

La parenté et la loi « Mariage pour tous »

Réflexions sur l'établissement de la filiation

Céline KUHN

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de La Réunion

La parenté ? Vaste question ! Si vaste que le Législateur s'est bien gardé d'en donner une définition. Le dictionnaire Larousse retient en première acception que la parenté constitue « *la relation de consanguinité ou d'alliance qui unit des personnes entre elles* »¹. La notion connaît ainsi une dimension biologique mais pas uniquement, la référence à « l'alliance » induit une dimension sociale non négligeable. D'un point de vue étymologique, le mot se nourrit du vocable latin *parens, tis* – le père ou la mère², qui lui-même trouve son origine dans l'adjectif *par, is* – pareil, égal. La parenté marque l'appartenance d'un individu à un groupe, à savoir le groupe familial qu'il intègre grâce à son ascendance et dont il constitue un élément, un maillon. La notion peut ainsi se concevoir sous trois dimensions :

– **la parenté est un lien** qui marque l'existence d'un rapport entre des individus (relation parents/enfant) ;

– **la parenté détermine une place** au sein d'un ensemble d'individus (relation famille/enfant) ;

– **la parenté symbolise une équivalence**, une fongibilité des individus (relation Société/famille).

Ces trois dimensions de la notion de parenté connaissent ou ont connu une réalité juridique. Le lien, c'est le lien de filiation qui établit aux yeux du Droit les qualités de mère, père et d'enfant ; la place, c'est la hiérarchie au sein de la famille et l'on pense à la question de l'autorité parentale mais à l'ordre successoral en matière de dévolution légale. L'équivalence, c'est l'idée que l'individualité des membres qui composent la famille s'efface derrière une dimension collective. Cela s'est traduit dans l'Ancien Droit par le régime applicable aux immeubles dont la vocation familiale empêchait toute emprise individuelle de leur propriétaire relégué à la fonction de *fiduciaire* de ce patrimoine familial. Destiné

¹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/parent%C3%A9/58146>

² GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 2001, p526.

à être transmis de génération en génération, le bien immobilier était appelé « héritage »³. Le traitement juridique des « biens de famille » est encore aujourd'hui construit sur modèle. L'individualité cède devant le collectif, l'essentiel étant qu'un membre de la famille assure le passage de témoin à la génération suivante.

La parenté est à distinguer de la parentalité qui constitue la « *fonction parentale de prise en charge, d'éducation et de protection de l'enfant, indépendamment de l'existence d'un lien généalogique et juridique* »⁴. Le plus souvent parenté et parentalité sont associées mais ce n'est pas toujours le cas, la situation du beau-parent est en une illustration parfaite : il peut remplir la fonction de parent mais pour le Droit, il n'est pas le parent de l'enfant qu'il a élevé. Ces situations insatisfaisantes tant humainement que juridiquement ont conduit à nombreuses réflexions⁵ et continuent de produire du débat. La Famille, l'un des piliers du droit civil selon Carbonnier⁶, assiste depuis le début du XXI^{ème} siècle à un profond bouleversement de ses fondamentaux. La notion a connu un renouvellement de son acception et se définit désormais par la diversité de ses manifestations : famille au sens clanique du terme, famille nucléaire, famille recomposée, famille monoparentale, famille homoparentale.

La Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe constitue sans doute une tentative du Législateur d'adapter le Droit⁷ aux évolutions de la Société. Ce texte marque l'abandon de la condition d'altérité sexuelle pour la formation du mariage puisqu'il dispose désormais que « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Les époux se déclinent en époux/épouse, épouse/épouse et époux/époux. Le mariage est traditionnellement conçu comme l'antichambre de la famille, les conjoints sont par conséquent des parents en puissance. L'importance de la présomption de paternité érigée en principe du droit de la filiation l'illustre parfaitement. Les époux sont programmés pour être des parents, mariage et parenté ont toujours rimé⁸. Cette réalité n'a pas empêché notre *corpus* d'admettre

³ J.-Ph. LEVY – A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2002, n°215, pp. 271-272.

⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2023, p.766.

⁵ Ministère des affaires sociales et de la santé – Ministère délégué chargé de la famille, *Filiation, origines et parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiations, origines, parentalité (Irène Théry, présidente – Anne-Marie Leroyer, rapporteur), 2014, 547 pp.

⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, 278 p.

⁷ Ch. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977.chr.251-258.

⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1996, p. 231 : « *La filiation comme le mariage constitue une notion première à partir de laquelle s'est construit tout le droit de la famille. L'une et*

le concept de parenté non matrimoniale dite naturelle⁹ car uniquement fondée sur la donnée biologique.

