science/hal-01141889>

Submitted on 14 Apr 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Version avec notes de bas de page réduites paru in
Gazette du palais 6 et 7 mars 2013, p.5-9

Sommaire. L'analyse méthodologique révèle qu'il est illusoire de traiter de l'homoparentalité en la détachant de la technique juridique et en l'isolant des autres questions du droit de la filiation et de la famille. Élément d'un ensemble cohérent, elle constitue un corrélât du mariage homosexuel et implique une restructuration fondamentale de la filiation autour de l'idée de volonté. La méthodologie permet ainsi de poser le problème sous un aspect proprement juridique en envisageant les conséquences de son éventuelle consécration sous la forme d'un nouveau régime de la filiation.

1. Pour une analyse juridique - Le concept d'homoparentalité suscite fréquemment de la part des juristes eux-mêmes des remarques de type sociologique, psychologique ou anthropologique. Ce faisant, l'analyse juridique semble ne plus avoir de valeur propre. Pourtant, l'homoparentalité est bien justiciable d'une analyse juridique et pose d'ailleurs un problème aigu : comment un concept fondé sur le critère du sexe (homo-parentalité) peut-il se passer de ce même critère pour établir une filiation qui sera forcément volontaire (adoption)¹? L'approche méthodologique se propose d'approfondir ce type de questionnement en recherchant quels réajustements conceptuels impliquerait une filiation qui serait fondée sur la volonté et ainsi ne distinguerait plus entre les couples hétéro et homosexuels. A notre sens, ce type d'analyse devient aujourd'hui indispensable pour recentrer le débat sur des termes proprement juridiques et ne pas abandonner cette question à d'impulsives réactions passionnelles (que l'on soit « pour » ou « contre ») ou même de la réduire à des prises de positions nécessairement politiques ou idéologiques. Elle est d'autant plus indispensable que les pays ayant déjà ouvert le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe ont plongé les juristes de ces pays dans un embarras manifeste pour rendre compte juridiquement de ce qui a été réellement opéré sur un plan conceptuel².

¹ J. Hauser, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », JCP G 2012, doctr. 1185, n°4

² A cet égard, v. l'exemple frappant du Québec : A.-M. Savard, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec : un retour aux sources ? », *Les Cahiers du droit*, vol.47, n°2, juin 2006, p.377-405.

L'analyse méthodologique ne prétend certainement pas trancher la question de savoir si l'homoparentalité *en tant que fait* doit être ou non reconnue par le droit. Ce problème relèverait plutôt d'une philosophie du droit³. L'analyse méthodologique consiste alors à déterminer la nature exacte du concept d'homoparentalité et les conséquences qu'il produirait dans la réorganisation conceptuelle du droit de la filiation. Il ne s'agit pas de penser l'intégration de l'homoparentalité dans les catégories actuelles qui, à l'évidence, sont incompatibles avec ce concept⁴. Il s'agit plutôt de tenter de saisir ce que son introduction dans la loi modifierait à court terme mais aussi à long terme. Cette analyse est donc le préalable juridique à tout débat sur le fait de savoir si le droit doit législativement le consacrer. Conformément au principe directeur de la méthodologie juridique⁵, cela suppose de se demander quelle est la nature juridique de l'homoparentalité (I) et les modifications que le concept impliquerait sur le régime juridique de la filiation (II).

I - Nature juridique de l'homoparentalité : une filiation volontaire

2. Définition de l'homoparentalité - L'homoparentalité se définit habituellement comme une parenté attachée à des personnes de même sexe. Autrement dit, il s'agit d'établir un lien de filiation à l'égard de deux hommes ou deux femmes et non plus à l'égard d'un homme et d'une femme. Si l'on demeure dans une analyse strictement technique, excluant toute intervention d'un argument issu du droit naturel, le droit est libre de ses concepts et rien ne l'empêche techniquement de fonder la filiation sur le sang, la volonté ou la seule possession d'état.

Toutefois, il est également clair que le concept d'homoparentalité est difficilement compatible avec une filiation fondée sur le sang pour la simple raison que deux personnes de sexe identique ne peuvent procréer. Même l'évolution des techniques (comme le clonage) ne pourrait dépasser cette réalité. L'admission d'une parenté qui ne distingue plus selon le sexe des parents conduit ainsi à consacrer un mode de filiation fondé prioritairement sur la volonté et non sur le sang⁶. Sans cette exigence de recentrer la filiation sur la volonté, le concept d'homoparentalité ne serait tout simplement pas opérationnel, il ne pourrait être appliqué et mis en œuvre.

