

## AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(5.4.2011)

### SOMMAIRE

#### Introduction

- I. Une réforme de société dépourvue de justification
  1. Une motivation contestable
    - 1.1. Les artifices rhétoriques
      - a. La référence à l'évolution de la société
      - b. Les motifs connexes: fait accompli et neutralité
    - 1.2. Les incohérences
      - a. Le besoin d'une double référence et l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe: la contradiction au nom du pragmatisme
      - b. L'inversion de l'ordre logique des réformes
  2. L'absence de nécessité juridique de la réforme
    - 2.1. Le mariage
    - 2.2. Les droits parentaux et la filiation
- II. Un parti pris déstructurant
  1. Une redéfinition arbitraire de la filiation
    - 1.1. Le débat théorique et son enjeu
    - 1.2. L'épreuve des faits
  2. Une redéfinition importune de la filiation
    - 2.1. Une réforme à contre-courant
      - a. Le droit de connaître ses géniteurs
      - b. L'enquête préalable à l'adoption
    - 2.2. La filiation en dérive
      - a. Le déclin des notions de paternité et de maternité. La fin des pères
      - b. Les nouvelles parentés

#### Conclusion

\*

### INTRODUCTION

L'aboutissement du projet de loi n° 6172 portant réforme du mariage et de l'adoption, déposé le 10 août 2010, marquerait une étape d'une importance capitale dans la reconnaissance de droits aux couples de même sexe.

La loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats (Mém. 2004, 2020) permet d'ores et déjà aux couples homosexuels d'officialiser leurs unions et de se doter de droits patrimoniaux proches de ceux dont jouissent les couples mariés.

Le projet sous avis prévoit d'ouvrir tant le mariage que l'adoption simple aux couples de même sexe. Ces innovations modifieraient radicalement le mariage, socle de la famille que l'on a coutume d'appeler la „cellule élémentaire de la société“. Elles bouleverseraient, en outre, notre droit de la filiation qui repose entièrement sur la procréation naturelle voire la similitude à la procréation naturelle.

Excipant de l'intérêt supérieur de l'enfant à un double rattachement parental sexué, les auteurs du projet de loi ont cependant refusé aux couples de même sexe l'accès à l'adoption plénière.

Cette restriction ne manifeste-t-elle pas une contradiction dans la mesure où le projet de loi semble ne pas tenir compte de cet intérêt supérieur de l'enfant en ce qui concerne l'adoption simple? Et les autres motifs exposés n'emportent pas davantage une conviction immédiate outre qu'ils procèdent d'une acceptation fataliste de la pénétration du droit par le fait dans un domaine du droit qui imprimera comme nul autre sa marque aux générations à venir.

A n'en pas douter, le véritable enjeu de la réforme dépasse, de loin, les situations et les intérêts évoqués dans le projet.

Le développement fulgurant de la médecine et des sciences génétiques a conféré à l'homme une grande maîtrise de sa reproduction.

Le recours croissant aux techniques de procréation médicalement assistée qui dissocient non seulement les notions de reproduction et d'amour mais aussi les notions de reproduction et d'aptitude biologique à la reproduction, soulève le problème fondamental de l'organisation du pouvoir qu'a désormais l'homme de créer la vie en dehors de la voie naturelle.

A une époque où les droits de l'homme sont invoqués tous azimuts et avec un succès grandissant et où la Cour Européenne des Droits de l'Homme est devenue une sorte de „gouvernement des juges“ imposant – souvent au nom de la prohibition des discriminations – des droits que la loi nationale ne reconnaît pas, ou alors, seulement de manière trop restreinte à ses yeux, les droits familiaux partiels reconnus aux couples de même sexe par le projet sous avis ne sont-ils pas susceptibles d'être invoqués, avec succès, par les couples de même sexe pour obtenir les droits familiaux les plus complets, mais aussi par d'autres, qu'ils soient en mesure de procréer ou non?

Autrement dit, l'aboutissement du projet de loi sous avis ne risque-t-il pas d'ouvrir une boîte de Pandore, en créant une dynamique propre à générer, à l'encontre de la volonté déclarée de ses auteurs, un véritable „droit à l'enfant“ dont il est malaisé de circonscrire le cercle des bénéficiaires sans encourir le reproche de la discrimination?

La présente réforme que notre presse s'est accordée à qualifier de révolutionnaire, n'a guère été débattue publiquement, ni avant ni après les dernières élections législatives.

Elle n'a pas été précédée, non plus, de consultations *ad hoc* approfondies d'un nombre tant soit peu significatif de personnes pouvant être considérées comme expertes dans le domaine de la psychologie de l'enfant et des troubles comportementaux des mineurs.

Ces circonstances qui font contraste avec ce que l'on observe dans les grands pays du monde où une réforme de cette nature est annoncée, rendent d'autant plus opportune une discussion du bien-fondé des innovations projetées en examinant d'abord la justification de la réforme (I) et ensuite, ses implications théoriques et juridiques (II).

## I. Une réforme de société dépourvue de justification

L'exposé des motifs tend à présenter la réforme de société projetée comme une sorte de fatalité dictée par des changements sociaux et des contraintes d'ordre juridique.

Le simple fait que sur 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, seule une très faible minorité d'Etats ait réalisé à ce jour une telle réforme et que plus de 80% d'entre eux continuent de s'y opposer permet de douter de ce qu'elle s'imposerait aussi naturellement que le projet sous avis le laisse penser.

Il convient d'examiner le bien-fondé des motifs invoqués à l'appui de la réforme (1) avant d'analyser si, d'un point de vue juridique, les innovations envisagées sont réellement nécessaires (2).

### 1. Une motivation contestable

Le projet de loi fait référence à l'évolution de notre société pour justifier l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

Le motif tiré de l'intérêt supérieur de l'enfant est invoqué pour justifier à la fois une solution (en matière d'adoption plénière) et son contraire (en matière d'adoption simple).

Enfin, une même impression d'incohérence se dégage de l'ordre chronologique et causal dans lequel les auteurs du projet ont présenté les réformes à entreprendre concernant le mariage d'une part, la filiation, d'autre part.

#### 1.1. Les artifices rhétoriques

##### a. La référence à l'évolution de la société

Dans plusieurs passages de l'exposé des motifs, l'évolution de notre société est présentée comme cause efficiente de l'ouverture du mariage. „L'institution du mariage ... évolue dans la même mesure

que notre société évolue. Cette évolution s'observe surtout dans les pays occidentaux ... La réforme proposée sur le mariage se trouve, en grande partie, dans la lignée des réformes effectuées tout au long des dernières années par ... (d'autres pays d'Europe occidentale)“ ... „La présente réforme s'insère et suit celles déjà engagées dans notre pays en droit civil“ (exposé des motifs, p. 15) et enfin „La vie de famille présente aujourd'hui d'autres facettes qu'il y a trente ans et les réformes entamées en sont une démonstration continue“ (exposé des motifs, p. 16).

Transparaît en filigrane, l'idée selon laquelle l'évolution de notre société tendrait à réduire le mariage à une association de personnes indépendantes. Caractérisé par la liberté d'endosser le statut d'époux comme de s'en défaire, le mariage ne reposerait désormais que sur l'authenticité des sentiments entre deux êtres. Il s'agirait, en quelque sorte, d'une affaire privée entre deux individus que l'Etat devrait s'abstenir de „régenter“.

Lorsque la question est posée à la lumière de l'évolution de la société ou des moeurs, il est le plus souvent implicitement admis que suivre ladite évolution est une bonne chose ou une chose à laquelle on ne peut pas s'opposer. La démarche revient à marquer du sceau de l'absurdité toute discussion du bien-fondé de la solution avancée comme induite par l'évolution des moeurs en même temps qu'elle en banalise l'enjeu. Elle permet en outre de se dispenser de l'effort de convaincre et d'éviter les aléas de la contradiction.

Présenter une réforme de société non pas comme une révolution aux résultats incertains et potentiellement dangereux mais comme un simple ajustement du droit de la famille à l'évolution des moeurs peut paraître dès lors comme un „artifice rhétorique“ destiné à dissimuler ce qui est le plus pertinent: cette revendication „est-elle voulue par la majorité et poursuit-elle le bien commun? Est-elle bonne, raisonnable ou nécessaire?“ (S. de Benalcazar PACS, Mariage et Filiation: Etude de la politique familiale éd. Defrénois n° 252)

N'est-ce pas d'ailleurs une réponse positive à ces questions que revendiquent les associations de défense des droits des homosexuels?

Que leur vaudrait en effet une reconnaissance étatique qui ne procéderait pas d'un tel choix collectif, démocratique, délibéré et s'agirait-il encore d'une véritable reconnaissance sociale?

Briguer la marque de la reconnaissance sociale que porte en elle l'ouverture du mariage aux couples homosexuels tout en usant de l'argument selon lequel le mariage serait une affaire privée constitue un paradoxe dont cependant bon nombre de militants gays et lesbiens ne s'embarrassent guère. L'argument est assurément le maillon faible. Le mariage intéresse grandement la vie publique.