Le lien de filiation confère les qualités de parent et d'enfant, il connaît différents modes d'établissement. Tout est alors question de contexte puisque ce lien juridique entre des personnes physiques qualifiées d'une part, de parent et d'autre part, d'enfant, peut être fondé sur la Nature, sur la volonté ou sur l'apparence. Ces trois modes d'établissement de la filiation sont des réalités positives de notre droit de la famille.

Le lien biologique est un copier/coller de la Nature mais le Droit ne l'a pas exprimé ainsi. Ce lien est établi « **par l'effet de la loi** »¹⁰ car même la donnée biologique la plus évidente a besoin d'être transposée dans le monde juridique pour en faire partie. L'article 311-25 du Code civil dispose que « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». L'acte de naissance fait à de nombreuses reprises référence à l'accouchement¹¹, le lien de filiation est construit sur une donnée biologique : la femme qui a accouché, est celle à qui le Droit reconnaît la qualité de mère de l'enfant qu'elle a mis au monde. L'accouchement identifie la mère, il crée le lien de filiation. Telle une traçabilité génétique, le lien biologique relève de l'irréfragable et de la certitude si parfaitement exprimée dans l'adage du Droit classique romain, *Mater semper certa est*¹². *Quid du père ?*

Dès lors que le couple est marié, un autre adage romain entre en scène : *Pater is est quem nuptiae demonstrant*¹³ – que l'article 312 du Code civil traduit à sa manière par « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ». Le lien se veut également biologique. Le mariage force le droit de la filiation à concevoir nécessairement les deux membres du couple comme les parents de l'enfant né de la mère. Cette fiction juridique installe une présomption qui ne saurait toutefois aller à l'encontre de la vérité biologique puisqu'à la différence de la règle de l'article 311-25 du Code civil, celle de l'article 312 ne pose qu'une présomption simple.

Le lien peut dépendre d'une manifestation de volonté expresse de la part d'une personne souhaitant que le Droit lui attribue la qualité de parent de tel

l'autre ont pour objet d'institutionnaliser la reproduction de l'espèce selon certaines règles jugées nécessaires à la Transmission »,

⁹ L'expression « filiation naturelle » a été abandonnée depuis l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

¹⁰ V. C.civ., art. 310-1.

¹¹ V. C.civ., art. 55.

¹² L. BOYER – H. ROLAND, *Adages du Droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n°217, pp. 428-431.

¹³ *Idem*, n°320, pp. 644-650.

enfant. L'on rencontre cette manière de concevoir l'établissement de la relation entre parent et enfant dans l'adoption qui procède d'une démarche volontaire validée par une décision de justice. De la même façon, la reconnaissance de l'article 316 du Code civil ainsi que la reconnaissance conjointe anticipée, ce nouveau mode d'établissement de la filiation instauré par la Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la Bioéthique¹⁴, s'appuient sur une manifestation de volonté expresse d'être identifié comme le parent de l'enfant. Le lien n'est pas fondé sur le biologique, il en est même déconnecté. Cela ne veut pas dire que le parent ainsi relié à un enfant n'a pas de lien génétique avec lui, cela signifie que de telles considérations ne jouent pas. Ainsi, il n'est pas demandé à l'homme venant reconnaître un enfant né de parents non mariés, un test ADN pour justifier sa qualité de père. L'exemple tant de l'adoption que de la reconnaissance conjointe anticipée (RCA) en témoignent également, le biologique n'est pas pris en compte.

Le lien peut être fondé sur l'apparence. C'est l'hypothèse de la possession d'état. Par son comportement, la personne revendiquant la qualité de parent a créé l'apparence d'une relation parent/enfant établie juridiquement. Cette apparence de parenté pourra être consacrée si les conditions présentées à l'article 311-1 du Code civil sont remplies :

« La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;

2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;

3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;

4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;

5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ».

L'acquisition de la qualité de parent est donc fondée sur le comportement du revendiquant qui a été celui attendu de tout parent : il a traité l'enfant comme

¹⁴ S. PARICARD, « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du code civil », *D.* 2021, p. 1685.

le sien (*tractatus*), l'enfant porte son nom de famille (*nomen*) et la communauté identifie l'enfant comme étant le sien (*fama*).

Que le lien soit fondé sur le biologique, la volonté ou l'apparence, il est à chaque fois question d'identification. Comment identifier le parent de cet enfant et inversement ? Comme relevé précédemment, le mariage et la famille ont toujours été liés, l'ouverture du mariage à des couples de même sexe qui sont dans l'incapacité naturelle de procréer bouleverse-t-elle l'architecture de notre droit de la filiation ? Qu'est-ce que la Loi du 17 mai 2013 a changé ? Qu'est-ce qu'elle pourrait conduire à changer ?