Apparemment, il n'y aurait là aucun bouleversement de la filiation puisque le droit positif actuel admet une filiation soit fondée sur le sang soit fondée sur la volonté -- que ce soit par la possession d'état ou l'adoption. Il s'agit ici du débat très classique qui oppose la vérité

³ En se demandant par exemple si le droit doit s'adapter au fait, ce qui est loin d'être une évidence : C. Atias, D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, p.251.

⁴ F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Deffrénois* 15 mai 2005, n°9, p.743 s.

⁵ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.255 et s.

⁶ E. Buisson, « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme », *D.* 2012, p.2618 et s.

biologique à la vérité sociologique ou légale. Le concept actuel de filiation serait ainsi bifide, tiraillé entre le sang et la volonté.

Mais à y regarder de plus près, les choses sont bien plus subtiles que cela. Il n'y a qu'un seul concept de filiation en droit : le sang. En effet, l'adoption n'est pas un concept mais une fiction subordonnée au concept sur lequel elle se greffe⁷. L'impossibilité d'établir une filiation incestueuse ne peut être contournée par une adoption⁸ ce qui démontre indirectement son caractère fictif puisqu'elle demeure dépendante du modèle fondé sur le sang. Le lien de filiation volontaire n'est pas totalement indépendant de la référence biologique.

De son côté, le concept d'homoparentalité suppose une inversion de la hiérarchie entre concept et fiction. Il s'agit de changer le statut de la volonté et d'élever cette fiction au rang de concept principal. Dans cette voie, par le jeu de ce déplacement, la question symétrique du statut d'une filiation fondée sur le sang se pose. Serait-elle à son tour une fiction en prenant la place de l'ancienne fiction de l'adoption ? En réalité, elle serait plutôt une présomption de la volonté d'établir une filiation. C'est ce jeu conceptuel⁹ complexe qu'il faut à présent expliciter avec plus de détails.

3. L'adoption comme fiction – Le critère de la fiction a été excellemment mis en lumière par Yan Thomas : il s'agit de la certitude du faux¹⁰. En cela elle se distingue de la présomption qui suppose une probabilité (même infime) que le fait soit vrai¹¹. Toute fiction est alors fondée sur une alternative : ou bien un fait parfaitement avéré est nié ou bien un fait parfaitement impossible est affirmé. Ce sont là les deux modes d'actions de la fiction : nier le vrai ou dire le faux. A cet égard, tant que la filiation est principalement fondée sur le sang, l'adoption ne peut avoir que le statut de fiction¹². En effet, l'adoption consiste à faire *comme si* l'enfant était bien né des parents adoptifs alors que l'on sait pertinemment que cela ne peut être le cas ce dont la nécessité du fait adoptif témoigne en lui-même¹³.

⁷ Ainsi, l'article 344 du Code civil impose une différence d'âge entre adoptant et adopté imitant les données naturelles : « Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter ».

⁸ Art. 356 al. 1 CCiv. « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 et 164 ».

⁹ Le « jeu » est pris ici au sens de déplacement des catégories et concepts, c'est-à-dire comme modifications et réorganisations de la structure conceptuelle du droit de la filiation.

¹⁰ Y. Thomas, *Les opérations du droit*, Hautes études, EHESS, Gallimard, Seuil, p.133 (le chapitre 6 reprend l'article « Fictiolegis : L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, n°21, 1995, p. 17-63)

¹¹ Y. Thomas, précité, p.134 : « ce que décrète la présomption, c'est la non-pertinence du doute ».

¹² F. Roumy, « Adoptionaturamimitatur : étendue et portée d'une maxime aristotélicienne dans la pensée juridique médiévale (XIIIe-XVe siècles) », *Médiévales* 35, automne 1998, p.51-60.

¹³ Ainsi Bonaparte disait : l'adoption est une fiction qui singe la nature » : P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 15 vol., Paris, 1827, réimpr. Osnabrück, 1968, t. 10, p.297.

