

Filiation dès la naissance

*Réflexions autour d'une proposition de loi
tendant à réformer la filiation*

Thomas LINARD

Avant-propos

L'Union des Familles Laïques (UFAL) occupe, au sein de l'UNAF (l'Union Nationale des Associations Familiales) une place singulière. L'UFAL défend en effet une conception de la famille diamétralement opposée à la vision biologisante et conservatrice promue par les principaux mouvements familiaux. À nos yeux, la famille n'est pas un fait naturel, mais une construction symbolique.

L'anthropologie contemporaine — et notamment les travaux de Claude Lévi-Strauss — le montre très clairement : n'en déplaise aux idolâtres de la « Nature », la horde animale ignore les notions de « père », « mère », « fils », « fille ». Ces notions n'existent qu'à l'intérieur d'un système symbolique qui détermine les rapports de parenté et qui varie selon les configurations culturelles. De là découle que le terme de « parents » ne saurait recouvrir celui de « géniteurs ».

À la conception biologique de la famille, nous opposons une conception sociale.

À la vision naturaliste de la filiation, nous opposons la volonté de devenir parent.

L'important travail mené par Thomas Linard, à travers ce livre, a le grand mérite de pousser cette réflexion jusqu'à proposer l'ensemble des changements législatifs qu'il faudrait apporter pour nettoyer le Code civil de ses oripeaux naturalistes.

Même si les positions défendues par Thomas Linard n'engagent pas notre mouvement à ce stade, son ouvrage apporte une contribution éclairante aux débats sur la famille et, pour cette raison, l'UFAL a souhaité en assurer la publication et la diffusion.

Christian Gaudray
président de l'UFAL



L'auteur : Thomas Linard est porte-parole de l'Inter-LGBT chargé des questions familles et par ailleurs il est le responsable de la commission LGBT du Parti de gauche, où les présentes propositions furent discutées. Toutefois, elles n'engagent que lui. Tant l'Inter-LGBT que le Parti de gauche ne sauraient être redevables de leur contenu.

J'adresse mes sincères remerciements à toutes les premières lectrices et tous les premiers lecteurs de ce qui n'était encore qu'une proposition de loi et qui m'a conduit à écrire les textes qui composent le présent volume, ou de nouveaux textes en réaction aux premiers : Nathalie Allain-Djerrah, Patrick Comoy, Nicolas Gavrilenko, Jean-Charles Lallemand, Nathalie Mestre (et toutes mes excuses aux personnes que j'oublie).

Mes vifs remerciements sont pour Lisa Carayon, pour sa lecture attentive et minutieuse, ses critiques et ses propositions, et sa conversation toujours enrichissante.

Merci également à l'Union des familles laïques (UFAL) qui a été désireuse de diffuser cet ouvrage sous sa forme électronique.

Et enfin, des remerciements tout particuliers sont pour Colin Phu, pour la mise en page du livre et plein d'autres choses.

- « - No hay verdades indiscutibles.
La verdad de la fe está en la esfera privada.
- No debe haber una religión de Estado.
- No.
- Ni una filosofía de Estado.
- No, señor.
- Ni una ideología de Estado.
- No. Nada de eso. Tampoco. El laicismo tiene una raíz filosófica. Considera que todos los seres humanos son semejantes e iguales por naturaleza. Que somos, además, seres de conciencia. Tu ser biológico no está primero. Tú eres el padre del niño que tú amas. La única verdad en tu paternidad es tu amor, no tu sangre. »

- (- *Il n'y a pas de vérités indiscutables.
La vérité de la foi est dans la sphère privée.
- Il ne doit pas y avoir une religion d'État.
- Non.
- Une philosophie d'État.
- Non, monsieur.
- Ni une idéologie d'État.
- Non. Rien de cela. Non plus. La laïcité a une racine philosophique. Elle considère que tous les êtres humains sont semblables et égaux par nature. Que nous sommes, de plus, des êtres de conscience. Ton être biologique n'est pas premier. Tu es le père de l'enfant que tu aimes. La vérité unique dans ta paternité est ton amour, non ton sang.*)

(Jean-Luc Mélenchon, Entretien
avec Martín Granovsky, *Página 12*,
Buenos Aires, 14 octobre 2012.)

Introduction

Le présent ouvrage rassemble une proposition de loi tendant à réformer la filiation et un ensemble de textes qui en illustre les principes et les applications. Cette proposition de loi considère que l'homoparentalité est révélatrice des présupposés idéologiques de notre droit de la filiation et en cela de ses manques et de ses carences pour l'ensemble des enfants et des situations parentales. Elle s'appuie donc sur l'expérience homoparentale (incluant les familles pluriparentales, les parents ayant obtenu le changement de la mention de leur sexe à l'état civil, les inséminations avec donneur connu, etc.) pour proposer un nouveau modèle s'appuyant sur les principes suivants :

- La filiation ne relève pas d'un ordre prépolitique, qu'il soit révélé, naturel ou anthropopsychologisant. Il n'est de filiation qu'artificieuse : le droit n'est pas le simple enregistrement de faits naturels. Par le droit, la société décide ou non d'attribuer à ces faits une valeur, car ils n'ont pas en eux-mêmes de vocation juridique ou anthropologique. Les fondements de la filiation sont un choix politique et le choix présent est de n'exclure aucun enfant, en la fondant sur l'engagement et le projet parental.
- Là où la naturalisation de la filiation avait fait de la procréation le dernier bastion de la division juridique des sexes, la filiation par engagement, n'étant pas fondé sur des rapports de causalité établissant un lien entre performances corporelles et obligations juridiques, fonde un féminisme indifférentialiste. Corolairement, femmes et hommes doivent établir leur filiation de la même façon.
- Les principes gouvernant l'établissement d'une filiation doivent être en cohérence avec ceux fondant son contentieux. L'engagement ne pouvant être contraint, les déclarations judiciaires de paternité ou de maternité et les actions judiciaires associées sont sans fondement. Les tests génétiques ne peuvent rien prouver de l'engagement et donc rien de la filiation.
- La filiation, son établissement comme son contentieux, ne doit pas dépendre du statut matrimonial des parents ou varier au gré de leur vie sentimentale.
- Une filiation sans élément antagonique ne requiert pas le contrôle d'un juge : les parents n'ont pas besoin d'adopter juridiquement leurs propres enfants. L'enregistrement de l'engagement dans un acte authentique lui donne sa force opposable.
- Il ne peut être diverses qualités d'engagement, un engagement présumé et automatique d'un côté et un engagement enregistré de l'autre, sauf à hiérarchiser les filiations. D'où il découle que la présomption ou autre dispositif de filiation automatique est incohérent avec la filiation par engagement.
- Il est possible de réformer la filiation dans le sens indiqué en changeant le minimum de textes, notamment en utilisant le mode existant de la reconnaissance, en supprimant les modes d'établissement automatiques et en mettant les modes de contentieux en accord, mais en conservant l'essentiel des conditions de recevabilité et de délais des actions en justice et l'ensemble des droits et devoirs attachés à la filiation.

L'homoparenté est maintenant une réalité de notre droit : l'adoption de l'enfant du conjoint est la forme qu'utilisent présentement les couples de même sexe pour établir leur filiation. C'est pourtant une solution qui pose une question fondamentale : pourquoi les couples de même sexe devraient-ils solliciter l'approbation d'un juge (le mécanisme de l'adoption) et non pas les couples de sexe différent ? C'est en cherchant à comprendre tous les tenants sous-jacents à cette question, qui interroge ultimement les principes d'égalité et de liberté ainsi que le rôle de l'État dans son immixtion dans la sphère privée, que j'en ai déduis les principes cités.

La filiation ainsi refondée, considérant la place centrale que la filiation occupe dans la définition de ce qui fait famille, donne un cadre nouveau pour repenser de multiples problématiques telles que l'accès à la connaissance des origines, l'adoption ou la beau-parentalité. Je donne un exemple de ce que pourrait être une nouvelle organisation de l'anonymat du don de gamètes dans les articles 11 & 12 de ma proposition de loi.

1. Pourquoi la « présomption de parenté » est une fausse bonne idée ?

Dans le mouvement LGBT, quand les revendications relatives à l'homoparentalité sont un peu détaillées et dépassent la simple invocation du droit à la filiation, on trouve assez souvent une mention demandant explicitement la transformation de la présomption de paternité en « présomption de parenté ».

La présomption de paternité est une présomption légale consistant en l'attribution à l'époux de la paternité des enfants mis au monde par sa conjointe. Considérant que l'adoption de l'enfant du conjoint est le seul moyen offert, dans l'état actuel de la loi, au parent non biologique dans un couple de même sexe pour faire établir sa filiation, l'affaire semble entendue : il faut réclamer l'extension à tous les couples d'une disposition réservée aux couples de sexe différent.

Dans une perspective assimilationniste, c'est tout à fait compréhensible : il s'agit de réclamer l'égalité des droits, en changeant le moins de choses possible. L'égalité, ni plus ni moins.

Que ce mode de filiation soit réservé à un certain état matrimonial pourrait faire résonner quelques alarmes intérieures, mais, après tout, quand on est prêt à épouser son compagnon ou sa compagne rien que pour avoir le droit d'adopter son propre enfant, ce n'est plus qu'un détail : il est clair qu'une procédure automatique serait un net progrès par rapport à l'arbitraire d'un juge et aux lenteurs de la procédure. Toutefois, c'est une fausse bonne idée. En droit français de la filiation, les modes d'établissement sont cloisonnés selon le sexe. La mère est celle qui accouche (« La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant », art. 311-25 du Code civil) et elle se conteste sur cette base (« La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant », art. 332 du Code civil) — les tests ADN devraient être sans objet pour la filiation maternelle, bien que paradoxalement ils pourraient, en théorie, servir à prouver l'accouchement ou même la filiation dans le cas d'une personne étrangère (art. L. 111-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Une femme se prétendant mère d'un enfant dont elle n'a pas accouché commet le délit de simulation d'enfant, puni de trois ans d'emprisonnement (art. 227-13 du Code pénal).