Dix ans après l'adoption de la Loi « Mariage pour tous », faire le bilan est sans doute un peu prématuré mais cela peut être l'occasion de jeter un œil neuf sur la notion de parenté telle qu'elle est appréhendée par le Droit. La parenté établit une relation juridiquement protégée entre des personnes physiques ayant soit la qualité de **parent** (I) soit celle d'**enfant** (II).

I. Le parent

La Loi du 17 mai 2013 rend possible l'attribution de la qualité de *parent* aux membres d'un couple de même sexe. Ce texte permet de penser au pluriel la parenté homosexuelle et le couple homosexuel accède à la figure du couple parental. Cette réalité désormais positive oblige à s'interroger sur la signification juridique de la parenté. Que permet la parenté ? Comment est-elle utilisée par le Droit ? Force est de constater que la parenté établie par le lien de filiation crée une relation parent/enfant qui constitue un maillon d'une chaîne familiale. Elle traduit une réalité : l'intégration de l'enfant dans l'arbre généalogique d'une famille. En cela, la parenté constituerait la clé de l'organisation de la transmission du patrimoine du *de cuius* (A) mais également de la transmission de son patrimoine génétique (B). Ces propositions demandent à être vérifiées.

A. Transmettre un patrimoine

Le Droit voit classiquement dans le mariage, une usine à héritiers ! Toute l'évolution du droit successoral a consisté à rompre cette association et à reconnaître aux autres modes de filiation la possibilité de créer eux-aussi des héritiers. La loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sobrement intitulée « *Loi sur la filiation* », en est une illustration parfaite. Ce texte s'est efforcé de consacrer en droit positif le principe de l'égalité entre les filiations par l'alignement des régimes juridiques applicables à la filiation « légitime », à la filiation

« naturelle »¹⁵ et à la filiation adoptive. Ainsi quelle que soit sa filiation, tout enfant du *de cuius* a la même vocation successorale dans la succession de son parent.

Même si l'association mariage/héritage perdure et marque les esprits (il faut rappeler que seuls les époux disposent d'une vocation successorale légale, à la différence des partenaires d'un Pacs ou de concubins), s'agissant de l'enfant, il a une double vocation successorale : il est héritier de sa mère et de son père. Désormais, il convient de dire qu'il est héritier de son parent 1 et de son parent 2. La parenté désigne un héritier en la personne de l'enfant (1), quelles sont les adaptations du Droit positif à prévoir dans un contexte de parents, membres d'un couple de même sexe (2) ?

1. La désignation d'un héritier

La parenté donne une place dans un arbre généalogique : elle situe l'enfant après son parent et avant ses propres enfants, le processus générationnel est ainsi. Ce processus générationnel irrigue le droit successoral. L'héritier acceptant pur et simple est considéré comme le continuateur de la personne décédée : il reprend toute l'activité juridique du défunt tant l'actif que le passif. L'importance du principe de continuation du *de cuius* par son successeur explique le traitement de faveur de l'acceptation pure et simple par le Code civil¹⁶. Le successible, celui qui est appelé à succéder, est censé accepter purement et simplement sa qualité d'héritier afin de devenir le successeur du défunt. Le fonctionnement du système juridique pour des raisons de stabilité a besoin de rendre « indolore » le décès de la personne physique. L'acceptation pure et simple¹⁷ permet de faire comme si rien n'avait changé malgré la mort de la personne, ses qualités de propriétaire, de créancier et de débiteur passent sur la tête d'une autre personne juridique qui prend le relais. Comme relevé précédemment, la parenté induit ici l'idée d'une fongibilité des individus de la même Famille, l'identité semble être une donnée secondaire, l'essentiel étant que l'activité se poursuive : c'est ce qui est recherché par le droit successoral.

¹⁵ Il resta des inégalités notamment s'agissant de la vocation successorale de l'enfant naturel adultérin qui ne pouvait prétendre qu'à la moitié de la part de l'enfant non adultérin. La condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme le 1^{er} février 2000 dans l'arrêt *Mazurek c./ France* a conduit notre Législateur dans sa Loi du 3 décembre 2001 à abolir cette discrimination patrimoniale.

¹⁶ V. C.civ. art. 782 et suivants. L'acceptation pure et simple est la seule branche de l'option successorale pouvant être choisie de façon tacite par l'héritier, les autres branches de l'option successorale que sont l'acceptation à concurrence de l'actif net et la renonciation nécessitent une manifestation expresse de volonté.

¹⁷ F. ZENATI-CASTAING – Th. REVET, *Cours de droit civil, Successions*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} ed., 2012, n°77, p. 175.