Ainsi, la fiction n'est pas un concept, c'est même l'antithèse du concept¹⁴. Plus précisément, la fiction se dévoile comme un mode de preuve exorbitant qui permet d'établir un fait impossible ou de nier un fait existant. Aussi, la volonté permet de faire comme si l'enfant était bien né des parents qui l'adoptent pour le soumettre au régime juridique unifié de l'autorité parentale. On le voit, la fiction altère bien le fait¹⁵ et elle préserve ainsi la cohérence générale des concepts¹⁶.

Il n'y a ici rien de plus que la très classique distinction du fait et du droit : le fait relève de la réalité tandis que le droit relève du conceptuel. En conséquence, il n'y a pas dans le droit positif actuel deux concepts de filiation (le sang et la volonté) mais bien un unique concept de filiation : le sang. En effet, c'est seulement par la fiction de l'adoption que la volonté permet de faire comme si l'enfant était né du sang.

Mais en quoi l'homoparentalité impliquerait de modifier cette construction ? Pour le comprendre il faut mesurer cette situation à l'aune de l'idée méthodologique de justice.

4. Homoparentalité, mariage homosexuel et règle de justice – Méthodologiquement parlant, la justice consiste à traiter les cas semblables de façon identique¹⁷. Ainsi, elle suppose évidemment de se mettre d'accord sur les cas qui sont semblables et ceux qui ne le sont pas. L'alternative devient alors la suivante : ou bien les couples hétérosexuels et homosexuels ne sont pas considérés par le droit comme semblables et leur traitement différencié (notamment dans la filiation) est justifié ou bien ces mêmes couples sont considérés comme semblables et leur traitement doit être le même (dans la filiation y compris).

C'est ici que la question d'un concept de mariage qui refuse de distinguer selon le sexe prend toute son importance car à la différence des autres formes d'union, le mariage est l'institution qui, par excellence, organise juridiquement la famille¹⁸. Si le mariage n'est plus une union entre un homme et une femme mais une union entre deux personnes, quel que

¹⁴Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n° 245, p. 396-397 : « La fiction reste peu recommandable. Tout au plus peut-on la tolérer dans le langage, comme une métaphore parfois inévitable. Mais, puisqu'elle a pour caractéristique d'altérer la vérité des choses, elle ne saurait prétendre en représenter les concepts adéquats (...) »

¹⁵ En réalité, les fictions peuvent aussi être présentées comme une altération des conditions d'application d'un concept puisqu'elles permettent de gommer l'une de ses conditions d'applications : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1998, *passim*. Toutefois, une fiction comme la rétroactivité ne modifie pas un concept mais se contente de justifier les restitutions après annulation d'un contrat. La technique des fictions atteint ainsi son unité dans la manipulation du fait : postulation de faits impossibles ou négation de faits avérés.

¹⁶ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p.78.

¹⁷ Ch. Perelman, *Ethique et droit*, Editions de l'université de Bruxelles, 1990, p.30 ; Pour plus de détails : F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p.89 et s.

¹⁸ Il suffit de songer à la présomption de paternité (art. 312 CCiv.) et, pendant des siècles, à la distinction des enfants légitimes (dans le mariage) ou naturels (hors mariage).

soit leur sexe, cela signifie que le droit considère les couples de même sexe comme semblables aux couples de sexes différents. Dès lors, pour respecter l'exigence de justice, expression même de l'égalité, la filiation ne pourra pas distinguer selon le sexe des parents. En effet, si l'on dédouble le concept de filiation en rattachant l'enfant par le critère du sang aux couples hétérosexuels et par le critère de la volonté aux couples homosexuels, on introduit un traitement différencié qui repose justement sur la différence de sexe.

Si le mariage juridique ne distingue pas selon le sexe, la filiation juridique ne peut à son tour distinguer selon le sexe.

De deux choses l'une : soit le couple parental est conceptuellement caractérisé par la différence de sexe et le régime juridique de la filiation découlera de cette nature soit le couple parental ne comprend plus dans son concept la différence de sexe et le régime juridique de la filiation ne peut plus être fondé sur ce critère qui a été évacué de la définition du couple parental. La nature de la parenté doit être accordée avec son régime.