C'est bien la raison pour laquelle l'Etat peut et doit en fixer les règles de manière à encourager les unions qui vont dans le sens de l'intérêt public ou du bien commun et à en exclure les unions qui s'en écarteraient. „L'Etat doit laisser dans le domaine de la vie privée des relations sexuelles qui en dépit de leur valeur n'apportent pas à la société une contribution identique à celle du couple hétérosexuel. L'Etat doit faire le départ entre les intérêts privés de certains individus ou groupe d'individus et les intérêts publics qui concernent le bien commun.“ (L. Wardle Considering same sex marriage in light of state interest in marital procreation, Harvard Journal of Law and Public policy vol. 24, n° 3 p. 773)

Le mariage constitue le fondement de la famille et celle-ci la cellule de base de la société, raison pour laquelle la société s'intéresse de près à la famille.

Le mariage est certes un accord de volontés générateur de droits et d'obligations et se présente à cet égard comme un contrat, mais il n'est pas que cela. Son importance sociale fondamentale explique que la loi en détermine impérativement les conditions et les effets dans un corps de règles dépassant les volontés individuelles. „Ne voir dans le mariage qu'un contrat est une idée absolument fautive. C'est négliger, au profit de l'acte qui le crée, l'état auquel il donne naissance, et dont l'importance, si on veut avoir une idée exacte des choses, prime l'acte créateur. Aussi tous les auteurs modernes sont-ils d'accord pour voir surtout dans le mariage une institution. En raison de son importance dans l'organisation de la société, c'est un ensemble de règles imposées par le droit qui forment un tout et auxquelles les parties ont seulement la faculté d'adhérer.“ (H. De Page Traité de droit civil belge tome 1er éd. Bruylant n° 567; dans le même sens G. Ripert et J. Boulanger Traité de droit civil tome 1er éd. L.G.D.J n° 1115-1117; G. Marty et P. Raynaud Droit civil tome 1er éd. Sirey n° 67; A. Weill et F. Terré Droit civil, La famille, éd. Dalloz n° 196)

S'il en est ainsi, c'est pour la raison que le mariage a pour objectif primordial la procréation et l'éducation des enfants, lesquels constituent les générations futures et assurent la pérennité de la société. En cela la constitution et le fonctionnement de cette institution, cellule élémentaire de la société, relève

fondamentalement de l'intérêt public. „Outre le lien qui unit le mari et la femme, le mariage assure aussi un lien entre les générations passées et les générations futures. Le mariage est dès lors davantage une institution qui lie les générations présentes et futures qu'un contrat entre deux individus isolés, dégagés de tout contexte familial. Pour cette raison-là, le mariage est une affaire publique. L'Etat ne peut donc pas se désintéresser du mariage qui constitue la cellule élémentaire de son établissement et de sa pérennité.“ (S. de Benalcazar op. cité n° 250)

Cette observation imprègne profondément le droit du mariage partout dans le monde. Partout se manifeste la préoccupation fondamentale d'assurer une longue durée au mariage laquelle est nécessaire à l'éducation des enfants issus de l'union. „La plus vieille coutume de l'humanité ... semble répondre à une nécessité de l'espèce humaine ... l'éducation des enfants, incomparablement plus longue dans l'espèce humaine que partout ailleurs, ce qui postule entre les deux éducateurs, également utiles une union durable.“ (J. Carbonnier Droit civil, tome 2. La famille, éd. P.U.F. coll. Thémis p. 368-369).

De ce que le mariage est une institution, une sorte de corps social, dépassant les volontés individuelles, on peut déduire que son régime juridique est fonction de l'intérêt social. „La grande différence entre le mariage et le concubinage est que le mariage procède d'un choix qui n'est pas seulement individuel mais social. Il est de son essence même de comporter des obligations, tant entre les conjoints qu'à l'égard des enfants, qui ne relèvent plus du gré de chaque partenaire mais *sont imposées par la loi au nom de l'intérêt social*.“ (M. Delmas-Marty Vers un droit commun de l'humanité, Conversations pour demain, Textuel, p. 35; dans le même sens G. Ripert et J. Boulanger, op. cité n° 1116).

Cette observation vaut non seulement pour le droit français postérieur au Code civil et ceux qui, à l'instar du nôtre, s'en sont inspirés: „Le mariage fait partie des plus anciennes coutumes de l'humanité. L'union des êtres humains constitue en effet un enjeu vital dont la dimension dépasse l'individu et intéresse la société toute entière. Il n'est donc pas étonnant que celle-ci se soit toujours préoccupée de construire le couple à son image et se soit efforcée de maîtriser l'une des structures qui déterminent son avenir“. (Enc. Dalloz Civil v° mariage (généralités) n° 1; dans le même sens M.-T. Meulders L'évolution du mariage et le sens de l'histoire, Le droit de la famille en Europe, sous la direction de R. Ganghofer, éd. Presses Universitaires de Strasbourg p. 216-217)

Il s'agit là d'une constante de l'humanité qui répond à un besoin naturel et dans lequel le religieux n'a qu'un rôle purement accessoire: „L'importance du mariage dans la vie sociale est obvie et des considérations d'ordre religieux ne sont nullement nécessaires pour la rendre sensible. Le mariage créé et garanti, en tout premier ordre, la coopération stable et nécessaire de l'homme et de la femme dans l'éducation des enfants ... La procréation en constitue presque toujours la suite normale, et pour l'éducation des enfants, l'institution du mariage constitue le cadre le plus ferme et le plus adéquat ... Aussi n'est-il nullement nécessaire de voir dans le mariage un sacrement pour justifier le rôle insigne qu'il est appelé à remplir dans la société“. (H. De Page Traité de droit civil belge éd. Bruylant n° 564; dans le même sens G. Ripert et J. Boulanger, op. cité n° 1118)

De l'intérêt social on doit rapprocher l'intérêt de l'enfant. Ces deux notions sont intimement liées et, pour ainsi dire, en interaction. „Ce sont les enfants, êtres faibles, qui, à travers la famille, déclenchent la sollicitude de la politique. Mais justement, à cette politique, ils apportent ... un argument positif: ils sont l'avenir de la nation.“ (J. Carbonnier op. cité p. 25) L'Etat protège l'intérêt des enfants non seulement, par devoir moral, parce qu'il s'agit d'êtres faibles et démunis, mais aussi „par intérêt“ parce qu'ils assurent l'avenir de la société.

En second lieu, on peut constater que l'institution du mariage n'a toujours existé, de par le monde, que comme union d'un couple hétérosexuel.

Si le mariage n'est qu'une invention comme certains aimeraient le croire, on se demande naïvement comment expliquer que l'on retrouve dans presque toutes les cultures un type spécifique de cérémonie et de règles qui lie un homme et une femme et, inversement, comment expliquer que, de mémoire d'anthropologue, aucune société n'ait jamais mis en place une cérémonie et des règles „pour lier deux hommes ou deux femmes de la même manière qu'on lie un homme et une femme avant qu'un Etat (les Pays-Bas), en décide autrement“ (cf S. de Benalcazar op. cité nos 127 et 326). L'intérêt pratique majeur de la cérémonie consiste à désigner publiquement le père et à lui imposer des obligations envers l'épouse. „Le mariage a toujours eu pour fonction d'encadrer socialement la reproduction humaine en désignant le père ce qui justifie les exigences de fidélité et de publicité qu'il implique.“ (Claire Neirink Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels, in Le droit à une vie familiale, éd. Dalloz 2007 p. 62)

Précisons, au risque de nous répéter, que le mariage comme union d'un couple hétérosexuel n'est pas une institution d'inspiration judéo-chrétienne ni une invention, une construction propre à une culture mais qu'il s'agit d'une sorte d'„invariant que l'on retrouve dans toutes les cultures“. (cf. I. Théry *Différence des sexes et différence des générations, L'institution familiale en déshérence, Esprit*, vol. 12 p. 65)

Il est vrai que le mariage est orienté vers la procréation, que celle-ci suppose la mise en présence de gamètes provenant de personnes de sexes différents et que la procréation artificielle n'est que d'invention relativement récente et d'un usage assez peu répandu, considéré à l'échelle mondiale. Il est vrai aussi que la pratique consistant à procréer dans le cadre d'une rencontre volontairement passagère en vue de tenir, par la suite, l'autre géniteur à l'écart, n'a commencé à se répandre que sous l'effet de la libération des mœurs, bien après la seconde guerre mondiale. „La famille monoparentale est ... une situation qui existait depuis longtemps quand elle résultait d'un malheur: décès, séparation ou divorce. La nouveauté est qu'un parent, une femme dans 90% des cas, choisit délibérément d'avoir un enfant sans père, par exemple par l'effet d'une insémination artificielle ou d'une rencontre intentionnellement passagère: le mâle n'est qu'un géniteur ... (Il s'agit là) d'un phénomène ... en rapide croissance.“ (P. Malaurie et L. Aynès *Droit civil tome 3, La famille* éd. Cujas n° 101)

Il n'en reste pas moins que, même en tenant compte de ces circonstances, le mariage homosexuel ne s'est imposé que très tardivement et dans une mesure extrêmement limitée (les quelques pays européens cités dans l'exposé des motifs). Et même indépendamment de cette considération, on peut se demander comment expliquer qu'aucune culture n'a jamais admis qu'une même institution puisse comprendre un couple naturellement fécond et un couple qui ne peut jamais l'être.