L'héritier gère les affaires de la Famille avec un F majuscule, ce que le légataire universel ne saurait faire. En effet, le Droit va faire une différence entre l'héritier, désigné par les règles de la dévolution légale qui s'appuie sur l'arbre généalogique du défunt, et le légataire universel désigné par la volonté individuelle. Ce dernier ne saurait *ès qualités* de légataire exercer les actions relatives à la composition de la famille. En témoigne, l'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 septembre 2022 suivant lequel : « *Après avoir énoncé à bon droit que le légataire universel du titulaire de l'action prévue par l'article 333 du code civil, n'étant pas un héritier de celui-ci au sens de l'article 322 du même code, n'a pas qualité pour exercer cette action ni pour la poursuivre, la cour d'appel en a exactement déduit que Mmes [R] et [Z] étaient irrecevables à poursuivre, en leur qualité de légataires universelles, l'action en contestation de paternité engagée par [B] dit [O] [S]. [...] »¹⁸. L'héritier protège la lignée.*

2. L'absence de changement en droit successoral

La dévolution légale ne s'intéresse qu'à l'existence du lien de filiation pour déterminer les successibles du *de cuius*, les modalités de son établissement ne sont pas prises en compte, principe d'égalité entre les filiations oblige. Le lien de filiation inscrit juridiquement l'enfant dans l'arbre généalogique de son parent. Ainsi, le descendant d'un couple marié de même sexe pour lequel la double filiation a été établie est dans la même situation que le descendant d'un couple marié hétérosexuel. Sur ce point, la Loi « mariage pour tous » n'a rien modifié, les règles de la dévolution légale n'ont pas dû être retouchées.

Il convient cependant de noter qu'un toilettage du Code civil s'avère nécessaire car les références à l'altérité sexuelle demeurent dans de nombreuses dispositions. L'expression « *les père et mère* » est omniprésente. Or l'ouverture du mariage aux couples de même sexe conduit à renommer les ascendants privilégiés qui ne se reconnaissent plus dans cette expression. L'article 734 du Code civil relatif à la dévolution successorale et l'article 743 exposant la règle du degré sont notamment concernés. L'on peut également citer les textes consacrés à la fente successorale, les articles 746 et 747 du Code civil. Le paragraphe qui expose le régime juridique de la fente successorale est intitulé « *De la division par branches, paternelle et maternelle* ». Cette institution classique qui adapte l'adage *Paterna, paternis, materna, maternis*¹⁹, vise à instaurer une égalité entre les familles des parents du *de cuius*. Il n'y a pas de considérations genrées, le principe n'est pas fondé sur la différence sexuelle des parents mais sur une quête d'égalité de distribution des biens du défunt : la branche paternelle recevant autant que la branche maternelle et inversement. Aussi, son application à la succession d'un

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 21 septembre 2022, n°20-21.035 : *AJ fam.* 2023. 56., obs. J. HOUSSEIER.

¹⁹ L. BOYER – H. ROLAND, *Adages du Droit français, op.cit.*, n°321, pp. 650-654.

défunt dont les parents sont de même sexe ne soulève pas de problèmes techniques particuliers, seule la dénomination du mécanisme est à revoir.

La parenté permet d'inscrire un enfant dans la famille de ses parents et cela dès le jour de sa naissance. Il est aux yeux du Droit d'ores et déjà leur successible. Seule l'effectivité de cette qualité est retardée au jour de leur décès. La parenté fixe des éléments sur lesquels le Droit s'appuie. Cela se vérifie en droit successoral, le lien de filiation pose les conditions de la transmission du patrimoine. Mais la parenté n'était-elle pas également la traduction dans une certaine mesure de la transmission d'un patrimoine génétique (B) ?

B. Transmettre un patrimoine génétique ?

La loi du 17 mars 2013 en permettant aux couples de même sexe de se marier leur offre par conséquent, la possibilité d'être parents ensemble. La parenté pourra être construite au pluriel, l'enfant aura deux liens de filiation. L'adoption et la reconnaissance conjointe anticipée pour le couple de femmes ayant recours à une aide médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur constituent les modes d'établissement de la filiation auxquels les membres du couple auront recours pour établir leur qualité de parent.

Dans quelle mesure une parenté uniquement composée de mères ou de pères peut s'intégrer dans notre système juridique ? Le droit de la filiation a toujours admis des arrangements avec la Nature : l'attribution de la qualité de parent n'a jamais été liée à une aptitude à procréer (1). Le couple homosexuel est avant tout un couple : le sexe des époux ne compte pas, le sexe des parents non plus. Il n'y a pas de parenté homosexuelle, la parenté demeure sans adjectif (2).