Bien entendu, il serait possible de rétorquer que cette analyse est strictement conceptuelle et qu'en pratique il sera toujours possible de distinguer. Mais ce raisonnement est assez largement illusoire car lorsque les juristes devront expliquer cette pratique de façon cohérente, ils devront affronter le débat dans les termes qui viennent d'être définis. C'est bien pour cela que l'analyse ici présentée revendique le titre de « méthodologique ». C'est en raison de l'exigence d'une conceptualisation cohérente que, quels que soient les termes ou détours employés par les mots de la loi, l'analyse juridique restituera toujours aux situations considérées leur nature adéquate car telle est l'une des missions de la recherche juridique¹⁹.

Aussi, l'homoparentalité, préparée par le concept de mariage homosexuel, ne peut produire qu'un concept de filiation fondé à titre principal sur la volonté et non sur le sang. Il faut dès lors bien comprendre que cela implique de modifier le concept de filiation pour les couples hétérosexuels : c'est l'exigence même de justice et d'égalité qui l'impose. Ce dernier point a souvent été intuitivement perçu car les références à la mère et au père ont été dénoncées comme une réminiscence de la différence sexuée à laquelle il faudrait substituer les termes de « parent 1 » et « parent 2 ». Sauf à cumuler fiction sur fiction²⁰, il reste alors à se demander vers quelles réorganisations ou ajustements conceptuels une filiation volontaire conduit.

¹⁹ Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p.229 et 231.

²⁰ Il serait en effet concevable de déclarer que les termes « père » et « mère » renvoient par fiction aux parents de même sexe. Mais en abusant du procédé de la fiction, on promeut sans le dire des incohérences et des contradictions dans le droit lui-même, avatars bien peu compatibles avec l'exigence sans cesse affirmée par ailleurs d'un droit compréhensible, sûr et prévisible.

II – Régime juridique d'une filiation fondée sur la volonté

5. Preuve de la filiation -La première conséquence directe qui découlerait d'une filiation fondée sur la volonté porterait sur l'administration de la preuve. La déclaration de l'enfant à l'état civil serait, pour les couples hétérosexuels, la seule preuve constitutive de la filiation que ce soit pour le père ou la mère. Le seul *fait* de l'accouchement serait impropre à créer un lien juridique de filiation : il ne pourrait qu'en constituer une présomption comme cela sera expliqué plus bas.

Pour les couples hétérosexuels comme homosexuels, le régime actuel de l'adoption plénière serait généralisé et devrait leur être appliqué. La question de la suppression de la différence d'âge se poserait toutefois avec acuité²¹

6. Abandon des actions en recherche de paternité -L'action en recherche de paternité deviendrait sans objet puisque le critère primordial de la filiation ne serait pas le sang mais la volonté. Le rattachement biologique ne prouverait rien *juridiquement parlant*.

7. La présomption de parenté - Pour éviter ces conséquences brutales ou radicales, le critère du sang pourrait être réintroduit. Mais il ne pourrait l'être comme concept de filiation en raison des explications déjà développées dans la première partie de cette étude. Le critère du sang devrait alors être réintroduit comme un mode de preuve, c'est-à-dire comme une présomption. La présomption est un mode de preuve qui par d'un fait connu pour en conclure à un fait inconnu²². L'accouchement fera ainsi présumer la volonté de la mère d'être *juridiquement* le parent de l'enfant. Assez étrangement, il faudrait ajouter à la présomption de paternité une présomption de maternité et les fondre dans une présomption de parenté afin respecter l'indifférenciation des sexes. De même, la présomption de paternité devrait changer d'objet : elle ne ferait plus présumer un lien du sang mais une volonté de devenir parent.

Il faudrait alors prendre parti sur la nature de cette présomption : simple ou irréfragable ? Si elle est simple, la mère pourra ne pas être parent en exprimant sa volonté contraire devant l'officier d'état civil. Cette conséquence radicale²³ pourrait alors être atténuée en instituant une présomption irréfragable, c'est-à-dire qu'on ne peut renverser.

Pourtant, si la présomption irréfragable était fondée sur le fait de l'accouchement (le sang) pour établir la volonté, cela susciterait une grave incohérence conceptuelle. En effet, le lien de filiation pourrait en définitive être établi par le sang sans preuve contraire possible.