En résumé, l'on peut affirmer que le mariage en tant que célébration d'une union de personnes de sexes différents, avec des droits et des obligations spécifiques, loin de constituer une contingence culturelle ou une invention religieuse ou idéologique peut être considéré comme une institution universelle et constante de l'humanité. Une telle institution est requise par l'intérêt social lequel constitue le critère de référence de son organisation. (cf. M. Delmas-Marty op. cité p. 35) A l'inverse, le mariage homosexuel loin d'apparaître comme une évolution nécessaire de la société, apparaît comme une création artificielle, purement contingente et isolée.

Deux conclusions peuvent être tirées des observations qui précèdent au regard de la réforme projetée.

1. Il est inexact d'affirmer que le mariage serait „une affaire privée“ et insuffisant d'arguer de ce que le mariage homosexuel serait bénéfique aux couples de même sexe. Le mariage est, bel et bien, une affaire éminemment publique et la preuve à rapporter est celle de la conformité du mariage homosexuel au bien commun, à l'intérêt général.
2. Au regard de la constatation que le mariage entre couples de même sexe n'a jamais existé nulle part au monde (jusqu'aux lois néerlandaises du 21.12.00), on peine à imaginer que le mariage homosexuel puisse être bénéfique au bien commun, à l'intérêt général. Cependant, il n'est pas exclu que cela puisse être le cas et puisse être démontré. Mais force est de constater que, sur ce point, le projet de loi sous avis n'apporte pas les arguments éventuels d'une réponse favorable. Il n'aborde même pas la question.

#### b. Les motifs connexes: fait accompli et neutralité

Deux arguments connexes à l'argument expressément invoqué dans le projet de loi sont ceux que l'on a coutume d'appeler le principe du „fait accompli“ et le principe de „neutralité“.

Il est implicitement fait référence au premier d'entre eux dans l'exposé des motifs. Celui-ci renvoie itérativement au rapport 2008 de l'ORK, lequel – il est vrai – ne se prononce pas sur l'opportunité d'introduire le mariage pour les couples de même sexe mais sur la question de l'„homoparentalité“ et cela pour s'y déclarer favorable. Les deux questions sont cependant étroitement liées (v. infra p. 20-21). L'ORK retient comme motif unique de sa prise de position que les défenseurs de l'homoparentalité invoquent „à juste titre qu'en ouvrant légalement la possibilité de l'adoption par un couple homosexuel le législateur ne ferait que tenir compte des réalités sociales ... Un certain nombre d'enfants vivent en effet déjà aujourd'hui dans des familles homoparentales ...“. (p. 34)

Notons d'emblée qu'une certaine confusion s'est glissée dans les observations de l'ORK dans la mesure où le terme de „parentalité“ désigne la participation à l'éducation de l'enfant d'une personne

qui n'est pas le parent légal, autrement dit, la fonction de fait remplie par l'adulte auprès de l'enfant tandis que la parenté se fonde sur un lien juridique de filiation (cf. J-CI civil art. 515-1 à 515-7-1, fasc. 10, n° 93). Or, comme en l'occurrence l'ORK, estime qu'il y a lieu d'ouvrir le droit d'adoption au concubin de même sexe, il s'agit de la reconnaissance d'un véritable lien juridique de filiation de sorte que l'expression d'„homoparenté“ serait plus appropriée.

Il est pour le moins étonnant de constater que l'ORK se prononce en faveur de celle-ci sur base du seul argument du „fait accompli“ après avoir constaté à la page précédente qu'„aux yeux des pédopsychiatres que nous avons consultés ... la relation triangulaire entre père, mère et enfant est jugée importante“ (rapport 2008, page 33).

L'intérêt supérieur de l'enfant dont l'ORK considère pourtant, à la suite de la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant, qu'il doit prévaloir sur toute autre considération, semble donc curieusement, avoir cédé, dans l'esprit de ses membres, devant l'argument très „adulte“ du „fait accompli“.

L'argument selon lequel il existerait d'ores et déjà des situations familiales dans lesquelles des couples de même sexe élèvent des enfants n'est guère convaincant.

Le fait qu'une constellation familiale soit plus ou moins répandue n'implique pas pour autant qu'elle soit favorable à l'enfant et qu'elle mérite d'être cautionnée au regard de l'intérêt général. Sa seule existence statistique ne prouve pas son caractère désirable.

Il existe des parents qui maltraitent leurs enfants, des parents qui encouragent leurs enfants à ne pas aller à l'école ou à boire de l'alcool dès leur petite enfance et même des parents incestueux. Il s'agit là aussi de „faits sociaux qu'on ne peut pas ignorer“. Est-ce une raison suffisante pour que le législateur valide tous ces comportements?

En procédant de la sorte, le législateur éluderait ses responsabilités en se limitant à un rôle d'enregistrement dont le seul avantage serait de lui donner l'apparence d'une institution attentive aux réalités de la société moderne: „Somme toute la vie familiale ou ce qu'on retiendrait sous cette expression, conduirait à la famille alors que jusque-là la famille conduisait à la vie familiale. C'est le raisonnement qui est, pour l'essentiel, suivi par les couples homosexuels et que d'aucuns pourraient estimer être la politique du fait accompli. Puisque nous menons une vie quasi-familiale, notre structure est donc une famille et doit en recevoir le statut ... Cette extension traduit clairement l'inversion du raisonnement, le fait justifiant l'effet juridique. Jusqu'où peut-on aller sur ce chemin? C'est reposer l'éternelle question de l'influence du fait sur le droit. La méthodologie législative moderne ... qui conduit à faire du droit familial, à peu de frais, un instrument permanent de réforme ... permettant d'écouter tout le monde, traduit bien cette dérive simpliste“. (Jean Hauser *Le droit à une vie familiale: quelles conséquences quant à la conception de la famille? Le droit à une vie familiale en Europe*, éd. Dalloz, p. 91)

La question n'est pas de savoir si un fait existe mais si ce fait est à approuver lorsqu'on le considère sous l'angle de l'intérêt public.

Parmi les différentes configurations familiales qui existent dans la réalité, „l'Etat se doit de rechercher le système qui est conforme à l'intérêt général et favoriser, encourager résolument ce système“ (Philippe Malaurie obs. sous CE 9.10.96, Rec Dalloz. 1997.119).

La configuration traditionnelle mère-père-enfant est le socle traditionnel de notre vie familiale. Les règles régissant le mariage permettent au couple de s'installer dans la durée et à la société de compter sur une certaine stabilité du couple propice à l'éducation des enfants. Le socle mère-père-enfant est ainsi consolidé.

Si cette configuration qui correspond à celle résultant généralement du mariage, n'est pas, en elle-même, une garantie d'épanouissement et de bien-être de l'enfant, son absence est toutefois de nature à constituer une source de problèmes d'intensité variable pour l'enfant.

Le Professeur Malaurie, pour sa part, prend clairement parti. Il considère que „la loi devrait systématiquement favoriser la famille légitime, fondée sur le mariage, la plus féconde parce que la plus stable. Elle est l'institution la plus efficace et le modèle (au sens d'exemple) de la vie en commun et de l'éducation. Plus que l'Etat, c'est elle qui est, de beaucoup, la mieux placée pour faire de l'enfant un homme, lui apprendre à se dominer et à se contrôler ... Les dirigeants politiques devraient démontrer leur volonté de privilégier intellectuellement, juridiquement et matériellement la relation contre la séparation, la durée contre l'instant, le mariage et la stabilité contre l'union libre“. (ibidem)

On peut ne pas partager ce point de vue. Encore faudrait-il savoir pour quelles raisons tenant à l'intérêt général de la société et à l'intérêt supérieur de l'enfant, la réforme proposée devrait être menée à bien.

Il est parfois soutenu que des femmes seules ou en couple avec une autre femme n'ont qu'à faire le déplacement en Belgique ou en Espagne en vue d'une insémination in vitro avec donneur anonyme, que des hommes peuvent louer une mère porteuse en Ukraine ou en Inde et que le maintien des restrictions légales actuelles ne ferait que pénaliser les moins fortunés.

„Pratiquement tout est possible sur la planète: ici il est possible d'acheter des organes, là d'épouser une fille de douze ans ... Faudrait-il permettre (chez nous) tout ce qui est possible ailleurs, sous prétexte que seuls ceux qui en ont les moyens peuvent avoir accès à ces pratiques à l'étranger?“ (A. Mirkovic, Dr. Famille 9-2010, étude 21, n° 29)

D'ailleurs, point n'est besoin de faire un long voyage. Il existe d'ores et déjà, même au Luxembourg et dans les pays voisins, des communautés de vie incestueuses ou pédophiles. Et la tolérance voire la reconnaissance légale de la polygamie est un problème auquel les Etats européens, notamment les pays à forte immigration musulmane, seront confrontés tôt ou tard.