1. Les arrangements avec la Nature

La parenté telle que le Droit la conçoit, semble connaître une dimension biologique. Les enfants sont conçus par une union charnelle et cette réalité naturelle explique la référence classique au sang dès qu'il est question de famille²⁰. Les expressions « famille par le sang » en droit successoral ou « famille d'origine » en matière d'adoption²¹ l'illustrent parfaitement. Cependant, le Droit s'accommode de la vérité biologique, lui préférant parfois la simple vraisemblance. La règle de la présomption de paternité pose la vraisemblance de la paternité par la qualité d'époux indépendamment de la preuve avérée du lien biologique entre l'époux de la mère et l'enfant. De même, s'agissant de

²⁰ Pour une approche historique des relations entre le sang et le droit de la filiation, V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, *op. cit.*, pp.231-399.

²¹ C.civ., art. 366.

l'admission de l'adoption pour les couples mariés hétérosexuels, la vraisemblance de leur parenté biologique suffit. L'altérité sexuelle ainsi qu'une différence d'âge minimum de 15 ans²² tel un écart générationnel contentent le système juridique. Enfin, lorsqu'un homme vient déclarer la naissance d'un enfant et manifeste sa volonté de le reconnaître ; la vraisemblance de sa paternité n'est établie que par le sexe du déclarant et cela suffit au Droit.

Le lien biologique a longtemps fait figure de modèle, cependant, le sang n'est pas l'unique référence en matière de filiation. Les différents modes d'établissement de la filiation le démontrent comme la possession d'état qui s'appuie sur le comportement des individus et l'apparence ainsi créée. Ces constats révèlent que le Droit ne refuse pas par principe la qualité de père ou de mère à des personnes qui ne peuvent pas engendrer. Les couples dont ou moins l'un des membres est stérile ou dont l'absence d'altérité sexuelle rend impossible toute procréation, auront accès à la parenté s'ils remplissent les conditions posées par la Loi. La parenté en Droit n'induit pas la transmission d'un patrimoine génétique (2).

2. Le refoulement du biologique

L'univers juridique est un construit incorporel et intellectualisé. Il ne s'agit pas d'un copier/coller de l'univers sensible dont il peut s'inspirer mais également s'éloigner. Le Droit peut choisir de s'affranchir de l'ordre biologique : un parent peut être stérile, cela n'empêchera pas l'établissement du lien de filiation. Toutefois, il est à relever que notre Droit, avant la Loi du 17 mai 2013, limitait les situations d'affranchissement des lois de la Nature à la vraisemblance d'un couple reproducteur. Ainsi seul un couple hétérosexuel du fait de la vraisemblance de son aptitude à engendrer pouvait prétendre notamment à l'adoption. La Loi « mariage pour tous » et sa transcription en droit de la filiation par la Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption marquent une rupture avec la logique de la vraisemblance.

Faudrait-il refuser la qualité de parent aux membres d'un couple qui n'a pas l'apparence d'un couple pouvant faire un enfant ? La réponse du Droit français est claire : c'est NON ! La rupture avec la vraisemblance de la parenté biologique est actée. La Loi du 17 mai 2013 a parachevé cette évolution. La référence à la vraisemblance naturelle procède d'une fiction qui n'était plus tenable et tendait vers une schizophrénie préjudiciable à la cohérence du système juridique. En effet, il n'a jamais fait de doute que les parents adoptifs d'un enfant provenant d'un autre continent, ne sont pas ses parents biologiques. Cela démontre que la parenté en Droit n'est en réalité fondée ni sur les liens du sang ni sur la volonté individuelle ni sur le comportement qui sont les fondements des modes

²² V. pour l'adoption plénière : C. civ. art. 344.

d'établissement du lien de filiation. Parenté et modes d'établissement de la filiation sont à distinguer : la parenté est la qualité de parent/ d'enfant alors que les modes d'établissement de la filiation sont les conditions à remplir pour que la qualité de parent/d'enfant soit juridiquement instituée. L'on comprend alors que si les modes d'établissement peuvent avoir différents fondements et s'appuyer sur des réalités tant factuelles que juridiques distinctes ; il ne saurait exister plusieurs conceptions en Droit de la parenté. La parenté n'est ni naturelle ni élective ni vécue ... ni hétérosexuelle ni homosexuelle²³. La parenté est une notion unique qui ne saurait par souci de cohérence se décliner. Il convient d'affirmer l'unité conceptionnelle de cette notion qui s'applique à toute personne remplissant les conditions permettant l'établissement du lien de filiation entre elle et une autre personne physique. Par conséquent, le lien de filiation établi entre des parents homosexuels et leur enfant leur confère la même qualité de parent que celui établi entre des parents hétérosexuels et leur enfant.