On voit mal dans ces conditions comment on pourrait « juste » changer la présomption de paternité en présomption de parenté, sans changer le reste. Mais la présomption de parenté ne mérite pas d'être défendue pour d'autres raisons encore. Comme je l'ai dit plus haut, il est un peu incongru dans le contexte des familles d'aujourd'hui de lier filiation et fait d'être marié. Mais surtout, que reste-t-il à la liberté individuelle ? Quand un homme marié ne veut pas endosser la paternité d'un enfant, il a la possibilité de prouver qu'il n'est pas son géniteur. Comment serait-ce possible si justement il a fallu faire sauter l'exigence de vraisemblance biologique pour les couples de même sexe ? Par égalité républicaine, un homme marié pourra-t-il encore invoquer l'impossibilité biologique ?

De plus, la présomption de paternité se comprend dans le cadre des pouvoirs de police donnés à l'époux sur la sexualité de son épouse. L'exigence de fidélité (art. 212 du Code civil : d'ordre public donc, et non pas relevant du libre accord des époux) et l'exigence

de cohabitation (art. 215 du même code) doivent se comprendre comme procédant du même cadre : ils participent de la même conception. Ils s'opposent pareillement à une conception consensualiste du mariage.

Dans ces conditions, l'idée assimilationniste de départ ne tient pas : il ne faudra pas changer qu'un seul article de loi, une réforme beaucoup plus profonde est nécessaire, et la direction de la présomption de parenté n'est pas la bonne.

Une bien meilleure approche consiste à supprimer les modes d'établissement automatiques de la filiation, et à faire de la reconnaissance le mode principal d'établissement de la filiation non contentieuse, permettant de faire place à toutes les formes de parenté.

2. La reconnaissance et la présomption sont dans un bateau...

Comme dans l'histoire de pince-mi et pince-moi, si la présomption tombe à l'eau (cf. le chapitre précédent), qu'est-ce qui reste? Eh bien, la reconnaissance, et en fort bon état. On s'aperçoit en fait que si on découpe aux ciseaux le Code civil et qu'on enlève les articles qui traitent des modes automatiques d'établissement de la filiation, la reconnaissance tient toujours parfaitement debout.

À la différence de la présomption de paternité, la reconnaissance n'est pas liée à un statut matrimonial : contrairement à ce que l'on pourrait croire, ce système d'établissement de la filiation n'est pas réservé aux personnes non mariées. Certes, la reconnaissance est le mode d'établissement de ce qu'on appelait autrefois la filiation « naturelle », c'est-à-dire pour les parents non mariés (rien à voir avec la méthode de procréation, tout aussi naturelle que la filiation « légitime », qui, elle, désignait la filiation dans le mariage). C'est devenu le mode d'établissement presque exclusivement utilisé par les hommes non mariés, les femmes ayant accouché, mariées ou non, étant dispensées de la moindre démarche pour établir leur filiation depuis la réforme de 2005 (mais que la réforme de 1972 annonçait déjà).

Pourtant, c'est par la reconnaissance qu'un homme marié peut établir sa filiation avec un enfant né d'une autre femme que son épouse. Et si sa présomption avait été écartée (par absence de mention de son nom dans l'acte de naissance), la reconnaissance est un des moyens s'offrant à lui pour établir sa paternité. Et les femmes ayant accouché peuvent encore avoir à l'utiliser : c'est par la reconnaissance qu'une femme ayant accouché sous X peut se raviser.

C'est donc un système universel d'établissement de la filiation, indépendamment du sexe du parent et de son statut matrimonial, même si son universalité est un peu occultée par les modes automatiques d'établissement de la filiation (présomption de paternité et maternité par accouchement). Par son caractère de démarche volontaire, elle échappe à la critique de paternité inextricable et irrémédiable que je formulais à l'encontre de la présomption de parenté dans le précédent chapitre.

Et si vous ne croyez pas en une réforme globale de la filiation, égalitaire pour tous les enfants, mais plutôt à la démarche des « petits pas »? Si vous pensez que les Français ne voudront jamais abandonner la présomption de paternité, bien que plus de la moitié des enfants naissent aujourd'hui hors mariage (déjà en 2009, pour le premier enfant, c'était plus de 60 % des cas)? Là aussi, plutôt que de vous tirer au mortier dans le pied en réclamant un droit (la présomption « de parenté ») qui enlève à une partie de la population (les personnes en couple de sexe différent), il serait probablement plus efficace de réclamer la reconnaissance pour les couples de femmes (donc mariées ou non, et là aussi, cela recouvre la réalité actuelle de la PMA, ouverte aux couples mariés comme non mariés).

3. Le contentieux de la filiation : le nœud du problème

Les modes de contentieux de la filiation (précisément : de la paternité, dans la plupart des cas) révèlent beaucoup de la conception que notre droit se fait de la filiation : la preuve biologique est la *summa probatio*, la « reine des preuves », même si dans l'établissement de la filiation subsistent des règles anciennes, antérieures à la réforme de 1972, d'un temps où la volonté avait un plus grand rôle.

Je vais citer deux exemples judiciaires américains :

- La Cour d'appel de l'Illinois condamna le 23 février 2005 le D^r Richard O. Phillips à l'obligation alimentaire envers son ex-compagne le D^r Sharon Irons. D'après Richard Phillips, Sharon Irons aurait recueilli son sperme au cours d'une fellation, qu'elle se serait ensuite auto-inséminée.
- La Cour d'appel du comté de San Luis Obispo condamna le 4 novembre 1996 Nathaniel J., âgé de 15 ans au moment des faits (un mineur sexuel selon la loi californienne) à l'obligation alimentaire envers sa violeuse, âgée de 34 ans. Bien que légalement un viol selon les règles de la majorité sexuelle, il avait envisagé une future relation avec son agresseuse et avait déclaré que la relation sexuelle avait été « mutuellement agréable ». Compte tenu de ce témoignage, la Cour le tient financièrement responsable.

Trop américains me direz-vous? Impossibles en France? Il n'y a pourtant rien qui l'empêcherait. Le 21 mars 2006, la Cour d'appel d'Orléans (confirmé en cassation le 12 juillet 2007) a débouté un homme de son action en contestation de paternité au titre que

« le simple fait de devenir père, même sans l'avoir recherché, ne saurait être considéré comme un fait dommageable »

et que

« Tout homme qui accepte des rapports non protégés encourt [...] la possibilité d'une procréation. »

Toutes ces questions, traitées parfois sous le vocable de « paternité imposée », semblaient relever du « masculinisme » et n'avoir aucun rapport avec une critique du patriarcat (« et bien au contraire! » aurait-on pu ajouter). À tort selon moi.

On s'en aperçoit au détour d'un article de presse¹, qui suscite quelques surprises, sur le cas d'un donneur de sperme à un couple de femmes voulant faire reconnaître sa paternité.

Pourtant, rien de nouveau. À la date de l'article, l'enfant a deux ans, ça ne date donc pas d'hier et précisément rien de nouveau n'a été modifié par la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, parce que cette loi a soigneusement évité le sujet de la filiation non judiciairisée. Et puis, quand on connaît le sujet, on sait que ce n'est pas la première affaire de ce genre.

1. <<http://yagg.com/2013/07/31/donneur-de-sperme-pour-couple-de-femmes-il-obtient-droit-de-visite-ouest-france-fr/>>.

Tous les cas que j'ai cités ont une origine commune : les modes d'établissement automatiques de la filiation et les modes du contentieux (spécialement les actions de recherche, mais les actions de contestation fonctionnent sur les mêmes fondements). Tant que la filiation et son contentieux ne reposeront pas sur le projet parental, ces drames surviendront. Et on ne peut pas résoudre le problème pour les femmes sans le résoudre pour les hommes. Et vice-versa.

4. La GPA et la PMA n'ont rien à voir ?

La GPA et la PMA n'auraient rien à voir, rien en commun ? En matière de filiation, pourtant, si. Dans un texte qui circule ces temps-ci contre la GPA *Pourquoi nous sommes contre la Gestation pour Autrui (GPA) ! (recours aux mères porteuses)*², le premier paragraphe dit :

« Notre législation qui s'oppose à la commercialisation du corps humain et qui stipule, sans discussion possible, que "la mère est celle qui accouche" fait barrage au recours à la gestation pour autrui (GPA). Les tenants de la GPA s'emploient donc à faire sauter ces 2 verrous »

Hé oui, « la mère est celle qui accouche » dans notre droit.

On ne condamne la GPA en France qu'indirectement : il est affirmé le caractère nul du contrat (art. 16-7 du Code civil, ce qui en soi n'est pas une condamnation pénale), mais la condamnation ne s'adresse qu'aux effets possibles découlant de la GPA, sur les fondements des articles 227-12 et 227-13 du Code pénal. Le premier réprimant l'incitation à l'abandon d'enfant et l'autre la simulation d'enfant. De l'exploitation des femmes ou de la commercialisation du corps humain, nulle mention : la condamnation est seulement (ou presque : on peut en débattre pour le premier, mais c'est clair pour la simulation d'enfant) au nom d'une fraude à l'adoption (ou fraude à la filiation). Il n'y aurait pas de condamnation si l'état civil de l'enfant restait conforme à sa génération.