La question doit être posée dans les mêmes termes, que le fait existe déjà chez nous ou seulement ailleurs, qu'il soit rare ou fréquent.

Ceci suppose une réflexion d'ordre moral sur les options en cause et leur conformité à nos propres valeurs au regard du bien commun. „L'amour ou „un projet commun de vie“ ne peut fonder un lien juridique que s'il est conforme à nos valeurs morales“ (P. Malaurie, *ibidem*) et non pas à telle ou telle considération pragmatique. „Si l'on accepte la politique du fait accompli ... pourquoi ne pas accepter le commerce des enfants sous prétexte que, bien souvent, l'acheteur potentiel serait bien mieux que le vendeur et que l'enfant gagnerait à être transmis. La mondialisation de la médiocrité n'est pas inéluctable.“ (J. Hauser, obs. sous Cass. Civ. 1re Ch. 9.12.03, RTD civ 2004, page 76)

L'évocation des excès auquel l'entérinement légal des „faits sociaux qu'on ne peut pas ignorer“ est susceptible d'aboutir et des valeurs morales par rapport auxquelles le choix du législateur devrait être arrêté, soulève le problème posé par l'argument de neutralité, argument très proche du précédent.

Face à la multitude des configurations familiales, l'Etat devrait s'abstenir de marquer sa préférence. Il devrait rester neutre. L'idée fondamentale est que toutes les valeurs qui inspirent les différents systèmes familiaux seraient égales ou plutôt également contestables. Le législateur devrait donc s'abstenir de porter des jugements de valeur. Bien entendu, il y a la liberté de se marier ou de ne pas se marier, de divorcer si les conditions légales en sont réunies ou de vivre en concubinage ou en partenariat avec une personne de même sexe. La liberté de la vie privée et familiale est essentielle. De fait, il y a plusieurs types de famille et plusieurs types de parents et cette évolution va s'amplifiant. Pour autant, le législateur doit-il rester neutre?

„Ce principe est faux: Il n'y a pas d'équivalence entre les divers modèles familiaux. Il y en a un meilleur que les autres.“ (P. Malaurie, *ibidem*)

Même celui qui contesterait cette affirmation, devrait se rendre à l'évidence qu'à suivre les partisans de ces arguments, il faudrait institutionnaliser non pas telle ou telle situation (p. ex. le mariage homosexuel) mais les institutionnaliser toutes comme la polygamie, la polyamorie mais aussi les communautés de vie incestueuses ou pédophiles. Ce qui montre bien l'inadéquation de ces arguments – du moins à l'heure actuelle – mais pas, pour autant, leur manque de portée.

„La question légitime des conséquences du mariage homosexuel est de savoir s'il ne va pas, à terme, conduire à d'autres configurations familiales encore interdites ... L'une des raisons de nourrir pareille crainte est que l'un des arguments avancés pour introduire le mariage homosexuel est qu'il est interdit de porter des jugements de valeur sur les différents modes de vie.“ (W. Bennett *The broken hearth*, Random House Large Print p. 112-115)

Le fait est que plusieurs auteurs aux Etats-Unis d'Amérique envisagent sérieusement cette possibilité, notamment le mariage polygame (cf. S. Kurtz *Beyond gay marriage*, *The Weekly Standard*, 11.8.2003; D. Coolidge et W. Duncan *Reaffirming marriage: a presidential priority*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 24 p. 640). C'est ainsi qu'on assiste, „dans la foulée de la reconnaissance du mariage et de l'adoption aux partenaires de même sexe à l'émergence de revendications tendant à la reconnaissance de la polygamie et de la polyamorie“ (v. E. Marquardt *Révolution de la filiation: conflit émergent entre le droit des adultes et les besoins des enfants*. Institute for American Values, 2006 p. 9). On relèvera, pour son caractère significatif, le fait que le célèbre journal *New York Times* a imprimé, il y a quelques années, un manifeste signé par près de „300 universitaires activistes gays, lesbiennes et féministes visant à aller au-delà du mariage gay et appelant à reconnaître la polygamie

et d'autres formes de relations sexuelles communautaristes „polyamory“.“ (cf. R. Anderson Beyond gay marriage, The Weekly Standard, 17.6.06)

Pour surprenante que cette démarche puisse être, à première vue, il s'agit là d'une suite prévisible, pour ainsi dire logique de la redéfinition de la famille qu'impose le mariage homosexuel (v. infra p. 81 et s.) et qui ne devrait pas tarder pas à se manifester en Europe. „On se demande parfois pourquoi on s'en tient encore à la simple dualité. La vie familiale pourrait un jour intégrer des formes de *vie associative* qui retrouveraient, mutatis mutandis, des formes familiales fort anciennes. Derrière la revendication bruyante, symbolique et souvent politisée du droit à une vie familiale pour les couples homosexuels se dessine une idée plus originale d'*une vision plus collectiviste de la famille*.“ (J. Hauser Le droit à une vie familiale: quelles conséquences quant à la conception de la famille? op. cité, p. 91)

Mais si la loi est l'expression d'une valeur que se donne une communauté et si notre communauté est souvent en mal de valeurs fédératrices, le débat à mener en l'occurrence, devrait, dans le fond, se mouvoir à l'intérieur d'un champ très restreint. En effet, d'une part, le droit international nous impose de nous en référer, avant toute chose, à l'intérêt de l'enfant et, d'autre part, les experts nous disent que cet intérêt consiste en un double rattachement „mère-père“.

Il n'y a pas d'équivalence entre les différentes configurations familiales au regard de l'intérêt de l'enfant. „Ce n'est pas parce que les familles monoparentales et homoparentales sont de plus en plus nombreuses qu'elles doivent apparaître comme des sortes d'options sur l'éventail de la parentalité: on ne fonde pas une famille comme on achète une automobile! On ne peut pas soutenir non plus que toutes les formules se valent au regard de l'équilibre et du bien-être psychique de l'enfant.“ (J. Le Camus Le vrai rôle du père éd. Odile Jacob p. 144)

Enfin, on peut reprocher aux partisans de ces arguments d'ignorer l'effet encourageant et amplificateur des lois, autrement dit, de leur supposer un effet neutre. Or, non seulement „le droit fonde précisément une valeur par le fait qu'il est une norme: il fonde la valeur juridique qui est en même temps une valeur morale“ mais, de plus, le droit montre aux hommes ce qui est socialement utile et les incite à s'imprégner des valeurs qu'elle fonde: „la fonction de tout ordre social est de provoquer une certaine conduite des hommes qui lui sont soumis, d'inciter ces hommes soit de s'abstenir de certains actes qui sont pour tels ou tels motifs considérés comme nuisibles socialement c'est-à-dire pour les autres hommes, soit au contraire à accomplir certains actes qui sont tenus pour socialement utiles“. (H. Kelsen Théorie pure du droit éd. Dalloz p. 34 et 89).

En adoptant le point de vue du sociologue ou du psychologue, on peut formuler cette idée comme il suit: „Le droit édictant ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, a principalement pour but d'instituer les différences anthropologiques, de structurer la conscience, les habitudes intellectuelles et morales etc. Le droit a pour finalité de former le psychisme des individus“. (I. Théry Le contrat d'union sociale en question, Esprit, p. 170 et s.)

Certes, les situations envisagées par l'ORK dans son rapport de 2008 ne sont pas de celles qui pourraient se multiplier, dans une mesure significative, du fait de l'adoption du projet de loi en discussion.

Il s'agit de situations d'enfants dont les mère et père ont d'abord vécu ensemble, en couple hétérosexuel donc, avant de se séparer pour vivre avec un partenaire homosexuel. L'enfant a une mère et un père, avec lesquels il entretient ou peut entretenir des relations. Il a sa place dans la ligne généalogique maternelle et la ligne généalogique paternelle. De même, il y a des enfants qui sont élevés par un seul parent, que cette situation soit volontaire ou subie. Dans cette hypothèse, l'un des parents est absent ou défaillant mais il existe et l'enfant sait qu'il est né d'une relation entre sa mère et son père. La généalogie de l'enfant est peut-être incomplète mais elle n'est pas incohérente (cf. Dr. famille n° 9-2010, étude 21, n° 26).

Tout à fait différente est l'hypothèse où un enfant n'a que deux mères ou deux pères. C'est cette configuration qui pose un problème majeur et qui sera immanquablement encouragée, amplifiée par l'adoption du projet de loi. (v. infra p. 20 et s.)