L'étude de la Loi du 17 mai 2013 permet de révéler l'unicité de la notion de parenté : être le parent d'un enfant pour le Droit ne connaît pas par principe de réalités multiples. La variable est présente dans les modes d'établissement lesquels s'envisagent au pluriel comme on l'a vu. Le fondement de la parenté se situe alors dans la quête d'une exclusivité entre deux personnes physiques qui vont se partager les qualités de *parent* et d'*enfant*. Le lien de filiation une fois établi, crée les conditions de cette exclusivité. La parenté est une exclusivité qui concerne les deux extrémités du lien de filiation : lorsque le Droit identifie une personne physique comme un parent, c'est toujours le parent de tel enfant ; l'inverse est vrai, un enfant est identifié comme l'enfant de tel parent (II).

II. L'enfant

Comment fait-on des enfants ? On les fait toujours de la même façon ! Le Droit change, la Nature, non. La reproduction procède de la rencontre d'un gamète femelle et d'un gamète male. Malgré le refoulement du biologique, les questions relatives à l'origine sont autant humaines que légitimes. Le Droit l'a bien compris quand il entend la revendication biologique de l'enfant (A). Toutefois, la parenté juridique doit être pensée indépendamment du biologique et de manière générale, indépendamment des modes d'établissement de la filiation. Elle se révèle lien d'exclusivité protégé par le Droit entre des personnes physiques ayant des qualités précisément attribuées : d'une part, le parent et d'autre part, l'enfant (B).

²³ E. CADOU, « Le droit de la filiation à l'épreuve de l'homoparentalité », in A.-F. ZATTARA-GROS (dir.), *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, 300 pp., spéc. pp.183-196.

A. La revendication biologique

La *parenté* a une fonction d'identification puisqu'elle permet de déterminer l'identité d'une personne, à la fois ce qui la caractérise mais également ce qu'elle partage avec d'autres personnes qui lui seraient *identiques*. En effet, les membres de la même famille ont en commun des traits, la même apparence, ils se ressemblent, se reconnaissent : ils ont un air de famille. Par conséquent, l'enfant face à une parenté juridique pouvant être déconnectée du biologique peut se poser la question de ses origines. Le Droit lui permet d'avoir des réponses (1) mais il convient toutefois de ne pas intégrer cette revendication biologique dans la conception juridique de la parenté (2).

1. La question des origines

Le droit de connaître ses origines fait partie de notre paysage juridique notamment depuis la Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État. Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) s'intéresse à la demande des enfants abandonnés ou confiés à leur naissance. Pour compléter le dispositif, la Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique a créé la Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs (CAPADD). Cette nouvelle instance gère les demandes d'accès aux origines émanant d'enfants nés d'un don de gamètes ou d'embryons. La loi de 2021 leur permet à leur majorité de demander la levée de l'anonymat de leur donneur. Ce dernier en a accepté le principe au moment du don. Le recueil d'un tel consentement a été érigé en condition au don comme l'article L2143-2 du Code de la Santé publique le précise²⁴. Les informations portent sur l'identité du donneur à savoir son nom, son prénom, sa date de naissance mais également sur des données non identifiantes telles que sa situation familiale et professionnelle ainsi que les motivations qui l'ont poussé à réaliser ce don. Elles pourront être révélées à l'enfant s'il en fait la demande. Tout dépend de sa volonté de connaître ses origines puisqu'à l'inverse, le donneur ne sera jamais informé de l'identité de

²⁴ L'article L2143-2 du Code de la Santé Publique dispose que :

« Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3.

Les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité, dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil.

Le décès du tiers donneur est sans incidence sur la communication de ces données et de son identité.

Ces données peuvent être actualisées par le donneur ».

l'enfant²⁵. La loi de Bioéthique du 2 août 2021 a été qualifiée de Loi « PMA pour toutes » en référence à la loi « Mariage pour tous » puisque l'une des dispositions majeures de ce texte est de permettre à tout couple de femmes (marié, pacsé ou en concubinage) de pouvoir recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur²⁶. Le lien de filiation sera établi à l'égard des deux membres du couple à l'instar de ce qui est mis en place pour les couples hétérosexuels. Il ne s'agit pas d'une question en lien direct avec l'admission du mariage pour tous mais plutôt une nouvelle illustration de la déconnexion entre la qualité de parent et la vraisemblance biologique. Il est essentiel de maintenir cette déconnexion et d'exclure le thème des origines du concept de parenté juridique (2).

2. L'exclusion des origines dans le concept de parenté juridique

Dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, les textes adoptés en 2021 consacrent pour l'enfant un droit de connaître ses origines : il peut savoir s'il le souhaite. Il saura mais l'information communiquée ne pourra pas être utilisée pour construire un lien de filiation avec le donneur. Le Droit reconnaît l'importance des origines notamment pour la construction personnelle de l'enfant qui est demandeur de réponses mais à l'opposé, ne lui permet pas d'engager sur le terrain juridique une action qui imposerait au donneur la qualité de *parent*. En Droit, transmission d'un patrimoine génétique ne rime pas avec parenté.

