

Le mariage et l'adoption par les couples homosexuels : la question juridique

Entretien avec Françoise Dekeuwer-
Défossez* réalisé par Marie Boëton**

** Journaliste à *La Croix*.

Dans le contexte du projet de loi sur le mariage et l'adoption par les couples homosexuels présenté en Conseil des ministres le 31 octobre dernier, nous avons interrogé Françoise Dekeuwer-Défossez sur le volet juridique de cette proposition et ses implications.

– Le mariage est codifié dans le Code civil sans être réellement défini puisque ni sa signification, ni sa vocation ne sont explicitées. Comment expliquer qu'une institution aussi centrale dans l'organisation sociale n'ait jamais fait l'objet d'une définition plus précise ?

– Françoise Dekeuwer-Défossez : Je crois plutôt que personne n'a éprouvé le besoin de définir le mariage. Sa définition allait totalement de soi au moment de la rédaction du Code civil en 1804. Au fond, le mariage, tout comme la filiation d'ailleurs qui n'est elle-même jamais réellement définie, relevaient de l'évidence. Jean Carbonnier disait souvent du mariage qu'il était la coutume la plus universelle de l'humanité. À juste titre. De nombreux traités internationaux consacrent le droit au mariage (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York, la Convention européenne des droits de l'homme...). Et ces textes, eux non plus, ne le définissent pas.

* Professeur de droit privé à l'Université de Lille.

– *Qu'est-ce qui, dans l'histoire, a présidé à l'institution du mariage ? Quelle était sa mission première ? La réforme visant à l'ouvrir aux couples de même sexe change-t-elle profondément sa vocation ?*

– Le mariage a pour fonction première d'organiser la filiation et de reconnaître officiellement une lignée aux hommes. Les femmes deviennent évidemment mères en accouchant. Mais *quid* des hommes ? C'est grâce à la « présomption de paternité » – qui est automatiquement reconnue dans le cadre du mariage – qu'ils deviennent pères et qu'ils s'ancrent dans une lignée. Tout enfant né au sein du mariage est en effet présumé être l'enfant du conjoint de la mère biologique de ce même enfant parce que c'est conforme à la vraisemblance, et cohérent avec l'obligation de fidélité des époux. Cette présomption de paternité a d'ailleurs longtemps été irréfragable. Ce n'est que depuis une époque récente qu'on peut la contester, via la preuve ADN notamment. Dans ce contexte, ouvrir le mariage aux couples de même sexe n'a évidemment plus rien à voir avec cette conception originelle du mariage. On ne peut, en effet, reconnaître une quelconque « présomption de parenté » au sein des couples homosexuels : l'enfant biologique de l'un des deux conjoints ne peut, par définition, être l'enfant biologique de l'autre. Ainsi, le mariage des couples de même sexe n'a donc pas pour fonction première d'organiser et de sécuriser juridiquement la filiation, c'est avant tout un acte censé symboliser l'amour que se portent deux êtres.

– *Mais le mariage n'avait-il pas déjà cette signification pour les couples hétérosexuels ?*

– Si, tout à fait. Le sens du mariage a radicalement changé avec la reconnaissance du divorce à la fin du xix^e. Cette réforme trouve son origine dans une évolution très lente engagée à partir du xvii^e siècle, époque à partir de laquelle on a commencé à valoriser le sentiment amoureux. En effet, au fil du temps, le mariage est petit à petit venu consacrer l'amour réciproque qu'éprouvent deux individus l'un envers l'autre. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas souhaité, à l'époque, y faire référence par peur de mélanger la dimension juridique du mariage et sa dimension sentimentale. Mais qu'importe, en fondant le mariage sur l'amour on

en est venu à fragiliser sa dimension contractuelle. Et le désamour a très logiquement débouché sur le divorce... Ainsi le mariage est passé du statut de contrat-institution organisant la filiation au sein du couple à celui d'union de deux individus amoureux. Et dans ce contexte, on peut comprendre l'émergence de l'opinion selon laquelle il n'y a aucune raison qu'on ne symbolise pas de la même façon l'amour que se portent deux êtres de même sexe.