Qu'est-ce que la simulation d'enfant ? C'est le fait de prêter à une femme un accouchement qui n'a pas eu lieu. C'est le nom qu'a pris dans le nouveau Code pénal de 1994 ce qu'on appelait autrefois la supposition d'enfant (ou de part, vieux nom pour nouveau-né). Déjà au VI^e siècle, le Digeste de Justinien dispose :

« *Accusatio suppositi partus nulla temporis præscriptione depellitur; nec interest, decesserit nec ne ea, quæ partum subdidisse contenditur (L'accusation de supposition de part n'est écartée par aucune prescription. Et peu importe que soit décédée ou non celle que l'on dit avoir mis l'enfant en place d'un autre.)* »

Il faut savoir qu'en France, si l'adoption avait été prévue par le Code civil de 1804, elle ne concernait que les majeurs. Il ne sera possible d'adopter des mineurs que par la loi du 19 juin 1923 (avec force restrictions qui la rendront difficilement praticable avant le décret-loi du 29 juillet 1939).

Une femme pouvait prétendre avoir accouché d'un enfant, obtenu par arrangements privés avec une femme qui avait dissimulé sa grossesse et son accouchement et abandonné l'enfant. Si elle était mariée, jusqu'à la réforme de la filiation de 1972 (mais avec une première exception par la jurisprudence de l'affaire Godeville-Blanchet en 1926), la filiation était inattaquable (par le jeu des anciens articles 322, 326 et 327 du Code

2. <<http://www.collectifdroitsdesfemmes.org/spip.php?article335>>.

civil qui organisaient une question préjudicielle et une fin de non-recevoir rendant l'aboutissement des actions en contentieux impossible tant au civil qu'au pénal), mais aussi non susceptible de rétractation : telle l'affaire Finfe en 1875, où Anne de Finfe voulut dénoncer son fils comme supposé (il voulait la placer sous curatelle, sa mère étant richissime), et malgré toutes les preuves qu'elle put produire (il était, de toute évidence, réellement supposé), elle ne le put.

La grande réforme de 1972 supprima l'irrecevabilité des actions en contentieux en cas de suspicion de supposition d'enfant, ce qui mit définitivement fin à la tolérance de cette fraude.

Nous avons donc dans notre droit pénal la possibilité de condamner une femme qui oserait se prétendre mère d'un enfant dont elle n'aurait pas accouché. On s'en sert pour condamner la GPA.

Bien entendu, cela pourrait tout autant servir à condamner la filiation de la mère non biologique dans le cas d'un couple de femmes, par PMA ou autre, dès que cette filiation ne serait pas judiciairisée (présomption ou reconnaissance) : l'adoption de l'enfant du conjoint comme seule possibilité d'établir la filiation dans un couple de femmes est cohérente avec ce cadre.

On voit donc difficilement comment la filiation « dès la naissance », non judiciairisée, pourrait voir le jour en France en laissant le volet pénal (la prohibition de la simulation d'enfant) en l'état.

5. La filiation par PMA

Prenons un cas simple : un couple de sexe différent, l'homme est stérile, la femme est fertile. La médecine ne va pas chercher à guérir l'homme : le diagnostic est déjà fait, sans espoir de guérison. La médecine ne va pas chercher à guérir la femme : le diagnostic est déjà fait, tout va bien, merci. Mais évidemment, ils n'arrivent pas à avoir d'enfants. C'est ce qu'on appelle la « stérilité du couple », une fiction juridique (parce que, si c'est seulement la fécondité de la paire qui est en cause, les couples de même sexe sont stériles selon la même définition) permettant selon la loi la prise en charge du problème.

En quoi consiste cette prise en charge ? Une IAD, c'est-à-dire une insémination avec don, permettant à la femme de recevoir le sperme d'un homme sans avoir besoin de rapports sexuels avec lui et en préservant l'anonymat du donneur. Nous ne sommes plus au temps de Maupassant, plus besoin de coucher avec le voisin, et à la différence aussi de cette époque, le voisin aurait aujourd'hui le droit de faire valoir sa paternité (cf. le chapitre « 3 – Le contentieux de la filiation : le nœud du problème »).

Reprenons mon exemple du couple avec l'homme stérile. Comment se passe la filiation dans ce cas, alors que nous avons complètement fondé le contentieux de la filiation sur le biologique ? Tout d'abord, la loi (art. 311-20 du Code civil) institue la règle de l'irrecevabilité de tout contentieux de filiation en cas d'IAD. Ensuite, elle fait appel au concept de « consentement », notion fondamentale en droit civil (alors que le Code civil québécois parle de « projet parental » dans ce cas). Après le consentement donné et l'IAD effectuée, l'homme utilise les modes habituels d'établissement de la filiation : présomption s'il est marié, reconnaissance s'il ne l'est pas. S'il se soustrait à la reconnaissance, « sa paternité est judiciairement déclarée » (ce qui par principe, sauf décision contraire du juge, le prive de l'autorité parentale). Personne ne l'accusera en tout cas d'avoir provoqué un abandon d'enfant (par le donneur, empêché de s'établir père).

Les conditions du recueil du consentement (nulle mention n'apparaîtra jamais dans un document d'état civil) et de l'IAD (appariement phénotypique : les centres d'insémination recherchent un donneur de même couleur de peau, yeux, cheveux et de même groupe sanguin) étant telles qu'il est possible à papa et maman de mentir à leur enfant sur ses origines. Et l'on pourrait passer pareillement à côté du caractère proprement subversif de la filiation par PMA : les apparences étant sauves, on pourrait croire que rien de différent n'a eu lieu.

Il ne peut en aller de même pour un couple de femmes recourant aux mêmes techniques : les apparences ne tiennent plus. Les pays qui l'ont autorisé ont été obligés d'admettre que ce qui fonde la filiation lors d'une IAD c'est le « consentement », c'est-à-dire l'engagement dans le projet parental (mais aucun pays n'a osé généraliser cette conception au-delà de l'IAD). Plus de faux-semblants possibles, plus d'échappatoires, le couple de femmes met la filiation au pied du mur et oblige le droit à reconnaître que la filiation par le sang seulement est une belle hypocrisie et que nous le savions déjà, depuis longtemps.

Et je ne parle pas de cette exception judiciarisée que nous appelons adoption ! À partir du moment où il est reconnu qu'il n'y a aucun problème à ce qu'un homme n'ait au maximum qu'une reconnaissance à faire devant un officier d'état civil pour devenir légalement le père d'un enfant qu'il n'a pas engendré, demander plus à une femme voulant faire la même chose (lui demander une procédure d'adoption par exemple) serait profondément inique.

La filiation par PMA est la preuve, voilée sous les apparences, que notre droit admet déjà que l'engagement peut fonder à lui seul une filiation.

6. L'indisponibilité de l'état des personnes

Une notion juridique revient souvent lorsque l'on s'intéresse de près à l'homoparentalité ou aux droits des personnes transgenres : le principe juridique de « l'indisponibilité de l'état (civil) des personnes ». On va même parfois jusqu'à sous-entendre qu'il s'agirait d'une règle absolue, un peu comme le principe de gravité en physique.

Ce principe signifie qu'on ne pourrait disposer de son état civil, c'est-à-dire le modifier selon sa seule volonté. Ce qui comprend la filiation, la situation matrimoniale, l'âge, le sexe (en fait le genre, mais le droit français a encore du mal à distinguer les deux), le nom et la nationalité. Ce qui ne signifie pas que l'état des personnes soit conçu comme permanent ou immuable : il est admis qu'un individu puisse connaître des modifications à son état civil, mais seulement de façon passive : ces modifications doivent venir de la nature ou de la société (incarné par la Justice et ses représentants, les juges), que l'individu reçoit et subit.

Ce principe, loin d'être à la loi ce que la gravité est à la physique, a connu la consécration jurisprudentielle par la Cour de cassation au début des années 1990 et vient du courant le plus conservateur dans l'élaboration du droit, selon lequel les lois humaines sont déterminées par des forces plus vastes, extérieures et supérieures. C'est le courant le plus perméable à l'influence de l'Église catholique et c'est celui qui rappelle le plus le droit d'Ancien Régime, imprégné de droit canon. Ce qui ne veut pas dire que l'on va retrouver Dieu et la Bible au détour de chaque page d'une loi ou d'un code. Non, la Nature, comme reflet de la loi divine, remplit très bien le rôle d'autorité, d'une façon, au moins en apparence, « laïque » (une variante néoconservatrice de ce courant remplace la Nature par l'anthropologie ou la psychanalyse — une certaine anthropologie et une certaine psychanalyse). Pour Xavier Lacroix, doyen de la faculté de théologie de Lyon, « La cohérence de la filiation doit être un critère et une préoccupation. Que l'enfant naisse de l'union de deux corps, ou même de deux cellules, masculine et féminine, est chargé de sens et de valeur. Puisque ce sont des liens qui sont en jeu, ils sont nécessairement institués, on ne peut pas s'en tenir au principe anglo-saxon du "libre choix individuel". Le lien social passe par la sauvegarde d'un socle anthropologique commun ».

Une telle conception permet d'extraire du politique, c'est-à-dire en tant qu'objet de débat, l'homoparentalité, le genre ou encore le droit de mourir dans la dignité (pouvoir décider de sa fin de vie). Comme l'écrivait Olivier Cayla, il s'agit « d'opposer aux prétentions subjectives de l'individu les bornes d'un ordre impératif et transcendant, dont le contenu normatif n'est connaissable que de ses seuls interprètes autoproclamés ».