On ne doit pas s'occulter que, dans le même temps, la reconnaissance légale du „fait accompli“ exerce un effet „démotivant“ sur ceux qui avaient un comportement, un mode de vie contraire. L'extension aux couples de même sexe du mariage accentuerait l'idée d'une séparation entre le mariage, la sexualité et la procréation. En conséquence, l'Etat a un intérêt à ne pas redéfinir cette institution de manière à causer sa désaffection à l'égard de ceux qui ont naturellement vocation à avoir des enfants. (cf. S. de Benalcazar op. cité n° 255)

Un anthropologue social américain, Stanley Kurtz, professeur à l'Université de Harvard et chercheur au Hoover Institute de l'Université de Stanford, s'est penché, dans plusieurs publications, sur les liens entre l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, les conséquences sur le nombre de mariages hétérosexuels et la procréation d'enfants de couples mariés en centrant ses observations sur la Scandinavie et les Pays-Bas. (v. not. *The end of marriage in Scandinavia*, *The Weekly Standard*, 2.2.2004; *Slipping toward Scandinavia*, *National Review*, 2.2.2004; *Going Dutch*, *The Weekly Standard*, 31.5.2004)

Il y constate une baisse considérable du nombre des mariages et une augmentation considérable du nombre des enfants nés d'unions libres tant aux Pays-Bas qu'en Scandinavie. Cet auteur démontre qu'„il y a une relation causale entre le mariage homosexuel ... et le déclin du mariage“. Le mariage homosexuel serait une cause parmi d'autres, mais une cause importante du dépérissement du mariage. Il souligne que l'existence du mariage homosexuel est un argument avancé pour montrer que le mariage n'est pas lié à la parentalité et sert à rompre plus encore le lien entre la filiation et l'hétérosexualité.

L'opinion publique risque moins de voir dans le mariage homosexuel une manière de renforcer et de fortifier cette institution que la suggestion de l'inexistence d'un lien entre le mariage et la procréation et l'éducation des enfants. Si le nombre de mariages homosexuels sera probablement faible, l'impact sur les mentalités sera néanmoins puissant. L'argument que le mariage et la filiation ne sont pas liés sera de plus en plus accepté et cet argument finira par saper l'opinion qui trouve encore quelques appuis dans les lois et dans la conscience commune que le mariage limité aux couples hétérosexuels est la meilleure configuration pour avoir et élever des enfants. (S. de Benalcazar op. cité n° 258)

## 1.2. *Les incohérences*

### a. Le besoin d'une double référence et l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe: la contradiction au nom du pragmatisme

Dans son avis n° 22 relatif aux adoptions et à la problématique de l'accouchement anonyme, la Commission nationale d'Ethique retient ce qui suit: „la C.N.E. fait sienne, à une large majorité, la conviction exprimée par de nombreux spécialistes en matière de développement psychologique de l'enfant et confirmée par les pédopsychiatres entendus par elle qui assurent que ce développement ne s'accomplit dans des conditions optimales que si l'enfant peut s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle, ce qui l'aide à structurer sa personnalité et son identité“. (page 6; cf. ég. exposé de Monsieur le Docteur Jean-Yves Hayez, chef de service de l'unité de pédopsychiatrie des cliniques universitaires de Saint-Luc à Bruxelles, dans le document parlementaire de la Chambre des représentants de Belgique, doc. 51 0664/008 du 23 novembre 2005, p. 175 et s.)

La conviction exprimée en ces termes revient plusieurs fois dans le texte de l'avis et a été reprise *in extenso* dans le projet de loi. Ses auteurs prennent appui sur cette observation fondamentale pour justifier leur position concernant les conditions d'accès à l'adoption (exposé des motifs, page 19).

Dans le même sens, mais par une formulation plus sommaire, le rapport de l'ORK de l'année 2008 (page 33) constate que „la relation triangulaire entre père, mère et enfant est jugée importante par les pédopsychiatres qu'il (le comité pour les droits de l'enfant) a consultés“.

Cette conclusion d'expertise est très largement partagée par la communauté scientifique de sorte que l'on peut y voir davantage qu'un simple principe de prudence: „la sagesse impose d'ériger en règle la nécessité d'une référence masculine et féminine pour la construction psychologique de l'enfant“ (Pierre Murat *Vers la famille homosexuelle par adoption* Dr. famille 4-2000, chron. 8, page 5; dans le même sens G. Kessler, *La consolidation des situations illicites dans l'intérêt de l'enfant* Dr. famille n° 7-2005, étude 16, n° 14).

Elle est à la base de l'institution du mariage et du régime de la filiation et s'oppose à l'accession aux droits familiaux des personnes qui ne remplissent pas les conditions pour offrir à l'enfant la double référence en question.

C'est ainsi qu'à propos de l'assistance médicale à la procréation et de la loi française de bioéthique, les Professeurs Terré et Fenouillet écrivent ce qui suit: „le maintien de l'exigence d'une différence de sexe exclut catégoriquement l'accès de la technique aux couples homosexuels, confirmant ainsi la conception bisexuelle de la filiation en droit français sur laquelle repose la condition d'hétérosexualité.“

Le couple homosexuel n'offre pas à l'enfant le bénéfice du double rattachement sexué". (F. Terré et D. Fenouillet Droit civil, La famille, Précis Dalloz, 7e éd. n° 937)

La CNE abonde dans ce sens lorsqu'elle écrit dans son avis n° 22 que sont en cause „des considérations anthropologiques relatives aux principes qui régissent la filiation dans nos sociétés et touchent ainsi à l'identité de l'être humain. En effet, c'est la filiation à un père et une mère qui, à travers ses deux dimensions essentielles, la généalogie – l'appartenance à deux lignées familiales – et la sexuation – avec ses deux composantes que sont l'identification et la différenciation sexuelles – qui assure à l'enfant sa place de sujet humain". (avis CNE n° 22, page 7)

Ces considérations inspirent cette évolution jurisprudentielle et législative qui, non seulement dans notre pays, mais à travers l'Europe, va dans le sens d'une extension des droits des pères: congé parental au profit des pères, droit de visite étendu, garde ou résidence alternée, garde ou autorité parentale conjointe, recours croissant aux médiations familiales voire aux astreintes ou sanctions pénales prévues en cas de non-représentation d'enfant.

Cette évolution n'est, assurément, ni le fruit du hasard ni une manifestation du souci de plaire aux adultes qui en bénéficient mais s'explique essentiellement par la considération que l'enfant a besoin de ses deux parents, père et mère, qui lui ont donné la vie et leurs gènes, et qui constituent pour lui des repères identificatoires privilégiés pour se construire et se développer dans de bonnes conditions.

Il importe de relever, d'une part, qu'aux termes de l'article 9.3. de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par une loi du 20 décembre 1993 (Mém. 1993, 2189) „Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant". D'autre part, tant le projet de loi que le rapport 2008 de l'O.R.K. et l'avis n° 22 de la CNE se réfèrent à l'article 3.1. de ladite Convention aux termes duquel „Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale".

Le projet de loi érige la disposition citée ci-dessus en principe directeur de son action (cf. exposé des motifs, p. 17 et 18).

En toute logique, l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'explicité ci-dessus et qui consiste, en résumé, à bénéficier d'un double rattachement parental sexué et d'entretenir des relations régulières avec sa mère et son père devrait donc prévaloir sur toute autre considération.

Si les auteurs du projet de loi de même que le CNE se situent, en effet, dans le droit fil des développements qui précèdent en matière d'adoption plénière, il en est différemment de l'adoption simple et du mariage.

Concernant l'adoption plénière, le projet entérine l'avis défavorable de la CNE quant à l'ouverture de ce type d'adoption aux couples de même sexe „alors que les seules personnes de référence de l'enfant seraient les parents adoptifs".

En revanche, il prévoit d'ouvrir l'adoption simple aux couples de même sexe.

Il omet, curieusement, d'examiner le bien-fondé de cette „ouverture" au regard de l'intérêt de l'enfant tel que défini ci-dessus, sauf à avancer un argument assez lapidaire qui ne tient pas entièrement compte de la réalité. Les auteurs du projet de loi semblent, en effet, vouloir écarter la contradiction apparente en faisant valoir, d'une part, que l'adoption simple peut s'appliquer à des adultes et, d'autre part, que „contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple permet de maintenir les liens juridiques avec la famille d'origine et ... rendre ainsi également possible le maintien des liens affectifs avec celle-ci. L'institution est ainsi en mesure de tempérer l'objection d'ordre psychologique qu'avait soulevée l'adoption plénière d'enfants par des couples de même sexe. La condition en est cependant que l'enfant à adopter soit en mesure de maintenir de tels rapports, à savoir à l'égard de son père biologique en cas d'adoption par un couple de lesbiennes et à l'égard de sa mère biologique en cas d'adoption par deux homosexuels masculins". (exposé des motifs, page 18)

Il est un fait vérifiable que l'hypothèse visée par le projet de loi ne se réalise que rarement. En revanche, il n'est absolument pas tenu compte d'un autre cas de figure dont on peut raisonnablement admettre qu'il soit de nature à se présenter beaucoup plus fréquemment, à savoir, celle d'un couple de personnes de même sexe qui conçoivent un projet commun de procréation médicalement assistée.

On imaginera un couple de femmes ou un couple d'hommes – encore que, dans cette deuxième hypothèse, le projet soit plus problématique sur le plan éthique et de réalisation technique plus difficile – désireux d'avoir recours à un tiers donneur anonyme (de sperme, d'ovocyte) et de mettre en oeuvre la conception et la gestation de l'enfant avec assistance médicale.

L'enfant aurait comme mère ou père biologique l'un des partenaires du couple homosexuel tandis que l'autre souhaite l'adopter de façon à remplacer le géniteur, le rôle de ce dernier se limitant à celui d'un donneur de gamètes. Certains auteurs limitent la qualification d'„homoparentalité“ à ce type de situation.