– *Certains voient dans l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe un bouleversement radical du mode de filiation. Partagez-vous ce point de vue ?*

– Absolument. La réforme envisagée par le gouvernement – qui préconise d'ouvrir l'adoption aux couples homosexuels – va entraîner selon moi une refondation totale de la filiation. Pour le comprendre, il est utile de revenir aux fondamentaux. L'ensemble de la communauté humaine est née d'un homme et d'une femme et les règles actuelles de la filiation se fondent sur cette réalité incontestable. Reconnaître deux mères ou deux pères à un enfant bouleverse radicalement les liens établis jusqu'ici entre les générations. Reconnaître un lien de parenté entre un enfant et la conjointe de sa mère (ou le conjoint de son père) revient à ne plus fonder la filiation sur l'engendrement biologique mais sur la volonté. Cette dernière est nécessairement beaucoup plus fragile que le lien biologique. La volonté peut en effet évoluer. Pouvons la logique jusqu'au bout : de même que deux adultes peuvent divorcer en mettant fin au contrat de mariage qui les unit, de même le « parent social »¹ d'un enfant peut revenir sur la volonté qui était la sienne à sa naissance de l'élever (même si la filiation adoptive est irrévocable). On peut craindre qu'un tel type de filiation ne soit pas suffisamment sécurisant pour l'enfant, outre qu'il revient à détacher totalement la filiation de son substrat biologique fondé sur l'altérité des sexes.

1. Le parent social est le conjoint(e) du parent biologique de l'enfant.

– *Mais certains pères quittent le foyer conjugal sans plus jamais renouer le contact avec leurs enfants, mettant à mal le lien de filiation qui devrait les unir à leur progéniture. Que dire de ces situations ?*

– Ce n'est en rien comparable. Il y a, d'un côté, des couples qui font ce qu'ils peuvent face aux situations devant

lesquelles la vie les a mis et, de l'autre, des couples qui décident sciemment d'opter pour un projet parental qui privera automatiquement leur enfant de l'un de ses parents biologiques. Un enfant ne se programme pas comme un ordinateur. Ce n'est pas un objet, mais un sujet. À ce titre, il a des droits, à commencer par celui de connaître ses parents. Il a, par ailleurs, vocation à être élevé par eux. Or, par définition, le projet parental des couples homosexuels bafoue ce droit élémentaire. Qu'on me comprenne bien toutefois, je ne suis pas en train de dire que l'épanouissement et le bonheur des enfants élevés au sein de familles homoparentales sont nécessairement compromis. Je pense simplement qu'ils sont le produit d'un désir parental ayant dès le départ fait fi de certains de leurs besoins et de leurs droits les plus élémentaires.

– À vous entendre, le « droit à l'enfant » revendiqué par les couples de même sexe met à mal les « droits de l'enfant » ?

– Je le crois, oui. Les adultes changent les règles de la filiation et les enfants sont priés de faire avec, un point c'est tout. Nous sommes en train de faire primer les désirs des adultes sur les droits fondamentaux des enfants. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les premiers se fassent plus entendre que les seconds. La parole d'un enfant est, par définition, plus difficile à recueillir et dérange souvent les projets des adultes. Les couples homosexuels ne sont cependant pas les seuls à faire fi des intérêts de l'enfant. Certaines procédures de divorce particulièrement violentes le montrent tous les jours...

– Les célibataires homosexuels ne sont-ils pas, par ailleurs, autorisés à adopter un orphelin ?

– En droit, c'est vrai. Mais dans les faits c'est rarissime. En 2008, une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a en effet condamné la France pour avoir refusé de délivrer un agrément d'adoption à une célibataire² au motif qu'elle était homosexuelle. Le raisonnement des juges européens est le suivant : autant un pays peut n'autoriser l'adoption qu'aux seuls couples mariés (ce qui, jusqu'à nouvel ordre, exclut donc les couples homosexuels), autant s'il permet l'adoption aux célibataires il n'est pas autorisé à les discriminer en fonction de leur orientation sexuelle. Cette décision a, à

2. Les célibataires peuvent adopter en France depuis une loi de 1966.

l'époque, fait couler beaucoup d'encre. Mais, dans les faits, les Conseils généraux sont toujours assez réticents à délivrer les agréments aux personnes homosexuelles, même s'ils ne fondent pas leur refus sur le mode de vie de ceux qui demandent l'agrément. Et surtout, vu la pénurie d'enfants adoptables aussi bien en France qu'à l'étranger, très peu d'enfants sont confiés à des célibataires, homosexuels ou non.