Le cadre est donc posé : l'indisponibilité de l'état des personnes n'est pas une règle absolue, mais elle est en réalité un choix politique.

Cette règle connaît-elle des exceptions ? Beaucoup, en fait. La première étant l'enregistrement du mariage : les individus, par leur seule volonté enregistrée par un officier d'état civil en présence de témoins, changent leur état matrimonial. L'accouchement sous X, par lequel une femme use de sa volonté pour ne pas faire découler des obligations sociales de l'évènement physiologique de la naissance, en est une autre. Il y

a des cas plus ambivalents, car faisant intervenir un juge : la PMA hétérologue (la volonté fonde la filiation dans ce cas, mais un juge recueille toutefois le consentement) ; l'adoption plénière (volonté aussi, mais c'est un juge qui prononce l'adoption) ; la possibilité pour un majeur de consentir à sa propre adoption (mais l'adoption est toujours judiciairisée) ; la remise d'un enfant par ses parents aux services de l'Aide sociale à l'enfance en vue de son adoption ; le divorce par consentement mutuel (une part de volonté, certes, mais toujours un juge prononce le divorce).

L'abondance des exceptions et des exceptions relatives souligne son rôle de norme politique.

Comment la compréhension de ce principe d'indisponibilité nous aide-t-elle à comprendre les débats actuels sur l'homoparentalité ou le droit des personnes transgenres, particulièrement le changement de sexe à l'état civil ? Il y a, parmi les forces en présence (je ne parlerais même pas des opposants déclarés à l'égalité des droits), les partisans de ce principe ou de son cadre général, partisans du statu quo, pour qui une filiation non biologique ne peut être fondée que par un processus judiciaire long et couteux appelé adoption, pour qui un changement de la mention du sexe à l'état civil ne peut que passer par un juge : en un mot, ils sont sur le modèle du divorce.

Alors que nous, en demandant la filiation dès la naissance et le changement d'état civil en mairie, nous sommes dans le principe contraire, volontariste : le modèle de l'enregistrement du mariage.

7. De l'abandon d'enfants

Il est un paradoxe dans notre droit de la famille (qui n'en est certes pas à un paradoxe près) : la mère est définie comme celle qui accouche, sans qu'elle ait besoin d'une démarche, d'un acquiescement ou d'une quelconque manifestation de sa volonté. Ultimement (par une action en contestation ou en recherche de paternité et en dehors d'une procédure de don de gamètes), le père est l'homme qui, *volens nolens*, a émis son sperme³. Soit, en dernière analyse, la Nature comme source du droit.

D'un autre côté, une femme peut recourir à une interruption volontaire de grossesse sans qu'il lui en soit demandé compte, par sa seule volonté autonormative (créant elle-même sa propre justification : la volonté subjective comme source du droit). Si elle accouche, elle peut utiliser, sans avoir à en rendre compte, la fiction légale (appelée accouchement sous X) selon laquelle l'accouchement n'a pas eu lieu. Et les parents peuvent remettre leur enfant aux services de l'ASE, l'Aide sociale à l'enfance, en vue de son adoption. De plus, si, en théorie, l'adoption contractuelle (la remise d'un enfant par ses parents d'origine directement aux parents adoptants, ce qui va encore plus loin dans la place donnée à la volonté dans l'établissement d'une filiation) n'a eu cours en France qu'entre 1923 (première loi permettant l'adoption de mineurs) et 1958-1966 (réformes de l'adoption, supprimant l'adoption contractuelle et obligeant le passage par l'ASE pour les enfants de moins de deux ans), l'administration française en Polynésie est assez conciliante avec la pratique traditionnelle du tamari'i fa'a'amu, où les parents confient leur enfant à une personne de confiance (et donc la choisissent).

Nous avons donc d'un côté les servitudes du sang : un établissement de la filiation qui découle d'une vision qui fait de la parturiente la mère « évidente », avec tout ce que cela suppose de conceptions naturalistes sur « l'instinct maternel », sur « la femme » et son rôle (la question des pères sera traitée dans un prochain texte). De l'autre, la liberté des individus est mise en avant : une vision qui fait la part belle à la volonté individuelle et subjective. Pas dans les cas les plus heureux, au contraire. Comme si, dans les cas où il s'agit de ne pas rajouter au malheur, la volonté avait du bon. Probablement que sans ce pragmatisme (qui est en quelque sorte la négation et la réfutation de sa propre idéologie), sans ces contradictions et ces échappatoires, le modèle actuel de la filiation n'apparaît plus comme tenable aux yeux de ses actuels défenseurs.

Il a existé un modèle où une femme ne devenait pas automatiquement mère en accouchant : c'est celui de la filiation « naturelle » (hors mariage), avant une première écorne par la réforme de 1955 (qui a annoncé celles de 1972 et de 2005 aboutissant au modèle actuel). Selon cet ancien modèle de la filiation, la « maternité légitime était un honneur pour la femme, la maternité naturelle un déshonneur » (selon le mot du juriste Charles Demolombe). Elle devait donc reconnaître son enfant (comme aujourd'hui un homme non marié à la femme qui a accouché, ou une femme ayant accouché sous X et souhaitant se raviser). Vu le contexte de l'époque (discrimination sociale et légale, ineffectivité de la possession d'état si la non-reconnaissance résultait d'une simple méconnaissance de la procédure), on peut comprendre que l'on souhaite

3. Hormis dans le cas de GPA depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2013.

oublier tout ce qui constituait la filiation naturelle. Pourtant, ce serait passer à côté d'un modèle qui admettait que forcer une femme enceinte à devenir mère n'est pas forcément une bonne chose. Un modèle qui intégrait dans son fonctionnement une « porte de sortie », c'est-à-dire la possibilité d'un abandon non anonyme à la naissance, quand une femme ne juge pas souhaitable qu'elle devienne mère.

Quelle serait la place de l'accouchement sous X si un tel système était généralisé? Certains défendent son maintien au nom du droit à la vie privée. Mon inclination personnelle serait de trouver que l'anonymat (et non pas le secret, le confidentiel) fait dans cette situation trop peu de cas du droit des tiers (considérant à la fois l'aspiration de plus en plus répandue à connaître sa biographie et que l'accouchement anonyme rend extrêmement difficile l'établissement par un tiers d'une filiation). Et donc que l'accouchement anonyme (dans les modalités actuelles de l'accouchement sous X, toutefois un peu mises à mal par les évolutions de la loi et de la jurisprudence, qui tend à en faire un accouchement secret) perd de sa justification dans un hypothétique contexte de filiation non automatique et de non-flétrissure des maternités hors mariage. Mais les deux systèmes, absence de reconnaissance et accouchement sous X, peuvent aussi fonctionner en parallèle, comme deux versants d'une même démarche, l'une anonyme, l'autre pas.

8. Des Marius irresponsables et des Fannys filles-mères

Quand on observe de loin ce que prévoit notre actuel système de filiation pour les pères, spécialement l'homme, non marié à la parturiente, à qui l'on demande un acte de reconnaissance, tout en étant conscient que nous ne sommes plus, comme au début du XX^e siècle, en un temps où plusieurs paternités pouvaient être valables simultanément, où un homme a pu reconnaître un enfant plus âgé que lui sans être contesté, on pourrait toutefois encore penser que la volonté continue à jouer un rôle central dans l'établissement de la filiation, du moins du côté masculin.

L'évaluation des règles régissant ces vingt dernières années les actions en recherche de paternité et les actions en contestation de paternité montrent qu'il n'en est rien (je mets tout de suite de côté le cas de la PMA hétérologue que j'avais traité dans « 5 – La filiation par PMA ») : l'expertise biologique (le « test ADN ») emporte tout, ou presque. Concernant les recherches en paternité, j'avais exposé dans « 3 – Le contentieux de la filiation : le nœud du problème » les effets induits des injonctions naturalistes. En ce qui concerne les contestations de paternité, Agnès Martial, dans son étude ethnologique « Changements de noms, changements de filiation » (2008)⁴, analysait le phénomène de leur accroissement : le cas le plus typique est celui d'un enfant qui n'est pas reconnu par son géniteur à la suite de la rupture précoce entre ce dernier et la mère, mais qui est reconnu par le nouveau compagnon de la mère. À la suite de la séparation de ce nouveau couple, même après plusieurs années de vie commune et après avoir élevé l'enfant comme un père, l'homme conteste sa filiation et obtient gain de cause par un test génétique. La filiation de l'enfant se trouve donc ballotée au gré de la vie sentimentale des adultes. La reconnaissance, censément engagement irrévocable, devient subordonnée à une conception naturaliste de ce que doit être un rapport parental.