²¹ Cette question est, historiquement, celle que le droit romain a dû affronter en raison de la fiction de l'adrogation, forme archaïque d'adoption :Y. Thomas, précité, p.146.

²² Art. 1349 CCiv. : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

²³ Encore que, très curieusement, cette modification se trouverait parfaitement en accord avec l'avortement qui permet à la mère de décider si elle deviendra parent ou non en mettant fin de façon volontaire et dans le délai légal à sa grossesse : le sigle « IVG » le dit lui-même.

L'exigence d'égalité serait en outre méconnue puisque un traitement différencié dans la preuve serait établi alors que les couples homo et hétérosexuels ont préalablement été reconnus comme identiques. Si une filiation fondée sur le sang laisse place à la fiction de la volonté, en revanche une filiation fondée sur la volonté est exclusive du critère du sang qui implique de différencier dans le régime juridique ce qui a été reconnu identique dans la nature juridique. Enfin, le critère du sang ne peut être fictionnel puisqu'il correspond à une réalité que l'on ne nie pas mais au contraire sur laquelle on s'appuie pour présumer la volonté. Ainsi, cela conduirait par une espèce de « retour du refoulé » à fonder la filiation sur le sang et à discriminer les filiations hétéro et homoparentales alors que les couples ne doivent pas l'être au nom de la justice entendue comme égalité.

Les développements qui précèdent mettent en lumière que le fait présomptif de la parenté ne pourrait pas être le sang sans risquer une incohérence conceptuelle. Aussi, le fait servant de point de départ à la présomption devrait être l'existence du mariage lui-même. La nouvelle présomption de parenté ferait présumer une volonté d'être parent qui serait établie par le consentement donné lors du mariage. Toutefois, ceci interroge *a contrario* le statut des couples non mariés : la présomption de parenté découle-t-elle du couple même ou de la célébration du mariage ? Pour respecter la différence entre couples mariés et non-mariés, il faudrait imaginer d'un côté une présomption irréfragable et de l'autre une présomption simple. Pourtant, il paraît assez largement excessif de présumer (même de façon simple) que la volonté de tous les couples non mariés est tendu vers un projet parental. De même, ce serait, dans le cas d'une présomption irréfragable, admettre un consentement non rétractable et donné par avance pour un fait futur et incertain (la naissance d'un enfant). Et dans le cas des personnes mariées de même sexe se poserait la question abyssale de savoir si le conjoint pourrait refuser de consentir à l'adoption puisque son mariage est censément l'expression irréfragable de sa volonté d'être parent. Un tel consentement donné à l'avance à l'adoption est certainement excessif et quasi-attentatoire à la liberté de devenir parent.

Aussi, la conclusion à tirer est que la présomption à venir devrait être une présomption simple pour éviter les difficultés sus-évoquées. Cette conclusion éclaire elle-même d'un jour nouveau la question des mères-porteuses dite encore « gestation pour autrui » (GPA).

8. L'admission des mères-porteuses – Le contrat de mère porteuse est interdit²⁴ car considéré comme contraire à l'ordre public²⁵ puisqu'il revient à abandonner l'enfant et considérer que la filiation est un droit disponible. Mais cette interdiction aurait-elle encore un sens dans un système de filiation fondé sur la volonté ? Le doute est réel puisque si la présomption est seulement simple, la mère porteuse n'aura aucune difficulté à déclarer qu'elle ne veut pas être le parent de l'enfant. La validation des contrats de mère porteuse

²⁴ Art. 16-7 CCiv : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

²⁵ Art. 16-9 CCiv. : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

serait d'ailleurs parfaitement en harmonie avec le projet parental de couples qui ne peuvent en avoir, notamment les couples d'hommes. L'argument de l'égalité demeure : pourquoi traiter différemment les couples de femmes et d'hommes ? N'est-ce pas réintroduire une discrimination par le sexe qu'un concept élargi de mariage a précisément évacué ?

Il est légitime de nourrir de sérieuses réticences sur l'acceptation d'une telle conséquence. En effet, cela suppose en cascade de faire de l'accouchement sous X une situation de référence, normale et non dérogoire. Si l'accouchement sous X est à ce jour une exception²⁶ c'est bien parce que la filiation est fondée sur le sang et que l'accouchement sous X consiste très exactement à empêcher qu'un lien de filiation ne soit établi sur ce fondement. L'accouchement sous X n'entre d'ailleurs en conflit avec le droit de connaître ses origines qu'à la condition que la filiation relève essentiellement du sang. A cet égard, le droit de connaître ses origines aurait-il encore un sens dans un système de filiation volontaire ?