– Le projet actuel du gouvernement prévoit d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe. Comment, concrètement, de telles procédures pourraient-elles voir le jour ?

– À l'international, ne nous leurrions pas, les homosexuels n'auront quasiment aucune chance de se voir confier un petit orphelin. En effet, l'immense majorité des pays d'origine des enfants adoptables rejette ce type d'union. Quant aux enfants adoptables en France, ils sont en nombre très limités. On ne dénombre pas plus de 600 naissances sous X chaque année. En réalité, le projet porté par Christiane Taubira permettra surtout l'adoption intra-familiale. Cette réforme va donc offrir à ces enfants – qui ont déjà un lien établi avec leur parent biologique – un lien de filiation avec leur « parent social ». Aujourd'hui, soit il n'a aucun lien officiel avec ce dernier, soit il est lié à lui via une délégation d'autorité parentale. Dans ce cas, le parent social peut prendre toute une série de décisions concernant l'enfant, et ce jusqu'à ses 18 ans. Aucun droit ou devoir ne les lie par la suite. Si la loi passe, le parent social pourra adopter l'enfant de son conjoint. Il s'agira d'une adoption simple si l'enfant a une filiation établie par ailleurs (cas de la « coparentalité »). S'il s'agit d'un enfant n'ayant pas d'autre parent légal (cas des enfants nés d'insémination artificielle avec sperme de donneur), l'adoption pourra être plénière et l'enfant aura deux parents de même sexe dotés exactement des mêmes prérogatives. Le lien de filiation ainsi créé ne pourra pas être remis en cause, et les deux parents partageront l'autorité parentale sur l'enfant. L'adoption offre des droits beaucoup plus étendus que la simple délégation d'autorité parentale puisqu'elle permet de donner son nom aux enfants et de leur transmettre son patrimoine.

– Pour des raisons anatomiques qui n'échappent à personne, les couples de même sexe ne peuvent procréer. Comment s'y prennent-ils, dès lors, pour devenir parents malgré tout ?

– Les couples de femmes peuvent recourir à un don de gamète en se présentant dans les services d'aide médicale à la procréation belges ou espagnols. Pour l'heure en effet, les femmes qui ne sont ni mariées ni en couple hétérosexuel (qu'elles soient lesbiennes ou célibataires) ne peuvent avoir accès à l'aide médicale à la procréation (AMP) en France. Mais elles peuvent aller dans certains pays limitrophes qui acceptent ces demandes. De retour dans l'Hexagone, la mère biologique de l'enfant est reconnue comme telle par les autorités françaises. Sa compagne, avec qui elle a parfois contracté un PACS, peut obtenir des tribunaux une délégation-partage d'autorité parentale sur l'enfant, qui est ainsi sous l'autorité parentale conjointe des deux femmes.

Les couples d'hommes doivent recourir aux services d'une mère porteuse, en allant en Ukraine, aux États-Unis ou en Inde. En effet, la gestation pour autrui (GPA) est formellement proscrite en France. Une fois l'enfant né à l'étranger, son père fait reconnaître sa filiation avec lui et rentre en France. Mais en raison du refus français de donner des effets juridiques aux gestations pour autrui, le compagnon ne peut pas obtenir de droits sur l'enfant.

Enfin, dernière possibilité, il arrive aussi que deux couples – l'un composé de deux lesbiennes et l'autre de deux gays – optent pour un projet parental commun. L'enfant né de leur union peut être exclusivement confié à l'un des deux couples, soit vivre en alternance dans les deux familles à l'instar des enfants de divorcés. Le mode de vie choisi par ces deux couples n'a aucune reconnaissance légale. Officiellement, l'enfant n'a de lien de filiation qu'avec ses deux parents biologiques. Et les hypothèses de conflit entre les deux couples ne sont pas rares comme le montre la jurisprudence.