Depuis le Code civil napoléonien, si on excepte la filiation légitime (la filiation des couples mariés) – mais, avant la réforme de 1972 qui a supprimé sa quasi irréfragabilité, il est possible d'argumenter, comme le faisait le juriste Ambroise Colin, pour la voir comme résultant de l'engagement implicite pris au moment du mariage de reconnaître les enfants à naître –, la contrainte en matière de filiation (c'est-à-dire la filiation qui ne résulterait pas d'un engagement) n'apparaît qu'en 1912 avec l'introduction de recherche en paternité. À cette époque, l'avortement était interdit et les techniques modernes de contraception quasi inexistantes. Une femme pouvait accoucher sous le secret, abandonner anonymement son enfant, voire ne pas établir de filiation avec lui dans le cas d'une filiation hors mariage, mais la stigmatisation sociale attachée à de tels actes était sans commune mesure avec l'interruption d'une grossesse effectuée dans les premières semaines, où celle-ci est encore peu détectable et peut passer inaperçue. Une femme était donc quasi contrainte d'assumer une maternité, et la fille-mère abandonnée par un homme irresponsable est devenue une figure importante de notre littérature. L'introduction de l'action en recherche de paternité apparaissait comme un moyen de rééquilibrer entre les femmes et les hommes l'endossement de

4. <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00504894/>>.

la parentalité. En 1975, l'IVG fut tout d'abord dépénalisée, avant d'évoluer vers la situation actuelle où, si elle est encadrée de contraintes (délai ou motif médical), elles ne s'adressent qu'aux tiers. Déjà dans la limite des douze semaines, le choix d'avorter ou de ne pas avorter ne peut être soumis à un contrôle juridique, mais de plus aucune femme ne saurait être punie pour un avortement illégal. De même, une femme ne saurait être l'objet de sanctions à cause de dommages produit à son fœtus du fait de son comportement (même s'il naît gravement handicapé) – à la différence des dommages produits par un tiers. Dans « 7 – De l'abandon d'enfants », j'ai évoqué en parlant de « volonté autonormative »⁵ (créant elle-même sa propre justification : la volonté subjective comme source du droit) ce qu'on pouvait en déduire pour la place respective que le droit attribuait aux décrets de la Providence et à la liberté humaine dans la filiation : plus que libre, la décision d'avorter ou de ne pas avorter est définie en droit comme souveraine.

Parallèlement à cette évolution, au lieu de régresser (ce à quoi on aurait pu s'attendre), la capacité de contraindre un homme à endosser une paternité a augmenté. On pourrait répondre qu'il s'agissait de donner un père à tous les enfants, mais cela ne saurait décrire l'état réel du droit : à mesure que les possibilités d'actions en recherche de paternité s'étendaient, celles d'actions en contestation aussi. Et l'action en recherche reste à l'initiative de la mère (ou de l'enfant à sa majorité, mais cela suppose que la mère l'ait informé).

Aujourd'hui, un homme se trouve sans moyen de s'opposer à une paternité si les gènes sont bien les siens, mais plus généralement sa volonté ne peut être retenue comme un critère déterminant la filiation dès qu'il y a contentieux (ce que j'avais démontré dans « 3 – Le contentieux de la filiation : le nœud du problème »). Qu'a-t-on voulu faire ainsi ? La question est légitime, car la démarche a été peu interrogée. Imaginait-on qu'une paternité imposée, même vécue de mauvais gré, serait préférable pour l'enfant à l'absence de père ? Qu'un géniteur ferait un moins mauvais père que quiconque ? Que la « vérité » du sang resterait pour toujours préférable à la relativité supposée des engagements ? Ou s'agissait-il seulement d'aider financièrement la mère élevant seule l'enfant et qu'il fallait bien trouver quelqu'un ? On peut en douter, le XIX^e siècle faisait bien la différence entre filiation et dommages-intérêts issue d'une action en responsabilité civile pour séduction dolosive. Et aujourd'hui encore, notre droit distingue entre l'obligation alimentaire due par un parent et les subsides sans filiation établie (art. 342 du Code civil). Il serait peut-être temps de se pencher sur les présupposés de la filiation par contrainte et d'imaginer un autre mode de contentieux. Pour ma part, je pense avoir montré qu'en matière de filiation le régime du contentieux conditionne celui de l'établissement, et si comme je le souhaite l'établissement doit se faire par l'engagement, le contentieux doit donc avoir pour base la preuve de l'engagement ou son absence.

5. Le lecteur désireux d'aller plus loin que cette présentation lapidaire du sujet lira avec profit le livre que Marcela Iacub a consacré à l'analyse de l'affaire Perruche : *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, coll. « Questions d'éthique », 2002.

9. Vers l'indifférentialisme

Le Code civil français, à sa création en 1804, était loin d'avoir une approche indifférentialiste du genre : il inscrivait au contraire la différence des sexes dans le droit. Pour nous en tenir strictement au domaine du droit civil, il a fallu la loi du 18 février 1938 pour que la femme cesse d'être une éternelle mineure passant de la tutelle de son père à celle de son mari (quoique sous le régime de la communauté de biens par défaut, l'épouse ne pouvant pas disposer librement de ses biens personnels, ce statut nouvellement acquis était un droit plus hypothétique que réel). Le véritable tournant fut opéré plus tard, par la loi du 13 juillet 1965 donnant à la femme mariée des pouvoirs de gestion (complété par la loi 23 décembre 1985 portant égalité entre époux dans les régimes matrimoniaux) et par la loi du 4 juin 1970 qui a supprimé la puissance paternelle et l'a remplacée par l'autorité parentale, posant ainsi l'égalité juridique entre les parents. On pourrait compléter ce tableau, de toute façon non exhaustif, par les modifications entre 2002 et 2011 de la dévolution du nom de famille, celui-ci pouvant désormais être transmis par la mère même en cas de filiation paternelle établie.

Le droit de la filiation faisait lui très peu de cas de la différence des sexes : tant qu'il fonctionna sans altération notable, c'est-à-dire avant 1912 et la timide introduction de la recherche en paternité, l'inscription des différences sexuelles était très réduite. Oh, le système était certes inégalitaire, mais l'élément largement dominant dans la constitution de la ligne de démarcation était l'état matrimonial, non le sexe. Ou, dit autrement, ce qui était important c'était la vérité de l'institution matrimoniale, alors que la vérité de l'engendrement s'accommodait sans peine d'apparences. On s'engageait librement dans le mariage, et il était attendu alors qu'on en accepte les conséquences, tant dans le consentement automatique aux rapports sexuels (il y avait impossibilité juridique d'un viol entre époux avant la loi du 23 décembre 1980 et la jurisprudence de la Cour de cassation de 1990 et 1992) que dans l'établissement automatique de la filiation, correspondant à une sorte de reconnaissance anticipée (présupposée et n'ayant pas besoin d'être réitérée) de tous les enfants à venir. Il y avait bien quelques possibilités permettant à un homme marié de désavouer des enfants nés de son épouse, mais suffisamment limitées pour qu'un homme ait dû plaider pour faire reconnaître en 1853 que sa condition de prisonnier l'empêchait d'être le père des enfants de son épouse. Inversement, hors mariage, le consentement n'était jamais supposé et devait être renouvelé à chaque fois, tant pour les relations sexuelles que pour l'établissement de la filiation où les femmes aussi bien que les hommes devaient explicitement reconnaître l'enfant⁶.

Il aurait été assez attendu que l'indifférenciation des sexes se diffuse dans toutes les sphères du droit. Pourtant, étonnamment, dans ce grand tournant de la fin des années 1960, peu de temps après le vote des lois mentionnées en tête de ce chapitre, le droit de la filiation devient une sorte de dernier bastion du différentialisme sexuel. L'évolution avait été précédée par quelques lois au cours du XX^e siècle, mais assez mi-

6. La juriste et historienne du droit Marcela Iacub a analysé plus en profondeur cette évolution historique dans *L'Empire du ventre*.

neures. Le tournant paradigmatique vient de la loi du 3 janvier 1972, préparée par le ministre René Pleven et l'ancien garde des Sceaux Jean Foyer. Jean Foyer (principal opposant en 1980-1982 à l'abolition de la législation discriminatoire antihomosexuelle) avait déclaré quelques années auparavant, en 1965 : « Il faudrait revenir à cette idée sage et simple que la filiation, c'est d'abord un fait, une réalité physiologique. N'est-il pas quelque peu abusif de laisser ce fait dépendre exclusivement de la volonté, soit des parents, soit même de l'enfant ? » Ce tournant, parachevé par la loi du 16 janvier 2009, mit en avant la dimension physiologique de la procréation comme devant entraîner automatiquement la filiation.

Insister sur la dimension physiologique de l'engendrement revient fatalement à insister sur la différence entre les sexes. Le résultat est notre système actuel : le pivot de la filiation est la femme fertile. La mère est celle qui avait la possibilité d'avorter et qui ne l'a pas fait. La mère est aussi celle qui impose ou pas une paternité (cf. « 8 - Des Marius irresponsables et des Fannys filles-mères »). En effet, il suffit à une femme d'accoucher, mariée ou non, pour être mère. Et une femme ne peut être mère que si elle a accouché. La seule exception étant celle fournie par le mécanisme de l'adoption. Si une femme se prétend mère sans avoir accouché et sans avoir suivi les règles de l'adoption, elle commet le délit de simulation d'enfant, puni de 3 ans d'emprisonnement (cf. « 4 - La GPA et la PMA n'ont rien à voir ? »). L'exigence de vérité biologique est bien moindre pour les hommes : le test génétique n'est utilisé qu'en cas de contentieux. Le mécanisme de la reconnaissance est en cela assimilable à une adoption déjudiciarisée. Il n'y a même aucune sanction pénale prévue pour un homme ayant reconnu un enfant en sachant qu'il ne l'avait pas engendré. Tout au plus peut-il se voir assigner une responsabilité civile. La Cour de cassation l'a énoncé en 1981 : dans ce cas, l'homme « contracte, vis-à-vis de l'enfant et de la mère, l'obligation de se comporter comme un père, en subvenant notamment aux besoins de celui qu'il a reconnu ».

Un examen superficiel dirait que la catégorie de géniteur a été assimilée à celle de parent. C'est en grande partie vrai. Cependant, le fait que l'établissement de la filiation paternelle ne nécessite qu'une apparence d'engendrement montre que le nouveau paradigme, même en devenant le modèle dominant, n'a pas complètement supplanté l'ancien : un rapport sexuel fécondant est censé établir la filiation, mais en réalité l'apparence d'un tel rapport est suffisante. Si on est la mère parce qu'on a accouché, on est le père simplement parce qu'on est un homme.

