



HAL
open science

Volonté et filiation : la confusion des genres

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Volonté et filiation : la confusion des genres. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2019, 03, pp.703. halshs-02453045

HAL Id: halshs-02453045

<https://shs.hal.science/halshs-02453045>

Submitted on 26 Jun 2023

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

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

Volonté et filiation : la confusion des genres

C. Pérès, Lien biologique et filiation : quel avenir ?, D. 2019. 1184 ; C. Neirinck, Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle, JCP 2019. 351 ; I. Corpart, Sort de deux enfants issus d'une GPA après la rupture du couple homoparental, RJPF 2019. 30 ; A. Roy, Un parent, c'est bien, mais deux c'est mieux...Et que dire de trois, voire quatre ?, RJPF 2019. 48

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Toutes les contributions citées interrogent le rapport entre volonté et filiation à travers le prisme de l'homosexualité qui implique de bouleverser le schéma de la filiation. Dans quelle mesure cette refonte de la filiation impose-t-elle une confusion des genres dans laquelle la différence sexuée ne sera plus le critère de la filiation ?

Cécile Pérès pose parfaitement le cadre du débat. Aujourd'hui, la filiation biologique est le modèle (p. 1186). L'adoption, forme de filiation volontaire, l'a certes concurrencée en droit romain mais les juristes médiévaux ont réaffirmé que l'adoption ne pouvait qu'imiter la filiation naturelle (p. 1185). La quête de l'homoparenté conduirait alors à privilégier « une filiation élective, libérée de tout mimétisme biologique » (p. 1188). Il existerait ainsi par exemple la possibilité d'avoir deux mères grâce au don de gamètes. L'une des mères le serait au sens génétique (par le don de gamètes) et l'autre au sens gestatif (par l'accouchement). Cependant, l'accès aux origines (qui implique de connaître le donneur de sperme) rappelle le poids des liens du sang dans lequel « se reconstitue un "erstaz" ou un "dérivé" de filiation puisant sa force dans l'élément biologique » (p. 1189). S'il paraît difficile de construire une filiation faisant abstraction de la biologie, nous nous orientons toutefois, selon Cécile Pérès, vers un modèle où les catégories de père et mère deviendraient pleinement disponibles et laissées au libre choix des personnes (p. 1190).

Claire Neirinck montre elle aussi avec une grande clarté les conséquences de l'extension de l'assistance médicale à la procréation à toutes les unions. Toujours conçue comme palliative au regard d'une déficience biologique, la procréation assistée est en passe de devenir constitutive d'un nouveau « droit à l'enfant » pour les célibataires ou les unions homosexuelles (p. 610). L'efficacité de l'extension suppose une déssexualisation de la procréation et plus généralement de celle des couples afin que la dualité de sexes ne soit plus un référent ou un modèle. Nous sommes ainsi à l'aube d'une filiation contractuelle (p. 613) fondée sur un projet parental qui implique de fil en aiguille la marchandisation des gamètes et, en définitive, celle des enfants. Le corollaire final consisterait à fonder la filiation sur une volonté autoproclamée d'être parent (p. 616) permettant ainsi de reconnaître une double maternité ou paternité. « Le contrat remplace l'institution » (p. 617).

Isabelle Corpart fournit un exemple parfaitement illustratif de cette situation où deux hommes français mariés en Espagne et ayant eu recours à une gestation pour autrui en Californie divorcent en France. Aujourd'hui, seul le père biologique peut être reconnu, le partenaire ne pouvant avoir recours qu'à l'adoption (p. 32). Dans la décision commentée du TGI de Bordeaux, l'interdiction de l'homoparenté (deux parents de même sexe) n'a pas fait obstacle à la gestion de l'homoparentalité (autorité parentale partagée), ce qui inviterait le législateur à étudier l'hypothèse d'une filiation dés sexuée (p. 34).

Alain Roy traite quant à lui d'un exemple québécois dans lequel deux femmes et un homme s'étaient contractuellement entendus pour être chacun reconnu comme parent à l'état civil. Ce fut cependant un échec car les juges québécois ont appliqué les règles relevant de la filiation par le sang et non les règles de la procréation assistée : la femme n'ayant pas accouché n'a pu être inscrite à l'état civil comme mère. L'auteur montre pourtant que certains États ont accepté la possibilité de trois parents, voire quatre qui sont respectivement la mère porteuse, le donneur et les deux parents d'intention (p. 51). La volonté concurrence la biologie puisque les parents d'intention s'ajoutent aux liens du sang.