Les plus pessimistes (ou lucides ?) souligneront que la consécration des mères porteuses serait ni plus ni moins qu'une abolition de la distinction des personnes et des choses. La filiation de l'enfant deviendra un droit disponible, dépendant de la filiation et presque inévitablement dans le commerce²⁷.

Certes, il serait toujours possible d'un point de vue technique de maintenir l'interdiction du contrat de mère-porteuse sous la forme d'une règle législative d'ordre public. Mais au fond, n'est-ce pas affirmer le primat du sang sur la volonté ? N'est-ce pas retrouver un droit naturel au sens propre du terme²⁸ ? L'ironie est assez mordante pour ceux qui pensaient que le droit naturel est une vieilleriesigne des oubliettes. Par un étrange renversement, ce qu'on appellerait alors « ordre public » ne serait pas autre chose que l'ordre naturel. Or c'est précisément ce que le concept d'homoparentalité a voulu évacuer : la référence au sexe des individus pour établir la filiation.

Ainsi, ce n'est qu'au prix d'une contradiction conceptuelle fondamentale que la prohibition des contrats de mère porteuse pourra être maintenue car le maintien de la prohibition supposerait de façon inadaptée de limiter la filiation volontaire par un critère biologique fixant une limite indépassable. Bref, ce serait en définitive une réaffirmation implicite de la supériorité d'un modèle de filiation fondé sur le sang. Mais à ce compte, autant conserver le concept actuel de filiation par le sang ! En revanche, si on considère que la référence au droit naturel classique est effectivement périmée, il n'y a aucun ordre public tiré de la référence au sang à opposer à une filiation structurée par le concept de volonté. Dès lors, il n'y a plus rien à opposer à la consécration des mères-porteuses.

²⁶ Art. 326 CCiv : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé »

²⁷ Combien, en effet, acceptent une gestation pour autrui à titre gratuit ?

²⁸ C'est-à-dire fondé au sens propre sur la naturalité : la femme qui accouche est bien la mère de l'enfant.

9. La question de l'anonymat des pères et mères – Si le concept de parent (par la volonté) remplace celui de père et mère (par le sang) la question de l'anonymat de ces derniers ne va pas manquer de se poser. Si la filiation est fondée sur la volonté, n'est-il pas légitime d'interdire tout rattachement de l'enfant à ses parents biologiques qui, par principe, ne sont pas ses parents juridiques ? Cette conséquence est en parfaite harmonie avec l'accouchement sous X mais encore avec l'anonymat du tiers donneur dans la procédure d'insémination artificielle²⁹, dite encore procréation médicalement assistée (PMA).

De nouveau, les réticences sont inévitables. Pour de pures raisons d'opportunité médicale, par exemple pour le traitement des maladies héréditaires, un anonymat strict paraît totalement inapproprié. Pourtant, n'est-ce pas, en raison d'exigences qui seront qualifiées d'ordre public, revenir au critère du sang et tenter de rattacher une nouvelle fois l'enfant à ses parents biologiques ? La contradiction est levée si l'on admet la constitution d'une banque de données génétiques dont l'usage serait indifférent à l'établissement de la filiation mais qui servirait seulement à des fins médicales. Toutefois le caractère dérangeant d'une telle mesure est manifeste car tout en reconnaissant que l'enfant a bien des parents biologiques, il lui serait interdit d'en tirer argument pour établir sa filiation au sens juridique du terme³⁰. Cette situation ne serait pourtant que le respect de la distinction entre les concepts biologique et juridique de parenté.

10. La portée d'un nouveau régime de filiation – A titre exploratoire, une dernière question peut être posée : quelle serait la portée du nouveau régime de la filiation sur d'autres aspects du droit de la famille et des personnes ? Ce que l'analyse méthodologique a notamment mis en évidence dans ce domaine est l'existence d'un rapport conceptuel insoupçonné entre l'ordre public et l'ordre naturel. Finalement, le modèle de la volonté transforme inévitablement la filiation et la famille en une question d'ordre privé et aligne celle-ci sur les techniques du contrat. Autrement dit, le mariage n'est plus une institution, il devient un contrat pur et simple. A terme, il en irait sans doute de même pour la famille.