Celle-ci pose un tout autre problème que celui visé par le projet de loi puisqu'on est en présence de deux personnes réalisant un projet de filiation dans lequel l'enfant est d'emblée **privé d'une généalogie cohérente**. Qu'il s'agisse de deux personnes de même sexe adoptant ensemble un enfant ou réalisant ensemble un projet de PMA ou encore d'un tiers qui adopte l'enfant du partenaire de même sexe alors que le géniteur de l'autre sexe a été effacé dès le début de la généalogie de l'enfant, l'enfant aurait comme seule référence un couple qui ne pourrait pas l'avoir conçu. On prive, de cette manière, l'enfant d'une généalogie pouvant lui servir de fondement et de repère pour se situer et se construire. (cf. Dr. famille n° 9-2010, étude 21, n<sup>os</sup> 23-24).

Ce cas de figure a pourtant été envisagé par la CNE dans son avis n° 22, en rapport avec l'adoption simple. Elle reconnaît, en effet, que cette situation est „plus problématique“, la difficulté consistant dans la circonstance que „l'enfant est alors appelé à être éduqué exclusivement par deux personnes de même sexe. Il n'est dès lors pas en mesure de s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère ... et de bénéficier ... de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle ...“. (p. 10)

Mais au lieu d'en tirer la conclusion qui s'imposait en rendant un avis défavorable à l'ouverture de l'adoption simple aux couples de même sexe, la CNE estime que, même dans ce cas, on peut soutenir qu'il est préférable de „sanctionner juridiquement une situation de fait“ dans laquelle l'enfant grandira de toute façon dans un milieu homosexuel, sans parent référent de l'autre sexe.

Le défaut de pertinence de cet argument a été examiné plus haut. (v. supra p. 11 et s.) Il est frappant que le projet de loi n'ait pas évoqué ce cas de figure et il est difficilement concevable qu'il s'agisse d'une omission involontaire.

Il est probable que les auteurs du projet de loi aient eu conscience de l'incohérence de la proposition de la CNE avec le „constat de base“ relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'ils aient préféré, à ce stade, passer sous silence le problème posé par ce „nouveau mode de filiation“. Un mode de filiation qui est cependant appelé à connaître un avenir radieux si notre législateur consent à lui donner une assise légale. Ce faisant, il ne ferait, malheureusement, qu'entériner une pratique (au demeurant tout à fait contestable!) initiée au Centre Hospitalier de Luxembourg „au bénéfice“ d'un vide législatif et du règlement d'ordre intérieur dudit établissement public.

Notre législateur s'inspire généralement, en droit de la filiation comme dans bien d'autres domaines, du droit français.

Depuis de nombreuses années, la France dispose d'une loi sur la PMA. La loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 réserve l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels, en âge de procréer, souffrant d'une stérilité pathologique ou risquant de transmettre une maladie grave en procréant naturellement. La loi de bioéthique n° 2004-800 du 6 août 2004 n'a nullement modifié ces conditions.

Les conditions actuelles excluent donc la satisfaction des demandes émanant de personnes seules, de personnes qui ne seraient plus en âge de procréer ou de couples homosexuels ou même de paires futur père gay/future mère lesbienne qui souhaitent s'engager dans la parentalité.

La question du degré d'ouverture de l'assistance médicale à la procréation, de la détermination des conditions à remplir par les demandeurs est un sujet de société épineux et controversé qui doit être tranché par la collectivité, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants.

En attendant qu'elle l'ait fait dans le cadre d'une loi spécifique à la matière, sa volonté doit être mise en évidence à l'aide des lois existantes en droit de la famille.

En se basant sur la législation luxembourgeoise actuelle en matière de mariage et de filiation, attachée au modèle de famille traditionnel, on se doit, ne serait-ce que par honnêteté intellectuelle, d'observer

ver les critères rigoureux qui sont ceux de la loi française. Cette règle exclut 1. Les personnes trop âgées pour procréer 2. Les couples de même sexe et 3. Les personnes vivant seules.

Tant que la loi n'aura pas reconnu aux couples homosexuels le droit d'élever un enfant, ni un juge ni un établissement public n'auront à prendre les devants et à créer des faits accomplis ou, plus précisément, des situations de fait contraires aux termes et, à tout le moins, à l'esprit de la loi.

Le règlement d'ordre intérieur du CHL qui a été arrêté le 18 avril 2005 par le comité directeur, prévoit certes que l'accès aux techniques de PMA est, en principe, réservé aux couples hétérosexuels mariés ou non mariés, vivant maritalement depuis 2 ans. Cependant, il ajoute que les autres cas, à savoir „dossiers de femmes seules, des couples de lesbiennes et les demandes de don d'embryons ou de gamètes hétérologues ainsi que les dossiers des couples hétérosexuels non mariés, vivant ensemble depuis moins de deux ans, seront „discutés“ au sein du Comité scientifique ou du groupe de réflexion interne“.

Dans la réalité des faits, au bénéfice de cette réserve „passoir“ et de l'indulgence de la hiérarchie du CHL, tout un chacun, qu'il vive seul ou en couple hétéro ou homosexuel, peut avoir accès à la PMA.

L'hypothèse selon laquelle le texte actuellement en discussion „prépare le terrain“ pour que puisse être élaborée une loi sur la PMA „ultralibérale“ qui sera, le moment venu, présentée comme une suite normale de l'évolution de la société et des réformes entreprises auparavant, paraît des plus probables. S'il n'en était pas ainsi, on peinerait à comprendre pourquoi les auteurs du projet de loi tentent d'accomplir le „tour de force“ qui consiste à imposer le mariage et l'adoption au profit des couples de même sexe en dépit de l'exigence d'un double rattachement sexué.

Comment ne pas s'interroger, en outre, sur le sérieux de la différence de traitement faite par les auteurs du projet de loi entre l'adoption simple et l'adoption plénière afin de mieux souligner, par une très ample motivation, „l'intérêt supérieur de l'enfant“ lorsque l'on sait que, de toute façon, notre législateur projette d'abolir la distinction entre l'adoption simple et l'adoption plénière (cf. doc. parl. n° 5620<sup>9</sup>, rapport de la commission juridique du 17 septembre 2008, p. 14)?

Sans doute, l'ordre de présentation des réformes – mariage puis adoption – n'est-il pas non plus étranger au souci de mieux faire „avalier la pilule“.

#### b. L'inversion de l'ordre logique des réformes

Les auteurs du projet de loi présentent le lien entre les réformes respectives du mariage et de la filiation comme il suit: „L'ouverture du mariage aux couples de même sexe induit cependant inévitablement la question des conséquences dites verticales sur le droit de la famille, de l'homoparentalité et de la possibilité pour les couples de même sexe d'adopter un enfant au même titre qu'un homme ou/et une femme“. (exposé des motifs p.15)

Telle que présentée dans le projet de loi, la réforme en matière de filiation peut apparaître comme une conséquence induite, inévitable, de la réforme du mariage.

Cependant, compte tenu du fait que le mariage est une institution orientée essentiellement vers la procréation et l'éducation des générations futures et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit, en toutes circonstances, primer sur d'autres considérations, il eut, de toute évidence, fallu réfléchir à l'opportunité de modifier les règles de la filiation au regard de l'intérêt de l'enfant avant d'aborder la question de l'opportunité d'une ouverture du mariage.

C'est d'ailleurs fondamentalement la considération qu'un accès des couples homosexuels à la filiation serait inopportun qui a déterminé notre législateur en 2004 à ne pas ouvrir le mariage aux couples unisexués et à créer une autre institution alternative. A l'instar de la loi française n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité qui lui a servi de modèle (cf. not. doc. parl. n° 4946<sup>3</sup>, sess. ord. 2003-2004, avis du Conseil d'Etat p. 1), la loi luxembourgeoise du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats répondait au double objectif de reconnaître légalement le couple homosexuel et de l'exclure du droit de la famille. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe reviendrait donc sur cette distinction entre droit de former un couple et droit de fonder une famille.

Aux termes de l'article 213 du Code civil „les époux concourent, dans l'intérêt de la famille, à en assurer la direction morale et matérielle, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement“.