L'ensemble des contributions montrent que, contrairement à ce qui a pu être soutenu politiquement, le PACS, puis le mariage pour tous ont bien désormais des échos en droit de la filiation. Le mariage institue la famille qui elle-même repose sur la filiation : l'influence de l'un sur l'autre était inévitable. Or le modèle volontaire de filiation est en passe de devenir principal puisque les couples de même sexe ne peuvent se définir sur la base de leur complémentarité biologique ; le critère essentiel de leur identification est leur commune volonté de vivre ensemble et la filiation corrélative se doit alors de puiser à la même racine. Toutefois, cette égalisation abstraite et absolue consiste à traiter de façon identique des réalités qui ne le sont pas. Sauf hypothèse de clonage, la fécondation est un élément biologique incontournable. La trace du père ou de la mère dans l'ADN de l'enfant est un lien naturel difficile à écarter et que le droit a toujours enregistré presque malgré lui.

Ces considérations permettent de montrer que l'évolution du droit de la famille ne porte pas sur ses conditions d'application mais sur ses présupposés fondamentaux. Ainsi, la différence de sexe n'a jamais été une condition de la validité du mariage mais son présupposé, un élément qui déterminait la possibilité même d'appliquer la loi. La filiation repose sur un présupposé semblable et son fondement réside dans les liens biologiques. L'adoption ne contredit pas cette réalité biologique et s'affirme comme une fiction. Pour ne plus l'être, l'adoption supposerait de reconnaître la volonté comme un mode pleinement efficace d'établissement de la filiation à l'égal de la réalité biologique (F. Rouvière, *Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique*, Gaz. Pal. 6 mars 2013, p. 7).

Toutefois, l'égalité pure et simple des filiations volontaires et charnelles n'est pas viable à long terme. Les empêchements à mariage sont fondés sur les liens de sang. Le contrat de mère porteuse l'est également. La hiérarchie entre le sang et la volonté est fondatrice : la délégation d'autorité parentale témoigne implicitement du primat accordé au sang.

Certes, le droit est libre de ses catégories mais la mise à distance totale du réel dans des matières aussi « charnelles » touche bien plus qu'à la seule technique juridique. Pierre Legendre a bien montré que le droit perpétue la filiation en lui fixant une forme (*L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, p. 315). La forme juridique est certes une création mais elle accueille une réalité préexistante. Peut-on alors traiter le droit comme un monde en soi, totalement indépendant des réalités matérielles ? Le monde réel et ses relations sont le présupposé du droit sans lequel il n'aurait pas d'intérêt et ne serait qu'un jeu abstrait. La fonction principale du droit a toujours été d'organiser et de consolider les liens sociaux et économiques et non d'en créer de nouveaux. C'est bien pourquoi le droit du contrat est ancré dans sa fonction d'échange économique et le droit de la filiation dans sa fonction généalogique. L'aspect troublant d'une filiation contractuelle est qu'elle dévoile un moment où le droit se pose comme fondement des relations sociales et non comme son prolongement.

En définitive, la question ultime est : qu'est-ce qu'un parent ? Celui qui le veut (sociologiquement) ? Celui qui le peut (biologiquement) ? Celui que le droit désigne comme tel (techniquement) ? Aujourd'hui, la hiérarchie est pensée dans l'ordre qui suit : 1° la biologie, 2° la sociologie, 3° le droit (qui enregistre et prolonge les deux autres). La nature est bien encore notre modèle. Peut-on proposer une totale inversion en allant du droit vers la biologie ? On ne peut qu'être perplexe sur le fait que ce serait conférer au législateur le rôle d'un démiurge : il pourrait créer, instituer et consacrer des catégories déclarées comme devant être la base des rapports sociaux, comme si le droit avait pour fonction d'engendrer le lien social, comme si le droit était le présupposé de la vie sociale alors que c'est l'inverse, au moins depuis le droit romain. Les théories du contrat social nous ont certes habitués à ce type de raisonnement mais faire d'elles des réalités historiques relève de la confusion : celle du symbole et du réel (ce que les philosophes appellent une « hypostase »). La consécration d'une filiation volontaire n'est-elle pas du même ordre ? Mettre la volonté à la place de la réalité, n'est-ce pas traiter les catégories juridiques comme des entités plus réelles que le réel lui-même ? N'est-ce pas oublier leur inévitable aspect construit ? Ce glissement s'explique par le fait que le droit ne trouve plus son fondement dans une morale ou une éthique préexistante mais est en passe de devenir lui-même sa propre morale ou éthique. Si le droit est avant tout une forme technique (puissant mécanisme d'argumentation et d'interprétation), alors les questions fondamentales lui échappent : elles relèvent d'une philosophie politique et morale. Le refus de la

confusion des genres donne à voir cette spécificité du droit.