Même si les présupposés anthropologiques d'un tel système n'ont jamais été pleinement rendus explicites, ils n'en sont pas moins intéressants à interroger : les femmes semblent perçues comme dominées par l'instinct, presque animales. L'établissement de leur filiation étant automatique, leur volonté est à peine supposée, sinon par l'existence de l'accouchement sous X (mais comme mécanisme à la marge, ne remettant pas l'ensemble en cause). Les hommes, par contre, y apparaissent comme plus cérébraux : si la mère ne leur impose pas une paternité, leur engagement est à recueillir expressément.

L'homoparentalité a été un formidable outil pour interroger tous ces présupposés, en montrant que l'insistance sur les réalités de l'engendrement pour construire un droit de la filiation avait en réalité, non pas aplani toutes les différences entre les enfants, mais en avait créé de nouvelles, selon que les enfants aient été ou non engendrés de leurs parents. Le passage à un système fondé sur l'engagement parental, le cœur de la présente proposition de loi, n'est pas neutre. Pour la même raison qu'insister sur les

corps et les chairs avait amené à un droit différentialiste, insister sur l'engagement, sauf à alléguer une qualité moindre de la volonté ou de la capacité à consentir chez un sexe, revient à retirer une part importante de l'approche différentielle des sexes dans nos lois. Ce qui ne signifierait pas qu'il n'existerait pas de différence entre les sexes : dans notre pays, où la religion ne fait pas partie des éléments d'identification requis par l'État, tout le monde n'est pas athée ou d'une seule religion. La religion est une affaire privée : ainsi pourrait-il en aller du sexe et du genre. Sans que la filiation par engagement soit suffisante à elle toute seule pour réaliser l'indifférenciation, elle en est une étape.

Bibliographie

J'ai écrit plusieurs articles pour l'encyclopédie en ligne Wikipédia, chacun avec une bibliographie de référence, dont spécialement :

- Actions relatives à la filiation
- Indisponibilité de l'état des personnes
- Possession d'état
- Présomption de paternité
- Reconnaissance (droit de la famille)
- Simulation d'enfant

Je recommande particulièrement :

- Marie-France Bureau, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009
- Marcela Iacub, *L'Empire du ventre : Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, coll. « Histoire de la pensée », 2004

**PROPOSITION DE LOI
TENDANT À RÉFORMER
LA FILIATION**

Exposé des motifs

La Révolution française, par la loi du 12 brumaire de l'an II (2 novembre 1793), avait accordé l'égalité des droits d'héritage aux enfants dit « naturels », consacrant ainsi une avancée du principe d'égalité et contrastant avec la situation d'Ancien Régime où l'enfant né hors mariage — qu'il soit « naturel » ou adultérin — était placé dans un état inférieur aux enfants dits « légitimes ». Toutefois, l'enfant adultérin n'avait pas obtenu la pleine égalité et la période napoléonienne, par le Code civil de 1804, revient sur ces dispositions : l'enfant naturel se vu accorder le tiers de la part d'héritage qu'il aurait eu s'il avait été légitime, et rien à l'enfant adultérin.

Bien que stable durant presque tout le XIX^e siècle, cette situation commença lentement à évoluer sous la Troisième République, à partir de 1896, s'accéléralant par la loi du 3 janvier 1972, pour finir par la disparition de la distinction entre enfants légitimes, naturels et adultérins avec la loi du 16 janvier 2009 — qui opéra aussi une simplification dans les actions et les procédures relatives à la filiation, simplification dont nous avons gardé l'esprit dans cette proposition de loi. Soit un processus de plus d'un siècle pour parvenir à l'égalité.

Cependant, on aurait tort de ne voir qu'un progrès dans ce long cheminement : ce n'est pas seulement la question de l'héritage qui fut affectée, c'est la façon même d'établir la filiation ou de la contester qui fut subvertie. Pour bouleverser l'engendrement par le mariage, c'est-à-dire le système hérité du Code civil, qui fondait la discrimination entre les enfants nés dans le mariage et les autres, la dimension physiologique fut mise en avant : l'accouchement devient le fondement de la filiation, établissant ainsi une nouvelle inégalité entre les enfants engendrés de leurs parents et les autres.

Si, connaissant les positions de l'un des principaux artisans de la grande réforme de 1972, l'ancien Garde des Sceaux Jean Foyer — principal opposant en 1980-1982 à l'abolition de la législation discriminatoire antihomosexuelle —, nous ne pouvons guère suspecter des motivations antipatriarcales dans cet affaiblissement du mariage, nous pouvons au moins reconnaître le pragmatisme de ces dispositions, à une époque où les naissances hors mariage augmentaient déjà considérablement. Néanmoins, nous le voyons maintenant grâce aux revendications des familles homoparentales, la solution adoptée mène à une impasse.

L'homoparentalité, bien souvent, se résumera concrètement à un parent qui, parce qu'il est géniteur, se voit reconnu par la loi son rôle de parent, et à un autre parent qui, parce qu'il n'est pas géniteur, se voit nié par la loi son rôle de parent. Pourtant, ces deux parents partagent les mêmes joies et les mêmes espoirs, les mêmes craintes, la même sollicitude envers leurs enfants. Si le géniteur décède, ses enfants seront traités comme orphelins. Si les parents se séparent, les personnes LGBT n'étant pas plus intelligentes que les personnes hétérosexuelles, les enfants et le parent non géniteur seront sans recours face à un arbitraire éventuel.

Il aurait été possible de prendre une autre voie, il l'est toujours : reconnaître que la filiation doit reposer sur la constatation de la volonté de celles et ceux s'engageant irrévocablement à être les parents. Martine Gross, ingénieure de recherche en sciences sociales au CNRS, l'avait ainsi formulé lors de son audition du 22 mars 2006 par le

Sénat⁷ en déclarant qu'elle souhaitait :

« que le droit de la filiation soit basé sur une éthique de la responsabilité où un engagement parental irrévocable primerait sur la vérité biologique ou sa vraisemblance. Ce droit de la famille permettrait ainsi à chacune des trois dimensions — biologique, légale ou sociale — d'avoir son existence propre. L'enfant pourrait ainsi accéder, dans la mesure du possible, à l'information sur ses origines (dimension biologique) : “Je suis né de celui et celle dont les gamètes ont contribué à ma venue au monde”. Il pourrait bénéficier d'une filiation sure, qui ne puisse pas changer au gré de la vie des adultes (dimension légale) : “Je suis fils ou fille de ceux qui se sont engagés irrévocablement à être mes parents”. Enfin, l'enfant pourrait voir les liens tissés avec les personnes qui l'élèvent protégés (dimension sociale) : “Je suis élevé par ceux qui s'occupent de moi au quotidien et je dois pouvoir conserver des liens avec eux”. »

Bien que répondant originellement à la réalité vécue des familles homoparentales, cette redéfinition de la filiation propose un meilleur modèle pour toutes les situations de famille et de filiation. Elle est à même de résoudre ou de donner des outils nouveaux pour aborder des problématiques très diverses, telles que la question de l'anonymat et de l'accès aux origines, la paternité imposée ou encore la pluriparentalité. Paradoxalement, il s'agira moins de réformer l'établissement de la filiation — parce que celui-ci, du côté masculin, a toujours gardé une forte composante volontariste — que des méthodes de son contentieux, devenues entièrement fondées sur le biologique. C'est pour cela que, si on peut imaginer faire coexister les deux conceptions de la filiation — la filiation par la volonté dans le projet parental et la filiation comme enregistrement d'un fait biologique créant automatiquement des obligations sociales — quant à leur établissement, on comprend que c'est impraticable en ce qui concerne leur contentieux dans un système d'établissement non judiciairisé — l'adoption étant une exception *judiciarisée* au système actuel — et que cela exclut donc, par cohérence, leur coexistence.

Pour justifier philosophiquement ce choix d'un établissement non judiciairisé par défaut — dans le cas d'une filiation sans élément antagonique —, deux arguments s'imposent : tout d'abord bien sûr celui de l'égalité. C'est en effet le mode appliqué aux parents de sexe différent ayant en réalité accouchés (pour les femmes) ou en apparence engendrés (pour les hommes) leur enfant, avec seulement une différence de procédure pour les hommes selon leur état matrimonial. L'extension du champ de l'égalité réclame le même traitement pour tous les parents.

Mais le parcours non judiciairisé est aussi celui réclamé dans un autre domaine par le Front de Gauche et Europe Écologie-Les Verts pour les personnes transgenres. Et pour la Cour de cassation française, la filiation par la volonté et le libre-choix de son identité de genre sont liés : la Cour refuse ce droit aux transgenres au nom du prétendu principe — qu'elle a inventé, alors qu'il ne reflète pas le droit positif — de l'indisponibilité de l'état des personnes. Principe qu'elle invoque tout autant contre la gestation pour autrui. Et ce, non pas parce que la gestation pour autrui serait une

7. <<http://www.senat.fr/rap/r05-392/r05-3922.html>>.

atteinte aux droits des femmes, mais parce qu'elle juge et lie dans une même pensée qu'on ne doit pas disposer, par un acte de volonté, de son état civil, que ce soit de son identité de genre ou de sa filiation.

Au nom des mêmes principes qui ont justifié de réclamer un parcours non judicia-
risé pour les personnes transgenres — comme le prévoit la loi argentine n° 26.743 du
23 mai 2012 —, il doit être réclaté pour l'établissement de la filiation : le seul recours
au parcours judicia-
risé (l'adoption) proposé aux parents de même sexe par la loi du
17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ne peut sa-
tisfaire le principe d'égalité.