La parenté juridique se conçoit indépendamment de toute donnée naturelle : elle s'installe dès lors que les conditions requises à l'établissement du lien de filiation sont remplies. Pour cette raison, en matière de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, le Législateur a sécurisé la relation entre l'enfant et ses parents. Cette sécurisation est réalisée par un dispositif qui comprend deux principes : impossibilité de créer un lien de filiation avec le tiers donneur et impossibilité de contester sa parenté. Ces deux principes sont issus de la Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : la non-parenté du donneur était présentée à l'article 311-19 du Code civil et la non-contestation de parenté à l'article 311-20 du Code civil. La Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 conserve la teneur de ces règles mais en a changé la place dans le Code civil.

Ainsi, l'article 342-9 prévoit désormais :

« En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation [nous soulignons] ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.

²⁵ A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur », *AJ fam.* 2021. 545.

²⁶ L. BRUNET, « Les dispositions de la loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus », *AJ fam.* 2021. 522.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

La parenté juridique du donneur est exclue par principe. Aux yeux du Droit, le donneur ne sera jamais le parent de l'enfant qu'il a contribué à créer. Ce principe de non-parenté du donneur n'est qu'une manifestation parmi d'autres d'une conception de la parenté affranchie de toute considération biologique.

À côté du principe de non-parenté du donneur, a été érigé un principe de non-contestation de sa parenté par le membre d'un couple qui a recours à une procréation médicalement assistée. Ce principe est aujourd'hui énoncé à l'article 342-10 du Code civil. Ce texte dispose, dans ses deux premiers alinéas :

« Les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent donner préalablement leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur.

Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation [nous soulignons], à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet [...] ».

L'exemple de la PMA avec tiers donneur illustre la déconnexion opérée entre la parenté et la donnée biologique. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe n'a pas opéré un changement de paradigme, elle a peut-être simplement eu tort de poser la question du fondement de la parenté juridique. Ce fondement ne saurait être trouvé dans le biologique et le Droit depuis longtemps n'y fait plus référence²⁷. Si certains modes d'établissement de la filiation peuvent s'appuyer sur le biologique, la parenté constituée ne s'en nourrit pas. Certes il existe des situations dans lesquelles les parents juridiques sont les géniteurs de l'enfant mais cette conjonction, cette double qualité de parents juridiques et biologiques n'a pas d'incidence sur leur qualité de parent : ils sont reconnus par le Droit comme étant les parents de leur enfant de la même façon que des parents adoptifs par exemple. Leur statut est identique, ce sont des parents (B).

²⁷ F. TERRÉ – Ch. GOLDIE-GENICON – D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2018, n°6 et ss, p.7 et ss.

B. La parenté, un lien d'exclusivité

La parenté juridique doit être pensée indépendamment du contexte de son établissement et c'est même une nécessité pour éviter notamment toute discrimination que la donnée biologique pourrait amener. Toute l'évolution du droit de la famille n'a cessé d'essayer de faire disparaître les différences fondées sur le contexte de l'établissement du lien de filiation. Le principe de l'égalité entre les filiations en constitue un exemple parfait. Le droit des successions fait écho à ce mouvement et l'on peut citer la Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 qui a renouvelé la matière en l'expurgeant de toute différence de traitement fondée sur la donnée biologique. Ce texte a ainsi mis fin à la discrimination patrimoniale que subissaient les demi-frères et les demi-sœurs du *de cuius*. En effet, leur vocation successorale tenait compte de leur appartenance uniquement à la branche paternelle ou maternelle du défunt. L'ancien article 752 du Code civil dans sa version en vigueur du 21 mars 1804 au 1^{er} juillet 2002 disposait que : « *Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même lit ; s'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt ; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins ou consanguins chacun dans leur ligne seulement : s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne* ». Il n'existe plus de référence aux collatéraux utérins (même mère), consanguins (même père) et germains (mêmes père et mère) et l'on peut s'en féliciter. Désormais, les textes visent les frères et sœurs du défunt sans distinction aucune. Il demeure une exception à ce tableau : l'article 366 du Code civil qui s'intéresse à la dévolution en cas de décès de l'enfant adopté simple²⁸. Le régime applicable constitue plus une exception qui confirme la règle que la marque d'un principe directeur de notre *corpus*. La succession est par principe divisée entre la famille dite biologique et la famille dite juridique : la donnée biologique intervient pour dicter les règles de répartition des biens entre les familles en présence. Or, il ne s'agit que d'une conséquence structurelle de l'adoption simple qui se nourrit de la dualité famille biologique/famille juridique.

²⁸ L'article 366 du Code civil dispose :

« *Dans la succession de l'adopté, à défaut de descendants et de conjoint survivant, les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers. Les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses parents retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants. Le surplus des biens de l'adopté se divise par moitié entre sa famille d'origine et sa famille d'adoption* ».