En se soumettant au rite du mariage, les époux confèrent à leur union une portée sociale allant au-delà de leurs promesses et de leur vie privée. Quant à son contenu, cette promesse qu'ils se font l'un l'autre est orientée dans deux directions: la communauté de vie, assortie de droits et de devoirs réciproques, qui les unit, mais aussi l'engagement qu'ils prennent ensemble d'élever leurs enfants à venir. Car s'il est bien sûr qu'individuellement il est des mariages sans enfants qui ne sont pas moins dignes que les autres, socialement l'institution trouve bien sa justification dans la création d'une famille nouvelle et l'accueil des enfants futurs. La présomption de paternité ainsi que l'article 213 du Code civil expriment cette unité profonde qui relie la création du lien conjugal aux obligations que les époux assument en qualité de parents. Ainsi pourrait-on définir le mariage comme un engagement réciproque, solennellement contracté devant l'officier de l'état civil par lequel un homme et une femme s'obligent mutuellement à une communauté de vie et promettent ensemble d'élever leurs enfants. (F. Dekeuwer-Defossez Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, rapport au Garde des sceaux, Ministre de la Justice, La documentation française, pages 110-111)

Ainsi que l'exprime le doyen Cornu, dans une formulation plus ramassée, „le mariage porte en lui les enfants. Le projet de procréation est un des éléments de sa définition ... Le mariage est l'union de l'homme et de la femme en vue d'avoir des enfants“. (G. Cornu Droit civil, tome 2, La famille, n° 159 éd. Montchrestien)

La prise en compte de cette composante du mariage qui a déjà été envisagée plus haut afin de mettre à jour le lien qu'il présente avec l'intérêt général, permet en outre d'éclairer le débat autour de la question de la „dénaturation“ du mariage par son ouverture au mariage homosexuel.

Certes, il existe des mariages sans enfants et des enfants nés hors mariage.

Ces circonstances ne remettent cependant pas en cause le caractère hétérosexuel du mariage ni la finalité du mariage. Le mariage sans enfants est trop exceptionnel pour altérer le caractère normal du mariage: „Il arrive fréquemment qu'une institution juridique, établie dans un but déterminé, trouve ensuite dans la pratique d'autres utilités secondaires en vue desquelles elle n'a pas été faite. La réalisation du moindre des effets du mariage suffit pour le motiver dans des cas exceptionnels, mais non pas pour donner théoriquement la raison d'être décisive de cette institution, son but social“. (M. Planiol et G. Ripert Traité de droit civil tome 1er éd. LGDJ n° 694)

Il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux mais un but recherché, encouragé. La loi a, pour ainsi dire, un rôle pédagogique. Elle favorise la procréation par un engagement solennel.

Un auteur a comparé, sous cet aspect, le mariage et le contrat de société. Le fait qu'il existe des sociétés qui ne réalisent pas de bénéfices ou ne permettent pas de réaliser des économies n'infirmant pas la définition légale de la société selon laquelle elle est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de réaliser l'économie qui pourrait en résulter (1832 du code civil). Il en serait de même du mariage. Enfin, „lorsque le but est atteint et que le couple marié procrée un enfant, alors le mariage associe le mari de la mère à l'enfant et fait de cet homme le père qui prendra soin de l'enfant. A la lumière de cette finalité, le mariage ne paraît pas être l'odieux mécanisme d'exclusion destiné à stigmatiser l'instabilité supposée ou le caractère non respectable du mode de vie homosexuel. Il s'agit d'un cadre visant à lier tout à la fois le père, la mère et l'enfant ... En réalité, l'on peut estimer que le mariage sert à renforcer le lien naturel (biologique et psychologique) qui s'établit entre les parents et l'enfant: il parachève ce à quoi tend la nature. Il renforce l'affection naturelle entre l'homme et la femme en même temps qu'il renforce les liens de chaque parent à l'égard de l'enfant. Il satisfait un besoin et comble un désir. En ce sens, le mariage est naturel, non dans le sens d'une nécessité, mais dans le sens d'une potentialité bénéfique dans un couple hétérosexuel qui est apte à avoir et élever des enfants“. (S. de Benalcazar op. cité n° 270 et n° 273)

A l'inverse, le mariage homosexuel est inapte à remplir de telles fonctions. Il n'y a pas de liens biologiques entre chacun des partenaires de même sexe et l'enfant qui peut survenir. L'enfant ne procéderait pas de l'union des deux parents. En ce sens, il n'y aurait pas de base naturelle donnant appui au mariage du couple de même sexe. Un tel mariage serait davantage soumis aux aléas des consentements et à la fragilité du désir.

Le désir d'enfant dans le couple de même sexe soulève, dès le départ, une question troublante et source potentielle de conflits: qui des deux parents sera le géniteur biologique de l'enfant?

Elle se dédouble d'une autre question qui se posera, au plus tard, au moment de la séparation, mais qui est susceptible d'obscurcir, d'embler, les relations dans le couple: qui du parent biologique ou du

parent adoptif aura le droit de vivre avec l'enfant, en cas de séparation? Et dans la mesure où l'on peut présumer que seule l'importance des liens tissés entre le parent adoptif et l'enfant pourrait faire pencher la balance du côté du parent adoptif plutôt que du côté du parent biologique, n'est-il pas dans l'intérêt de ce dernier de provoquer la séparation à la première dispute sérieuse?

Au regard de ces observations, il y a lieu de s'interroger sur les raisons de revendiquer une institution qui, par nature, ne peut pas s'appliquer aux couples de même sexe ou dont l'application aux couples de même sexe soulève une multitude de problèmes considérables.

On peut soutenir que cette perception des liens susceptibles de se nouer et d'être favorisés par les liens du mariage est inexacte, de même qu'on peut soutenir que l'humanité a fait fausse route jusqu'à présent en admettant que le mariage comme union de deux personnes de sexes différents était l'environnement optimal pour l'éducation des enfants.

Il demeure que la question fondamentale est de savoir si l'éducation, voire la procréation, d'un enfant dont il est acquis d'emblée que l'un au moins des conjoints ne sera pas son géniteur biologique, est conforme à l'intérêt social, d'une part et si l'éducation d'enfants par deux personnes de même sexe est également conforme à l'intérêt social, d'autre part. De plus, ce double contrôle de conformité devrait s'exercer non seulement par rapport à l'intérêt social, globalement, mais aussi par rapport à l'„intérêt supérieur de l'enfant“ dont on sait qu'il doit prévaloir sur toute autre considération et qu'il est difficilement dissociable de l'intérêt social.

En conséquence, le débat devrait porter d'abord sur l'opportunité d'une réforme de la filiation avant que l'on envisage, le cas échéant, une réforme du mariage.

„La question du mariage des couples de même sexe est consubstantielle à celle de l'homoparentalité: ceux qui croient que le mariage n'est qu'une affaire de couple, dissociable des affaires de descendance, sont ou naïfs ou partisans: le mariage a toujours été la clé de la filiation et il le reste.“ (P. Murat L'adoption simple au sein du couple homosexuel, Dr. famille n° 2-2008, comm. 28)

Or, ce n'est pas la façon de voir des auteurs du projet de loi en discussion qui procèdent en sens inverse tout en s'attachant à des considérations étrangères à celles évoquées ci-dessus. Ils étendent le mariage aux couples de même sexe pour des raisons tout à fait indépendantes de la procréation et de l'éducation avant d'en induire, „par voie de conséquence verticale“, une ouverture de l'adoption aux couples unisexués.

Les développements qui précèdent amènent à s'interroger, de manière particulièrement pressante, sur la nécessité juridique d'octroyer des droits familiaux aux couples de même sexe.

## ***2. L'absence de nécessité juridique de la réforme***

Selon les auteurs du projet, une contrainte rendant nécessaire les changements dont il s'agit consisterait dans les exigences des principes d'égalité et de non-discrimination: „Cette évolution s'observe ... comme la conséquence d'une volonté de garantir ... une société ouverte à l'égalité de traitement et de chances des individus et des groupes ... L'accès des unions de même sexe au mariage ... permet d'asseoir une égalité juridique ... (exposé des motifs p.15) ... L'ouverture du mariage aux couples de même sexe répond à ... un renforcement du principe d'égalité, dont la mise en oeuvre passe ... par la lutte contre les discriminations ... (exposé des motifs p. 16) ... Cette évolution législative permettra d'assurer l'égalité des couples ...“. (exposé des motifs p. 17)

A d'itératives reprises, l'exposé des motifs du projet mentionne donc les notions d'égalité et de non-discrimination.

Le principe d'égalité, très complexe et délicat à appliquer, requiert que l'on se demande si un couple homosexuel est dans la même situation qu'un couple hétérosexuel au regard du mariage et de la filiation.

Il y a lieu d'examiner si les innovations projetées sont requises, d'un point de vue juridique, en matière de mariage, d'une part, de droits parentaux et de filiation, d'autre part. Une attention particulière sera accordée à la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH).

## 2.1. *Le mariage*

### – le droit interne

L'article 144 du Code civil: „L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant seize ans révolus, ne peuvent contracter mariage.“

Bien que la différence de sexe ne soit pas expressément exigée par l'article cité ci-dessus, il est admis que le mariage est une union hétérosexuelle non seulement en référence à la volonté du législateur et à la considération que „la cohérence juridique qui lie la filiation légitime au mariage demeure la traduction contemporaine évidente de la complémentarité sexuelle qu'implique le mariage“ (C. Neirinck, *Le droit à la vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels*, op. cité p. 65) mais aussi eu égard à la formulation dépourvue d'ambiguïté contenue à l'article 75 alinéa 3 du Code civil sur l'échange de consentements devant l'officier de l'état civil: „L'officier de l'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme“.

