



**HAL**  
open science

## Fonder le droit de la famille sur une éthique de la responsabilité

Gilles Bon-Maury

► **To cite this version:**

| Gilles Bon-Maury. Fonder le droit de la famille sur une éthique de la responsabilité. 2010. <hal-01340992>

**HAL Id: hal-01340992**

**<https://hal.science/hal-01340992v1>**

Submitted on 21 Jul 2016

**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.



HAL Authorization

# *« Fonder le droit de la famille sur une éthique de la responsabilité »*

GROUPE: Nouvelles familles

Décembre 2010

Les rapports établis par les groupes de réflexion du Lab sont des contributions libres aux débats et réflexions politiques du Parti socialiste.

# Sommaire

<b>Introduction</b> .....	5
<b>I- La loi se fonde encore, à tort, sur une définition biologique de la famille</b> .....	6
<b>II- L'engagement parental doit être le point de départ de tout projet familial</b> .....	7
<b>III- Le projet familial doit être le seul critère de l'accès à la procréation assistée</b> .....	9
<b>IV- Les enfants ne doivent pas être privés de l'accès à la connaissance de leurs origines, s'ils le souhaitent</b> .....	10

Ont contribué aux travaux du groupe de travail « Nouvelles familles » :

- Gilles BON-MAURY, président d'HES,
- Daniel BORILLO, juriste,
- Jean-Michel CLÉMENT, délégué d'HES,
- Geneviève DELAISI de PARSEVAL, psychanalyste,
- Christelle FRAÏSSÉ, sociologue,
- Martine GROSS, sociologue,
- Serge HEFEZ, psychiatre,
- Joël LE DEROFF, ILGA-Europe,
- Laura LEPRINCE, déléguée d'HES.

# Introduction

Au cours des dernières décennies, l'accès à la contraception, la libération sexuelle et les progrès de la science ont profondément bouleversé les cadres traditionnels de la famille. L'arrivée de l'enfant est mieux préparée, parce qu'elle est le résultat de la volonté des parents. De nouvelles formes de vie familiale ont émergé. Les parents élèvent leurs enfants ensemble ou séparément, seuls ou avec leurs conjoints.

Aux familles traditionnelles, monoparentales ou recomposées s'ajoutent les familles devant faire appel à la procréation assistée, celles qui sont fondées par un couple homosexuel, ainsi que toutes les familles d'élection qui se constituent au hasard de la vie, par nécessité ou par choix.

L'histoire familiale n'est plus déterminée par le mariage. Les naissances hors-mariage sont majoritaires. Seulement deux enfants sur trois vivent avec des parents mariés ou remariés. Les enfants sont de plus en plus nombreux à vivre avec un couple en union libre ou en famille monoparentale. Le mariage n'offre d'ailleurs plus la garantie de la stabilité. On compte un divorce pour deux mariages en France. Un mariage sur cinq est un remariage.

Les lentes évolutions du droit de la famille répondent progressivement à des exigences croissantes d'égalité et de liberté.

**Égalité entre les conjoints :** la femme mariée n'est plus dépendante de son mari (1965).

**Égalité entre les parents :** l'autorité parentale est exercée conjointement (1970).

**Égalité entre les enfants :** les enfants naturels ont les mêmes droits que les enfants légitimes (1972, 2005).

**Égalité entre les familles, quels que soient le nombre**

**et le genre des parents :** les familles monoparentales sont reconnues implicitement par l'ouverture en 1972 de l'adoption aux personnes célibataires tandis que les familles homoparentales, qui peuvent reposer sur deux, trois ou quatre parents, attendent encore une reconnaissance légale.

**Liberté de choix** entre l'union libre, le pacs (1999) ou le mariage. **Liberté de faire évoluer la famille**, au gré des séparations et des recompositions, à travers un divorce simplifié et la possibilité de déléguer tout ou partie de l'autorité parentale à un tiers (2002), conjoint d'un parent légal. **Liberté des couples de même sexe** de se marier et de fonder une famille.

Le groupe de travail «Nouvelles familles» du Laboratoire des idées réunit des juristes, des sociologues, des psychothérapeutes et des militants. Il s'attache à donner des réponses socialistes aux questions posées par ces mutations de la famille contemporaine.

Il s'agit dans ce premier point d'étape de proposer une définition de la famille, du projet familial, et d'en déduire les principes à appliquer pour une révision du droit de la famille. Qu'est-ce qu'une famille au XXI<sup>ème</sup> siècle ?

# I- La loi se fonde encore, à tort, sur une définition biologique de la famille

Le droit français promeut encore un modèle familial répondant à l'adage «*un père, une mère, pas un de plus, pas un de moins*». Le code civil établit la filiation d'un enfant à partir de l'identification d'un père et d'une mère, en principe procréateurs de leurs enfants. Le code de la santé publique se fonde sur ce principe pour définir le projet parental<sup>1</sup>.

Aujourd'hui, les familles qui se distinguent de ce modèle sont nombreuses. Qu'elles soient monoparentales, recomposées, qu'elles reposent sur plus de deux parents, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents, toutes ces familles ne répondent pas à l'exigence légale inscrite dans le code civil en 1803.