Il s'agit de l'ancien article 368-1 dont le contenu a été transféré à l'article 366 par l'Ordonnance n°2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

La parenté juridique n'est pas (plus) construite sur la donnée biologique²⁹. Toute référence au « sang » pourrait conduire à ériger des discriminations que la génétique permettrait de fonder. Ne risquerait-on pas de voir émerger une distinction entre l'enfant à 100% du couple, à 50% ou à 0%³⁰?

Il convient de restituer à la parenté sa fonction dans l'ordonnement juridique ; elle exprime l'existence d'un lien d'exclusivité entre deux personnes dont les qualités, les rôles sont connus : d'une part, le parent, d'autre part, l'enfant. Si l'enfant est l'enfant de son(ses) parent(s), l'inverse est vrai, le(s) parent(s) est(sont) le(s) parent(s) de leur enfant, la relation se conçoit dans les deux sens. L'exclusivité marque cette relation qui ne saurait supporter par principe l'immixtion de tiers. La relation parent(s)/enfant est protégée par le Droit qui ne reconnaît qu'exceptionnellement des situations dans lesquelles l'intervention d'un tiers³¹ est admise ; l'intérêt de l'enfant expliquera une telle rupture avec le principe d'exclusivité. Le lien de filiation a ainsi des faux airs de lien d'appropriation et la parenté ne semble pas si éloignée du concept de propriété³², toute proportion gardée. Il s'agit plus d'un constat épistémologique en tant que réflexion sur la construction de la science juridique qu'ontologique sur l'essence de la notion de « Parenté ». Il est intéressant de relever que le Droit paraît développer les mêmes logiques dès qu'il est question d'organiser la protection d'un rapport privilégié³³ tel que celui existant entre un parent et un enfant. L'exclusivité en tant qu'outil juridique est une garantie contre l'immixtion des tiers et permet ainsi un fonctionnement autarcique. Toute intrusion est par définition une atteinte et appellera réaction et sanction du système juridique.

²⁹ Crim., 27 septembre 2023, n°21-83.673 : « [...] Dès lors qu'une reconnaissance de paternité n'atteste en elle-même aucune réalité biologique, l'acte par lequel une personne souscrit une telle reconnaissance alors qu'elle sait ne pas être le père biologique de l'enfant est insusceptible de caractériser l'altération frauduleuse de la vérité constitutive d'un faux au sens des articles 441-1 et 441-2 du code pénal. [...] »

³⁰ Cette réalité est déjà prise en compte en droit successoral pour déterminer les droits légaux du conjoint survivant. V. C.civ. art. 757.

³¹ V. les articles 373-3 à 374-2 du Code civil, notamment sous l'angle de l'exercice des droits en lien avec l'autorité parentale. Toutefois, il ne s'agit que de l'exercice et non de la titularité.

³² La parenté est exclusive puisque les tiers, comme on l'a précisé, ne peuvent s'immiscer par principe entre un parent et son enfant. La parenté s'avère également perpétuelle. En effet, aucun terme n'est attaché à la relation parent/enfant comme l'induit l'article 371 du Code civil : « *L'enfant, à tout âge [nous soulignons], doit honneur et respect à ses père et mère* ». Enfin, la parenté se révèle imprescriptible, l'écoulement du temps ne remettra pas en question l'attribution des qualités de parent et d'enfant, sous réserve de l'application des règles de la possession d'état, prescription acquisitive qui ne dit pas son nom...

³³ J.-M. MOUSSERON – J. RAYNARD – TH. REVET, « De la propriété comme modèle », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec 1993, p.281.

Conclusion

Le biologique ne saurait fonder la parenté juridique : ce serait la porte ouverte aux inégalités. L'évolution du droit de la famille a permis de s'affranchir de la Nature : le parent est avant tout un parent juridique et non biologique, de la même façon, un enfant est avant tout l'enfant de son parent aux yeux du Droit et non son enfant biologique. L'exclusivité établie par le lien de filiation fait entrer l'enfant dans la famille de son ascendant et le constitue futur héritier de son patrimoine. Cette analyse peut paraître cynique et froide, elle démontre qu'en cette matière, les sentiments n'ont peut-être pas leur place. Le paradoxe de cette conclusion est qu'elle clôt une réflexion menée à partir des conséquences de la Loi « Mariage pour tous » qui dans une certaine mesure consacre la place de l'affection en la matière. Mais mariage et parenté sont des univers différents et ce constat nous permet de retenir l'unité de la notion de parenté qui ne saurait se décliner en parenté hétérosexuelle et parenté homosexuelle. La parenté en Droit est une parenté sans adjectif qui développe le même régime juridique quel que soit son mode d'établissement.