– Le projet de loi ne prévoit pas d'ouvrir l'aide médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA) aux couples homosexuels. Or, on constate que les pays européens ayant ouvert l'adoption aux couples de même sexe ont fini, petit à petit, par leur ouvrir aussi l'AMP. Pensez-vous que la France y viendra elle aussi ?

– Bien évidemment ! Comme je le disais, les couples homosexuels ne réussiront pas adopter de petits orphelins. La seule façon pour eux de devenir parents sera de passer par un donneur ou une donneuse. Ils continueront donc d'aller à

l'étranger. Ce qui m'amène à penser au fond que le gouvernement avalise, sans l'avoir officiellement autorisée, l'extension aux femmes célibataires ou en couple homosexuel de l'aide médicale à la procréation. Dans ce contexte, nous finirons par leur ouvrir officiellement l'AMP, c'est inéluctable. Notamment parce que, sans cela, nous laissons se pérenniser une certaine forme d'inégalité entre les couples homosexuels ayant les moyens d'aller à l'étranger et les autres. Et si les lesbiennes peuvent avoir recours à l'AMP, le refus de la GPA au bénéfice des gays sera difficile à tenir.

– *Est-ce réellement la seule alternative ? Certains couples homosexuels ne demandent-ils pas, parfois, à un(e) ami(e) de leur offrir sa semence afin de procréer de façon naturelle sans avoir à passer par un service de PMA ?*

– Cela arrive en effet, mais cela reste marginal. Ce type de situation a le mérite de permettre à l'enfant de connaître ses deux parents biologiques, ce qui n'est *a priori* pas le cas au sein des familles homoparentales. Mais ces configurations familiales restent très rares tout simplement car il est difficile de faire intervenir trois, voire quatre « parents » auprès d'un même enfant. Prenons l'exemple d'un couple de lesbiennes ayant procréé à l'aide d'un ami leur ayant « offert » ses gamètes. Quel sera le statut de ce père biologique dès lors que la conjointe de la mère de l'enfant pourra, comme le propose le gouvernement, adopter ce dernier ? Il faudra qu'il consente à cette adoption, qui ne pourra être qu'une adoption simple. On imagine les difficultés et litiges que pourra engendrer une telle situation.

– *Si, comme vous le supputez, le recours à l'AMP à l'étranger reste la norme, voire se généralise, cela ne risque-t-il pas de relancer le débat autour de l'anonymat des dons de gamètes ? On sait en effet que nombre d'enfants nés de la sorte réclament de pouvoir avoir accès à leurs origines.*

– Il n'est pas exclu que l'anonymat soit levé. Que dit sur ce point la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? Comme souvent, elle laisse aux États le droit d'encadrer et de limiter comme bon leur semble l'accès aux origines en matière de naissance sous X. Et ce au motif que les femmes optant pour ce type d'accouchement se

trouvent dans une extrême détresse. Mais le don de gamètes réalisé dans le cadre de l'aide médicale à la procréation (à la demande des couples homosexuels ou hétérosexuels) ne relève pas, lui, de la même logique. Nous ne faisons pas face à des situations humainement insoutenables. Il n'est donc pas exclu que les juges européens demandent, dans ces cas-là, la levée de l'anonymat du donneur afin de satisfaire aux droits de l'enfant, en particulier celui d'avoir accès à ses origines. D'ailleurs, un certain nombre de pays ont levé l'anonymat, à commencer par le Royaume-Uni.

– Sait-on, aujourd'hui, combien d'enfants en France sont élevés au sein de foyers homoparentaux ?

– On l'ignore avec précision. Il y a quelques années, l'Ined a avancé le chiffre de 40 000. Il faut toutefois le prendre avec beaucoup de précaution. En effet, un certain nombre d'enfants sont probablement élevés au sein de couples ne se présentant pas officiellement comme homosexuels. Les associations assurent, pour leur part, que ces enfants seraient près de dix fois plus nombreux que ce qu'avance l'Ined. Difficile de dire...