Cette filiation égalitaire, entre les enfants engendrés et les enfants non engendrés de
leurs parents, établissant des règles communes et égales pour tous les parents, quel
que soit leur identité de genre, leur sexe ou leur situation matrimoniale, c'est ce que
propose de réaliser la présente proposition de loi qui établit comme vérité que c'est
l'amour et l'engagement parental qui fondent la filiation, toutes les filiations.

Exposé détaillé

L'article 1 abroge le délit de simulation d'enfant, autrefois appelé « supposition d'enfant » ou plus anciennement encore « supposition de part », prohibant le fait de prêter à une femme un accouchement qui n'a pas eu lieu.

Cette prohibition très ancienne — elle figure déjà dans le *Digeste de Justinien* au VI^e siècle — est à comprendre dans un contexte où l'adoption d'enfants mineurs n'était pas légale (avant la loi du 19 juin 1923 en France, et, en pratique, avant le décret-loi du 29 juillet 1939). Dans ce contexte, par arrangements privés, une femme prétendait avoir accouché de l'enfant d'une autre (qui, elle, dissimulait la naissance), faisait établir l'acte de naissance en conséquence et la filiation de son mari était établie par la présomption de paternité. Ces arrangements, quoique théoriquement et hypocritement sanctionnés (le fameux délit de supposition de part), se trouvaient à l'abri des poursuites, des chantages et des rétractations par un jeu de dispositions légales reposant sur une possession d'état conforme à l'acte de naissance — à condition que le couple fut marié. Inébranlable durant tout le XIX^e siècle, ce système perdura jusqu'à la réforme de 1972.

Ce délit est maintenant utilisé, en conjonction avec l'article 227-12 qui la vise plus spécifiquement, à réprimer la gestation pour autrui, considérant qu'il s'agit d'une fraude à l'état civil similaire. En cela, il peut servir à réprimer, pour une femme, n'importe quelle forme de filiation par la volonté, non judiciairisée.

L'article 2 vise à ne pas exclure les couples de même sexe, les pluriparentalités et les personnes transgenres de la filiation par possession d'état et ainsi à conforter la possession d'état comme étant l'enregistrement d'une volonté constatée dans le temps.

Le groupe écologiste de l'Assemblée nationale a proposé durant les débats sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, la création d'un nouvel article donnant une nouvelle définition d'une possession d'état réservée aux couples de même sexe⁸.

Outre qu'une filiation véritablement repensée n'a pas à discriminer selon l'orientation sexuelle des parents, cette redéfinition est contreproductive : la définition de la possession d'état ne comporte aucun critère biologique. Il n'est que de le rappeler.

L'article 3 supprime la nécessité de dispositions particulières pour la filiation selon le mode de conception.

L'article 4 abroge la présomption de paternité et les actions associées.

Deux thèses principales s'opposent pour expliquer la présomption de paternité. La première met en avant les pouvoirs de police dont le mari dispose sur la sexualité de son épouse, mais pour le juriconsulte Marcel Planiol, c'est l'existence du devoir conjugal et non l'exigence de fidélité de l'épouse qui fonde cette présomption. L'autre thèse, dite volontariste, a été énoncée par le juriste Ambroise Colin : l'époux, lors du consentement au mariage, aurait implicitement exprimé la volonté de reconnaître comme siens tous les enfants à venir.

8. <<http://lgbt.eelv.fr/mariage-pour-tous-les-amendements-ecolos/>>.

Évidemment, cette vision volontariste nous semble plus sympathique. Mais, pour sympathique que l'on puisse la trouver, nous pouvons nous interroger sur la liberté laissée au conjoint de se désengager d'une naissance non souhaitée. Actuellement, la présomption se conteste par la preuve biologique. Donc, dans ce cadre, dans le cas d'un couple de femmes, cette présomption ne serait pas contestable par la conjointe de la parturiente : il y aurait, pour elle, perte de liberté.

À l'article 9 est proposé un mode de contentieux adapté à ces problèmes.

L'article 5, en cohérence avec les articles 4 et 6, abroge la disposition faisant automatiquement de la parturiente la mère, ainsi que les actions associées. Les principes de droit romain « *mater semper certa est* » et « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* » ([l'identité de] la mère est toujours certaine; le père est celui que le mariage désigne) sont ainsi complètement abrogés.

L'article 6 est un article de cohérence. La filiation par présomption de paternité ou mention dans l'acte de naissance étant abrogée par les effets des articles précédents et du présent article, le mode d'établissement de la filiation privilégié devient la reconnaissance par une déclaration faite dans un acte authentique, pour les hommes et les femmes, sans égard pour leur situation matrimoniale. L'expertise biologique devient sans objet dans les actions touchant la filiation.

L'article 7 supprime les obstacles à l'établissement d'une filiation plurielle.

L'article 8 permet à tout requérant de se définir hors du projet parental.

L'article 9 dispose des possibilités de contestation de la filiation établie par reconnaissance. Les règles de recevabilité et les délais ne sont pas affectés.

La possession d'état garde ses règles de contestation.

L'article 10 redéfinit les règles de l'action à fins de subsides.

Les articles 11 et 12 rendent possible pour un donneur de gamètes de choisir la levée éventuelle de son anonymat.

Actuellement, l'anonymat du don repose sur le risque d'un conflit de filiation (ce qui est logique et cohérent dans un système qui repose sur le biologique ou du moins sa vraisemblance). Dans le modèle de filiation créé par la présente proposition de loi, le problème ne se pose plus : l'anonymat n'est donc plus obligatoire.

Pour l'essentiel, il s'agit de la reprise d'un amendement proposé par l'Académie de médecine, qui établit un équilibre entre la volonté d'anonymat des donneurs et la volonté des enfants de connaître leurs origines. Il ne s'agit donc pas de la levée de l'anonymat, mais de l'organisation d'un double circuit (le donneur choisit ou pas s'il accepte que son anonymat puisse un jour être éventuellement levé), comme la loi le permet dans d'autres pays européens.

Proposition de loi tendant à réformer la filiation

Article 1

À l'article 227-13 du Code pénal, les mots « , la simulation ou » sont remplacés par « ou la ».

Article 2

L'article 311-2 du Code civil est complété par l'alinéa suivant :

« L'invraisemblance biologique n'est pas une cause d'équivocité. »

Article 3

L'article 311-20 du même code est remplacé par :

« Le consentement visé à l'article L. 2141-6 du Code de la santé publique emporte reconnaissance prénatale au sens de l'article 316 du présent code. »

Article 4

Les articles 312, 313, 314, 315, 327, 328, 329, 342-6 du Code civil sont supprimés.

Article 5

Les articles 311-25 et 325 du même code sont supprimés.

Article 6

À l'article 16-11 du même code, l'alinéa 2 commençant par « Dans le cadre de mesures d'enquête » est complété par les mots « , hors le contentieux de la filiation » et l'alinéa 5 commençant par « En matière civile » est supprimé.

À l'article 310-1 du même code, les mots « , par l'effet de la loi » sont supprimés.

À l'article 310-3 du même code, les mots « par l'acte de naissance de l'enfant » sont supprimés.

À l'article 316 du même code, les mots « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être » sont remplacés par « La filiation peut être établie ».

Article 7

L'article 320 du même code est remplacé par :

« Le nombre de parents admis à établir la filiation avec un enfant n'est pas limité, pour autant qu'elle n'est pas contraire aux dispositions du présent titre. »

L'article 336-1 du même code est supprimé.

Le premier alinéa de l'article 311-21 est ainsi rédigé :

« Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de plus d'un parent au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit l'un des noms, soit leurs noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun

d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. »

Article 8

L'article 323 du même code est ainsi rédigé :

« Sa propre faculté de reconnaissance ou les actions relatives à la filiation peuvent faire l'objet de renonciation, consignée dans un acte notarié. Le requérant doit saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer l'acte.

Le juge homologue l'acte sauf s'il constate que le consentement du requérant n'a pas été donné librement. L'action obéit aux dispositions des articles 388-1 et 388-2. »

Article 9

L'article 332 du même code est ainsi rédigé :

« La filiation établie par reconnaissance peut être contestée en rapportant la preuve que le consentement a été privé d'effet ou que l'auteur de la reconnaissance n'a pas participé au projet parental. »

Article 10

L'article 342 du même code est ainsi rédigé :

« Toute personne qui, après s'être engagée dans le projet parental à l'origine de l'enfant, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers l'enfant.

L'enfant peut réclamer des subsides à cette personne.

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité. »

L'article 342-4 du même code est ainsi rédigé :

« Le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il n'a pas participé au projet parental. »

L'article 342-8 du même code est ainsi rédigé :

« L'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur. »

Article 11

L'article 16-8 du même code et l'article L. 1211-5 du Code de la santé publique sont ainsi rédigés :

« Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée si cette divulgation n'est pas autorisée par la loi. De même le donneur ne peut accéder à l'identité du receveur ni le receveur à celle du donneur si ces accès ne sont pas autorisés par la loi.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, les médecins du donneur et du receveur peuvent demander avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. »

Article 12

L'article L. 1244-7 du Code de la santé publique est ainsi rédigé :

« Le don de gamètes est anonyme. La personne donneuse peut, au moment du don, autoriser que l'anonymat soit levé. La ou les personnes receveuses sont informées qu'elles peuvent recourir soit à un don dont la levée de l'anonymat a été autorisée, soit à un don dont l'anonymat ne peut pas être levé.

Seul l'enfant né du don peut demander à connaître l'identité du donneur. S'il est mineur, il doit être capable de discernement et avoir l'accord de ses représentants légaux. Toutefois, s'il est décédé, ses descendants en ligne directe majeurs peuvent demander à connaître l'identité du donneur.