Ceci pose évidemment à plus longue échéance la question des empêchements à mariage : comment pourraient-ils être maintenus sans la référence d'une filiation fondée sur le sang³¹ ? Plus que jamais, l'ordre public rejoint encore sur cette question la réalité biologique et finalement la réaffirmation de la primauté du modèle de la filiation par le sang à moins de

²⁹ Art. 311-19 al. 1 CCiv. : En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation ».

³⁰ Ce qui est en outre contraire à la jurisprudence de la Cour EDH qui décide que « le "respect" de la "vie familiale" exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne » (Kroon c. Pays-Bas 27 oct. 1994, n°18535/91, § 40).

³¹ F. Millet, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.* 2012, p.1975 et s.

repenser totalement l'interdit de l'inceste³². Le caractère disponible de la filiation posera également la question de son caractère hors commerce et de la possibilité de le maintenir tel. En définitive, la distinction entre le statut des personnes (fondé principalement sur la réalité) et le statut des choses (fondé principalement sur la volonté) sera de moins en moins nette.

Si l'ordre public naturel est évincé, se posera (de façon plus hypothétique) la question de l'emprise de la volonté sur l'état des personnes. En effet, si la filiation devient par principe *disponible*, pourquoi l'état des personnes, qui est aussi une partie de l'état civil, ne le deviendrait pas aussi ? La mention du sexe deviendrait alors déclarative et non plus fondée sur la réalité biologique ce qui faciliterait grandement la démarche des transsexuels qui souhaitent opérer une telle modification. Le droit étant un système cohérent, il n'y a rien d'étonnant au fait que les problèmes soient connectés les uns aux autres et que ses solutions doivent se coordonner les unes avec les autres.

* * *

11. En conclusion, le concept d'homoparentalité n'a aucune existence autonome qui justifierait de l'adjoindre de façon parfaitement neutre au droit actuel de la filiation. Bien au contraire, il repose implicitement sur un concept plus large de parenté volontaire qui implique lui-même la réorganisation de la filiation autour de ce nouveau modèle fondateur. Pour respecter la nouvelle nature juridique de cette filiation, il faudrait la doter d'un nouveau régime juridique correspondant. L'exigence de justice, qui est exigence d'égalité, implique en effet de ne pas traiter différemment dans la filiation des couples reconnus comme semblables dans leur union. Ce concept de parenté volontaire implique lui-même (pour s'insérer de façon cohérente dans le droit) un rétrécissement de l'ordre public fondé ordinairement sur la réalité biologique. C'est sans doute la plus grande question que pose l'homoparentalité et qui relève d'un débat encore plus large sur l'avenir d'un ordre public familial gagné par la domination de l'ordre privé³³. L'analyse méthodologique ne peut certes trancher le débat mais elle est indispensable pour en poser les termes. L'analyse d'un concept peut être neutre mais le choix d'un concept ne l'est pas. Le concept d'homoparentalité suppose de prendre parti sur problèmes éthiques fondamentaux. Jamais la philosophie du droit n'a été d'une nécessité et d'une actualité aussi criantes.

³² La prohibition de l'inceste ne relèverait plus du critère biologique mais du critère volontaire et serait réduit aux rapports sexuels stricto sensu sans considération de la procréation. En effet, dans cette voie, il faudrait imaginer un inceste entre frères, entre sœurs, entre oncle et neveu ou nièce et tante par exemple ce qui est de surcroît une modification de sa définition courante comme des « relations sexuelles prohibées entre parents très proches de sexe différent ».

³³ Qu'on songe à l'obligation de fidélité dans le mariage qui n'est plus d'ordre public puisque les libéralités faites à la concubine adultère sont désormais parfaitement valables : Assplén. 29 oct. 2004, *Bull. Ass. Plen.* n°12). La violation de l'obligation de fidélité est même devenue inutile pour obtenir un divorce en dehors du consentement mutuel depuis la consécration d'un divorce pour rupture du lien conjugal indépendamment de son origine (art. 237 CCiv.).