– Qu'est-ce qui fait qu'une évolution sociologique – en l'espèce l'augmentation du nombre de familles homoparentales – finit par aboutir à une réforme du Code civil ? Cela découle-t-il de l'ampleur du phénomène, d'une évolution profonde des mentalités ou de la volonté du législateur d'encadrer une pratique qui, de fait, existe ?

– Plusieurs raisons président à cette réforme. On assiste d'abord à une évolution profonde de la société quant à son rapport au sexe et au genre. Rappelons, par exemple, que certains militent activement pour qu'il ne soit pas fait mention de notre sexe à l'état civil afin que chacun reste libre de se définir sexuellement comme il l'entend... On assiste aussi à une remise en question du poids de la nature, et ce au profit de la culture. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'il faut replacer les revendications des couples homosexuels : ils estiment en effet que la filiation n'a plus à être établie sur le seul engendrement biologique – qui n'aurait pas de sens en lui-même – mais sur la volonté. Je crois, par ailleurs, que la réforme voit le jour dans un contexte de repli de chacun sur soi et d'indifférence vis-à-

vis des autres. Nombre de Français disent ne pas être concernés par le projet du gouvernement. Combien de fois entend-on dire : « le mariage gay, pourquoi pas si ça leur fait plaisir. » Sans doute faut-il voir dans ce type de réaction la marque de l'individualisme du moment... J'ajoute, pour conclure, que les discriminations dont ont été victimes les homosexuels pendant des siècles, et même encore actuellement, expliquent sans doute aussi leurs revendications du moment, ainsi que l'écoute favorable qu'elles reçoivent.

– *D'ailleurs, leur interdire le droit de se marier et d'adopter ne constitue-t-il pas une discrimination ?*

– La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, encore elle, est très claire sur le sujet : elle permet aux États de légiférer comme ils l'entendent en la matière. Pour elle, on ne peut à proprement parler de discrimination car il existe des différences objectives entre couples homosexuels et les autres (les uns peuvent procréer par exemple, ce qui n'est pas le cas des autres), ce qui justifie des législations différentes. En droit, il n'y a discrimination que si l'on constate une différence de traitement entre deux situations identiques. Tout l'enjeu est évidemment de savoir ce que sont des « situations identiques » ! Les associations homosexuelles diront, elles, que les couples de même sexe sont parfaitement identiques aux autres couples (de par l'amour qu'ils se portent par exemple) et qu'ils sont donc victimes de discrimination.

– *Au fond, quelle conception de l'égalité et du sujet de droit préexiste à l'ouverture du « mariage pour tous » ?*

– Aujourd'hui, nous n'envisageons plus l'égalité que sous l'angle de l'identité. On ne peut être considérés comme égaux que si l'on dispose de droits parfaitement identiques. Dans ce contexte, les couples homosexuels réclament exactement les mêmes prérogatives que les autres. C'est d'ailleurs au nom de cette même logique que les couples gays revendiquent de pouvoir créer une famille comme le font les lesbiennes (et ce malgré des différences anatomiques indéniables) ce qui obligerait à légaliser la gestation pour autrui.

– *Certains maires, opposés à la réforme, souhaiteraient pouvoir invoquer une « clause de conscience » afin de se déga-*

ger de leurs obligations et pouvoir ainsi ne pas procéder au mariage des couples de même sexe. Leur demande peut-elle aboutir ?

– Je ne le crois pas. Il semble impensable que certaines mairies refusent de marier les homosexuels, et ce au nom de la continuité du service public sur l'ensemble du territoire. On peut, en revanche, imaginer que les adjoints aux maires se « répartissent » les mariages. Ceux qui seront favorables au mariage homosexuel les célébreront et les autres se cantonneront aux mariages hétérosexuels. Les choses risquent peut-être d'être un peu plus compliquées dans les toutes petites mairies rurales où le maire n'est entouré que de deux ou trois adjoints. Mais, quoi qu'il en soit la loi de la République devra s'appliquer partout, sous peine de poursuites.

Françoise Dekeuwer-Défossez
Propos recueillis par Marie Boëton



Retrouvez le dossier
**« Le mariage
homosexuel »** sur
www.revue-etudes.com