Lorsque l'enfant né du don est mineur ou décédé avant sa majorité, la communication de l'identité du donneur est subordonnée à l'accord de la personne ou des personnes receveuses. Lorsqu'il est majeur ou décédé après sa majorité la communication est de droit. »

Annexe : textes complets des articles modifiés

ANCIENNE RÉDACTION

NOUVELLE RÉDACTION

Article 1

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.

La tentative est punie des mêmes peines. »

Article 227-13 du Code pénal :

« La substitution volontaire ou la 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.

La tentative est punie des mêmes peines. »

Article 2

Article 311-2 du Code civil :

« La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque. »

Article 311-2 du Code civil :

« La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

L'invraisemblance biologique n'est pas une cause d'équivocité. »

Article 3

Article 311-20 du Code civil :

« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Article 311-20 du Code civil :

« Le consentement visé à l'article L. 2141-6 du Code de la santé publique emporte reconnaissance prénatale au sens de l'article 316 du présent code. »

Article 4

Article 312 du Code civil :

« L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. »

Article 313 du Code civil :

« La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois-cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent-quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation. »

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331. »

Article supprimé.

Article supprimé.

Article 4

Article 314 du Code civil :

« Si elle a été écartée en application de l'article 313, la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers. »

Article 315 du Code civil :

« Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles 313 et 314, ses effets peuvent être rétablis en justice dans les conditions prévues à l'article 329. »

Article 327 du Code civil :

« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée.

L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant. »

Article 328 du Code civil :

« Le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité.

Si aucun lien de filiation n'est établi ou si ce parent est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'action est intentée par le tuteur conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 408.

L'action est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers. À défaut d'héritiers ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle est dirigée contre l'État. Les héritiers renonçants sont appelés à la procédure pour y faire valoir leurs droits. »

Article supprimé.

Article supprimé.

Article supprimé.

Article supprimé.

Article 4

Article 329 du Code civil :

« Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité. »

Article supprimé.

Article 342-6 du Code civil :

« Les articles 327 alinéa 2, et 328 ci-dessus sont applicables à l'action à fins de subsides. »

Article supprimé.

Article 5

Article 311-25 du Code civil :

« La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. »

Article supprimé.

Article 325 du Code civil :

« À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise.

L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. »

Article supprimé.

Article 6

Article 16-11 du Code civil :

« L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

- 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire;
- 2° À des fins médicales ou de recherche scientifique;
- 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort.

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment.

Article 16-11 du Code civil :

« L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

- 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, hors le contentieux de la filiation;
- 2° À des fins médicales ou de recherche scientifique;
- 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées.

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment.

Article 6

Lorsque la recherche d'identité mentionnée au 3° concerne soit un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées, soit une victime de catastrophe naturelle, soit une personne faisant l'objet de recherches au titre de l'article 26 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité et dont la mort est supposée, des prélèvements destinés à recueillir les traces biologiques de cette personne peuvent être réalisés dans des lieux qu'elle est susceptible d'avoir habituellement fréquentés, avec l'accord du responsable des lieux ou, en cas de refus de celui-ci ou d'impossibilité de recueillir cet accord, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance. Des prélèvements aux mêmes fins sur les ascendants, descendants ou collatéraux supposés de cette personne peuvent être également réalisés. Le consentement exprès de chaque personne concernée est alors recueilli par écrit préalablement à la réalisation du prélèvement, après que celle-ci a été dument informée de la nature de ce prélèvement, de sa finalité ainsi que du caractère à tout moment révocable de son consentement. Le consentement mentionne la finalité du prélèvement et de l'identification.

Les modalités de mise en œuvre des recherches d'identification mentionnées au 3° du présent article sont précisées par décret en Conseil d'État. »

Lorsque la recherche d'identité mentionnée au 3° concerne soit un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées, soit une victime de catastrophe naturelle, soit une personne faisant l'objet de recherches au titre de l'article 26 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité et dont la mort est supposée, des prélèvements destinés à recueillir les traces biologiques de cette personne peuvent être réalisés dans des lieux qu'elle est susceptible d'avoir habituellement fréquentés, avec l'accord du responsable des lieux ou, en cas de refus de celui-ci ou d'impossibilité de recueillir cet accord, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance. Des prélèvements aux mêmes fins sur les ascendants, descendants ou collatéraux supposés de cette personne peuvent être également réalisés. Le consentement exprès de chaque personne concernée est alors recueilli par écrit préalablement à la réalisation du prélèvement, après que celle-ci a été dument informée de la nature de ce prélèvement, de sa finalité ainsi que du caractère à tout moment révocable de son consentement. Le consentement mentionne la finalité du prélèvement et de l'identification.

Les modalités de mise en œuvre des recherches d'identification mentionnées au 3° du présent article sont précisées par décret en Conseil d'État. »

Article 6

Article 310-1 du Code civil :

« La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.

Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre. »

Article 310-3 du Code civil :

« La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état.

Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action. »

Article 316 du Code civil :

« Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi. »

Article 310-1 du Code civil :

« La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.

Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre. »

Article 310-3 du Code civil :

« La filiation se prouve par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état.

Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action. »

Article 316 du Code civil :

« La filiation peut être établie par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi. »

Article 7

Article 320 du Code civil :

« Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. »

Article 336-1 du Code civil :

« Lorsqu'il détient une reconnaissance paternelle prénatale dont les énonciations relatives à son auteur sont contredites par les informations concernant le père que lui communique le déclarant, l'officier de l'état civil compétent en application de l'article 55 établit l'acte de naissance au vu des informations communiquées par le déclarant. Il en avise sans délai le procureur de la République qui élève le conflit de paternité sur le fondement de l'article 336. »

Article 320 du Code civil :

« Le nombre de parents admis à établir la filiation avec un enfant n'est pas limité, pour autant qu'elle n'est pas contraire aux dispositions du présent titre. »

Article supprimé.

Article 7

Article 311-21 du Code civil :

« Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique.

En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant.

Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou de l'article 357 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs.

Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants. »

Article 311-21 du Code civil :

« Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de plus d'un parent au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit l'un des noms, soit leurs noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique.

En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant.

Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou de l'article 357 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs.

Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants. »

Article 8

Article 323 du Code civil :

« Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation. »

Article 323 du Code civil :

« Les actions relatives à la filiation peuvent faire l'objet de renonciation, consignée dans un acte notarié. Le requérant doit saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer l'acte.

Le juge homologue l'acte sauf s'il constate que le consentement du requérant n'a pas été donné librement. L'action obéit aux dispositions des articles 388-1 et 388-2. »

Article 9

Article 332 du Code civil :

« La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. »

Article 332 du Code civil :

« La filiation établie par reconnaissance peut être contestée en rapportant la preuve que le consentement a été privé d'effet ou que l'auteur de la reconnaissance n'a pas participé au projet parental. »

Article 10

Article 342 du Code civil :

« Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception.

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité.

L'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code. »

Article 342-4 du Code civil :

« Le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant. »

Article 342-8 du Code civil :

« La chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité.

L'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation paternelle de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur. »

Article 342 du Code civil :

« Toute personne qui, après s'être engagée dans le projet parental à l'origine de l'enfant, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers l'enfant.

L'enfant peut réclamer des subsides à cette personne.

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité. »

Article 342-4 du Code civil :

« Le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il n'a pas participé au projet parental. »

Article 342-8 du Code civil :

« L'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur. »

Article 11

Article L. 1211-5 du Code de la santé publique :

« Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.

Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique. »

Article L. 1211-5 du Code de la santé publique :

« Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée si cette divulgation n'est pas autorisée par la loi. De même le donneur ne peut accéder à l'identité du receveur ni le receveur à celle du donneur si ces accès ne sont pas autorisés par la loi.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, les médecins du donneur et du receveur peuvent demander avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. »

Article 12

Article L. 1244-7 du Code de la santé publique :

« Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme.

La donneuse d'ovocytes doit être particulièrement informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire. Elle est informée des conditions légales du don, notamment du principe d'anonymat et du principe de gratuité. Elle bénéficie du remboursement des frais engagés pour le don. »

Article L. 1244-7 du Code de la santé publique :

« Le don de gamètes est anonyme. La personne donneuse peut, au moment du don, autoriser que l'anonymat soit levé. La ou les personnes receveuses sont informées qu'elles peuvent recourir soit à un don dont la levée de l'anonymat a été autorisée, soit à un don dont l'anonymat ne peut pas être levé.

Seul l'enfant né du don peut demander à connaître l'identité du donneur. S'il est mineur, il doit être capable de discernement et avoir l'accord de ses représentants légaux. Toutefois, s'il est décédé, ses descendants en ligne directe majeurs peuvent demander à connaître l'identité du donneur.

Lorsque l'enfant né du don est mineur ou décédé avant sa majorité, la communication de l'identité du donneur est subordonnée à l'accord de la personne ou des personnes receveuses. Lorsqu'il est majeur ou décédé après sa majorité la communication est de droit. »

Table des matières

Introduction	6
1. Pourquoi la « présomption de parenté » est une fausse bonne idée?	8
2. La reconnaissance et la présomption sont dans un bateau... ..	12
3. Le contentieux de la filiation : le nœud du problème	14
4. La GPA et la PMA n'ont rien à voir?	18
5. La filiation par PMA	22
6. L'indisponibilité de l'état des personnes	26
7. De l'abandon d'enfants	30
8. Des Marius irresponsables et des Fannys filles-mères	34
9. Vers l'indifférentialisme	38
Proposition de loi tendant à réformer la filiation	45