C'est en application de ce modèle que le droit français n'autorise l'assistance médicale à la procréation qu'en cas d'infertilité médicale. Cette assistance n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels stables, dont la femme peut porter l'enfant. Cette assistance est donc refusée aux couples d'hommes, aux couples de femmes, aux personnes seules et aux couples hétérosexuels dont la femme ne peut pas porter un enfant.

L'assistance médicale à la procréation ne guérit pas de l'infertilité. De fait, le désir d'enfant n'est pris en charge par la société que pour les familles conformes au modèle traditionnel de la famille, composé d'un père et d'une mère qui porte l'enfant.

Le législateur a cherché, selon ses propres termes, à «*donner à l'enfant à naître le plus de chances d'épanouissement possible*». Il a maintenant le recul nécessaire pour constater que ni l'orientation sexuelle des parents ni la dissociation du processus maternel, en cas de gestation pour autrui, ni un nombre de parents supérieur à deux, ne porte préjudice aux enfants.

En revanche, tous les obstacles qui se dressent devant les projets familiaux atypiques portent gravement préjudice aux enfants. C'est pourquoi il est temps de s'affranchir de la définition biologique de la famille.

<sup>1</sup> L'article L2142-2 du code de la santé publique dispose que «*l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans*».

## II- L'engagement parental doit être le point de départ de tout projet familial

Les progrès de la science et les acquis des combats féministes ont abouti à la maîtrise de la procréation. Dès lors, le projet familial résulte bel et bien d'une volonté. Ce projet familial engage les parents de manière irrévocable. C'est cette intention de faire famille, cet engagement parental, qui doit constituer le fondement du droit de la famille.

Le parent est celui qui exprime une volonté de l'être, et qui s'engage de manière irrévocable à subvenir aux besoins matériels et moraux d'un enfant. La Grèce accorde par exemple l'accès à la procréation assistée à toute personne qui exprime formellement son désir d'enfant<sup>2</sup>.

Cette notion de « projet familial » lie la définition de la famille à la liberté de pouvoir en fonder une et à l'engagement parental. Le projet familial renvoie à une éthique de responsabilité de l'individu. C'est ce projet familial, et non la dimension biologique de la procréation, qui est à l'origine de la famille, et qui doit être à la source de la parenté.

La filiation devrait donc être établie à partir de l'engagement parental, et non à partir de la conception biologique de l'enfant. Dès lors, aucune comparaison génétique ne devrait avoir pour effet de modifier la filiation d'un enfant.

Cet engagement parental peut prendre plusieurs formes. Il peut résulter du mariage des parents, d'un acte de reconnaissance ou d'une demande d'adoption.

### 1. Engagement parental par le mariage

Le mariage a pour effet d'établir une présomption d'engagement parental. Tout enfant naissant dans un couple uni par le mariage est l'enfant des deux époux. Cela peut valoir quelle que soit la composition du couple marié (couple hétérosexuel

ou homosexuel). Ainsi, en 2005, l'Espagne a ouvert le mariage aux couples de même sexe sans remettre en cause cette présomption.

Cette présomption peut aujourd'hui être écartée lorsqu'une preuve matérielle prouve que l'enfant n'a pas été biologiquement conçu par les deux époux. Cette référence à la définition biologique de la famille est caduque. Il ne devrait plus être possible de se soustraire à la présomption de parenté résultant du mariage. Tout enfant d'un parent marié devrait ainsi être l'enfant des deux époux. Le mariage vaut engagement parental irrévocable à l'égard des enfants né dans le couple.

Le fait de conforter ainsi la présomption d'engagement parental résultant du mariage aurait pour effet de consolider l'institution du mariage.

### 2. Engagement parental par la reconnaissance de l'enfant

En dehors du mariage, il est nécessaire de matérialiser la déclaration d'engagement parental, à travers un acte de reconnaissance des parents quel que soit leur sexe. Aujourd'hui, seul le père procède à la reconnaissance de l'enfant. La mère en est dispensée. Pour la mère, actuellement, le seul fait d'attendre un enfant vaut engagement parental à l'égard de l'enfant à naître. C'est donc d'un fait biologique que procède aujourd'hui une présomption d'engagement parental de la mère.

Lorsque l'engagement parental ne résulte pas d'une cérémonie solennelle de mariage, il devrait faire l'objet d'une cérémonie solennelle spécifique en mairie, occasion pour les parents de formuler leur engagement. Cette cérémonie de reconnaissance de l'enfant serait l'occasion d'enregistrer le projet familial dans lequel l'enfant s'inscrit.

### 3. Engagement parental par l'adoption

L'engagement parental de parents adoptifs est acté dans le jugement d'adoption, qu'elle soit plénière (si l'enfant adopté n'a pas de parents) ou simple (si la filiation est déjà établie à l'égard de deux parents).

Aujourd'hui, en application des dispositions inscrites dans le code civil depuis 1803, un enfant ne peut avoir qu'un père et qu'une mère. Cette limite ne se fonde que sur la vraisemblance biologique. Elle est artificielle et inutile.

Le nombre de parents pouvant s'engager dans une responsabilité parentale à l'égard d'un enfant varie en fonction de l'histoire familiale. Une famille peut reposer sur un seul parent (famille monoparentale). Elle peut reposer sur deux parents (famille traditionnelle, famille homoparentale par adoption, gestation pour autrui ou par insémination par donneur). Elle peut reposer sur trois ou quatre parents (famille recomposée ou famille homoparentale fondée sur le modèle de la coparentalité). Elle peut aussi reposer sur davantage de parents, si l'histoire de la famille et de ses recompositions se poursuit en s'appuyant sur d'autres adultes engagés dans une responsabilité parentale.

Les modalités d'établissement de la filiation fondées sur l'engagement parental et non sur les liens biologiques n'écartent pas les risques de conflits de filiation. Les tests génétiques ne pourront pas résoudre ces conflits, puisqu'ils ne révèlent que des liens biologiques, lesquels sont sans intérêt pour établir une filiation.

Toute déclaration d'engagement parental sera donc subordonnée à l'accord des parents précédemment inscrits dans la filiation de l'enfant.

Quels que soient leur nombre et leur genre, tous les parents de l'enfant doivent pouvoir s'engager de manière irrévocable à subvenir à ses besoins matériels et moraux. La succession de leurs biens doivent obéir aux mêmes règles.

Pour limiter la charge pesant sur l'enfant au titre de l'obligation alimentaire à l'égard des ascendants,

il convient de limiter à deux le nombre de parents susceptibles d'en bénéficier. Dès lors, les deux premiers parents inscrits dans la filiation de l'enfant doivent être les seuls à en bénéficier.

De la même façon, pour écarter les risques de détournement de procédure, il convient de limiter aux deux premiers parents inscrits dans la filiation de l'enfant la faculté de transmettre la nationalité.

<sup>2</sup> Pr. Pénélope Agallopoulou, « La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées », in *Droit de la famille* n° 5, mai 2004, cité dans *Famille à tout prix*, p. 220.

### ***III- Le projet familial doit être le seul critère de l'accès à la procréation assistée***

Ce qui vaut pour une juste détermination des liens de filiation vaut également pour un juste encadrement de la procréation assistée. La vraisemblance biologique ne peut servir de fondement à la réponse que la société donne aux parents exprimant le désir de fonder une famille.

L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation ne doit donc plus se fonder sur le constat d'une infertilité médicale, mais sur celui d'un projet familial, à travers lequel les parents font acte d'engagement.

En conséquence, l'insémination par donneur doit être ouverte à toute femme s'engageant dans un projet familial. La gestation pour autrui doit être ouverte à tout adulte, homme ou femme, seul ou en couple, homosexuel ou hétérosexuel, s'engageant à travers un projet familial.

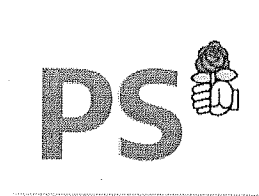
La légalisation de la gestation pour autrui devra s'articuler autour des principes suivants. La GPA n'est pas l'objet d'un contrat. Elle est autorisée par une décision du juge, qui s'assure des conditions requises (consentements éclairés des parents et de la gestatrice, la gestatrice doit être en bonne santé, avoir été mère, ne pas avoir été gestatrice plus d'une fois...). La décision du juge établit la filiation juridique de l'enfant avant même que la GPA ait été engagée. Et c'est aussi le juge qui fixe le montant de la contribution versée par les parents (calculée en fonction des ressources du ménage) et le montant du dédommagement versé à la gestatrice (obéissant à un barème forfaitaire).

## ***IV- Les enfants ne doivent pas être privés de l'accès à la connaissance de leurs origines, s'ils le souhaitent***

Les tiers qui permettent à l'enfant de venir au monde (gestatrices, donneurs de gamètes) ne sont pas engagés à l'égard de l'enfant. Ces « tiers de naissance » ne s'inscrivent pas dans la filiation de l'enfant. Mais leur existence ne doit pas être ignorée.

Les liens biologiques ne doivent pas intervenir dans le droit de la famille. La règle de l'anonymat du don de gamètes a pour fondement la protection des liens de filiation établis entre l'enfant nés d'un don et ses parents. Cette règle ne s'impose plus, dès lors que les liens de filiation juridique entre l'enfant et ses parents ne sont plus menacés par la connaissance des liens biologiques entre l'enfant et ses géniteurs. Il convient donc de répondre aux demandes de ceux qui souhaitent connaître les conditions de leur conception.

Il convient aujourd'hui d'affranchir les familles de l'ordre moral qui les renvoie à un état de nature. Les familles s'inscrivent dans un ordre social.



10, rue de Solférino 75333 Paris cedex 07  
Tél.: 01 45 56 77 09

[www.laboratoire-des-idees.fr](http://www.laboratoire-des-idees.fr)