En France, où les textes afférents sont identiques, la Cour de cassation affirme de manière lapidaire (comme s'il s'agissait d'une évidence) que „selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme“. Il s'agit pour la Haute Juridiction d'une condition de validité du mariage et le ministère public qui a pour charge d'assurer la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci, peut contester tout mariage qui ne respecterait pas ce critère. La Cour de cassation française ajoute que „ce principe (i.e. la différence de sexe comme condition de validité du mariage) n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne“. (Cass Civ. 1re 13.3.07 D. 2007 p. 935 et s. note I. Gallmeister)

Nous ne disposons pas de jurisprudence luxembourgeoise sur ce point.

### – le droit européen

A titre liminaire, on évoquera brièvement les résolutions du Parlement européen du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des gays et des lesbiennes dans l'Union européenne, mentionnées dans l'exposé des motifs et qui concernent, plus spécifiquement, la question traitée.

Le rapport Roth – du nom de la députée écologiste Claudia Roth qui a rédigé le rapport de la Commission des libertés publiques du Parlement européen sur lequel se fondent les résolutions – retient qu'il s'agit, simplement, de proposer aux couples de même sexe soit le mariage soit un partenariat qui leur confère les mêmes droits.

Or, le partenariat dont il s'agit, a d'ores et déjà été introduit dans notre législation par la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

De plus, les résolutions du Parlement européen de cette nature sont dépourvues de toute force normative.

Le fait est qu'aucune norme écrite n'impose, expressément, d'ouvrir l'accès au mariage aux couples homosexuels.

La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un tel droit ne résulte ni expressément, ni implicitement de la Convention EDH.

Dans un arrêt du 11 juillet 2002 (aff. Goodwin, D. 2003. Jur. 2032, note Chavent-Leclère) la Cour de Strasbourg avait déjà considéré que le refus du mariage homosexuel ne se heurte pas à l'article 12 de la Convention (auquel l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux peut être assimilé) dès lors qu'elle retient qu'„en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent“.

La question à trancher ne permettait guère d'interprétation (cf. RTD civ. 2007, page 316. obs. J. Hauser). En effet, l'article 12 de la Convention vise expressément un homme et une femme: „à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme peuvent contracter mariage“. Par ailleurs, tant l'article 12 de la Convention que l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union prévoient le droit de se marier et de fonder une famille „selon les lois nationales qui en régissent l'exercice“.

Dans son arrêt rendu le 24 juin 2010, soit peu avant le dépôt du projet de loi en discussion, dans une affaire *Schalk et Kopf c./ Autriche* (requête n° 30141/04), la Cour de Strasbourg a considéré que le fait de ne pas permettre à des partenaires homosexuels d'accéder au mariage ne constituait ni une

violation de l'article 12 (droit de se marier) ni une violation de l'article 14 (interdiction des discriminations) combiné à l'article 8 (respect de la vie privée et familiale) de la Convention.

La Cour constate que seulement 6 Etats sur 47 Etats signataires ont ouvert l'accès au mariage aux partenaires homosexuels (attendu n° 58), que le commentaire de l'article 9 de la Charte relative aux droits fondamentaux de l'Union européenne n'exclut pas les mariages homosexuels sans toutefois les imposer, que le mariage a des racines sociales profondes qui diffèrent largement d'une société à l'autre, que les autorités nationales sont les mieux placées pour répondre aux besoins de la société qu'elles représentent et que la Cour n'a pas à substituer son jugement à celui des autorités nationales (attendu n° 62).

On relèvera à cet égard l'intéressante distinction opérée par la Cour Européenne des droits de l'homme entre les droits patrimoniaux et les droits parentaux (l'arrêt n'est actuellement disponible qu'en version anglaise) „When it comes to **parental consequences**, however, the possibilities for registered partners to undergo medically assisted insemination or to foster or adopt children vary greatly from one country to another ... The applicants appear to argue that if a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it is obliged to confer a status on them which – though carrying a different name – corresponds to marriage in each and every respect.

The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition ... The Court observes that the registered Partnership Act gives the applicants a possibility to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects. While there are only slight differences in respect of material consequences, some **substantial differences remain in respect of parental rights**. However, this corresponds on the whole, to the trend in other member states (see paragraphe 32-33 above) ... On the whole, the Court does not see any indication that the respondent State exceeded its margin of appreciation in its choice of rights and obligations conferred by registered partnership“.

En conclusion, la Cour retient, de manière très explicite, que l'article 12 de la Convention n'impose nullement aux Etats parties l'obligation de garantir aux partenaires homosexuels l'accès au mariage (n° 63).

Le passage cité met en évidence qu'aux yeux des juges européens, le mariage est une institution essentiellement tournée vers la procréation et l'éducation des enfants. C'est ce qui motive la Cour à décider que la détermination des conditions d'accès au mariage relève du pouvoir d'appréciation des Etats.

On notera que si, en l'espèce, la Cour était invitée à se prononcer sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, la teneur de la motivation de l'arrêt et particulièrement la distinction entre droits patrimoniaux et droits parentaux permet d'entrevoir la position qui eut été la sienne sur la question de l'accessibilité de l'adoption aux couples homosexuels. Il est intéressant de relever que cet arrêt, rendu plus de deux ans après l'arrêt E.B c/ France (v. infra p. 40 et s.), donne tort à ceux qui, sur base d'une lecture quelque peu superficielle, avaient cru pouvoir interpréter ce dernier arrêt comme imposant le droit d'adoption aux couples homosexuels.

Cet arrêt confirme les dires d'un auteur averti selon lequel, la Cour de Strasbourg est „plus sensible qu'on ne le dit à l'objection du gouvernement des juges et évite avec une extrême prudence de trancher à la place des Etats les questions dites de société“. (RTD civ. 2007, p. 288 obs. J-P. Marguenaud).

Pour être complet, on mentionnera que la Cour de Justice des Communautés européennes, pour sa part, se montre également attachée à une vision „traditionnelle“ du mariage au sens d'une union entre personnes de sexe différent. (CJCE 31.5.01 aff. C-122/99 D. 2001 p. 3380 note C. Nourissat; ég. Dr. famille 04-2004, comm. n° 62, A. Gouttenoire, p. 34)

Plus fondamentalement, la loi ne réserve pas le mariage aux hétérosexuels. Il ne leur réserve pas davantage le droit de procréer ou d'adopter.

Ce n'est pas l'hétérosexualité ou l'homosexualité qui est prise en compte par la loi mais la qualité d'homme et de femme. L'exigence d'altérité sexuelle que requièrent les conditions afférentes du Code civil relatives au mariage et à la filiation est un critère objectif consistant dans l'identité sexuelle. Ce n'est pas l'orientation sexuelle (aspect subjectif de la personne) qui est prise en considération. Il n'y a donc, sous l'angle de l'orientation sexuelle, aucune discrimination au stade de l'accès au mariage, à la procréation ou à l'adoption.

Contrairement à ce qui est parfois soutenu avec un certain succès (v. not. en ce sens un arrêt de la Cour suprême de Hawaï dans une affaire Baehr vs Lewin, 852 P2d 44, Haw. 1993) la loi réservant le mariage aux couples hétérosexuels n'est pas une discrimination fondée sur le sexe puisqu'elle n'interdit

pas à un homme de se marier mais de se marier avec un autre homme et elle n'interdit pas davantage à une femme de se marier mais de se marier avec une autre femme. La loi n'est pas non plus homophobe puisqu'elle n'interdit pas à une personne se déclarant homosexuelle de se marier avec une personne de sexe opposé. (S. de Benalcazar op. cité n° 288)

Les juridictions luxembourgeoises n'ayant pas été amenées à se prononcer sur ces questions on ne saurait affirmer que notre jurisprudence inciterait le législateur à ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

## 2.2. Les droits parentaux et la filiation

L'homosexualité d'un individu n'est pas un obstacle pour exercer ses prérogatives et ses droits en tant que parent dès lors qu'ils ont été obtenus dans le cadre d'une union hétérosexuelle. Ni le législateur ni le juge ne nient les capacités parentales des parents homosexuels.

La jurisprudence n'hésite pas à confier non seulement un droit de visite mais aussi l'autorité parentale à un parent homosexuel sur son enfant né d'une union hétérosexuelle sous réserve que l'intérêt de l'enfant ne soit pas menacé. Dans de telles situations, l'autorité parentale ne remet pas en cause ni le schéma de la différence des sexes ni la présence chez un enfant d'un père et d'une mère.

D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme s'oppose à l'exclusion, par principe, du droit pour l'un des parents de se voir attribuer l'autorité parentale en raison de ses orientations sexuelles, en référence à l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention (CEDH 21.12.99 Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal, requête n° 33290/96, JCP Ed. Gén. n° 19, 8.5.02, II, 10074; Dr. famille 2000, comm. 45, note A. Gouttenoire-Cornut).

En France, les couples de même sexe ont, pour l'essentiel, recours à deux types de procédés pour investir le partenaire du parent biologique de tout ou partie des droits parentaux: l'adoption simple et la délégation d'autorité parentale.

Si l'adoption simple se heurte à l'hostilité de la Cour suprême, il en est autrement de la deuxième „construction“ envisagée.

Par deux arrêts rendus le 20 février 2007, la Cour de Cassation a refusé l'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe (n° 06-15.647, JurisData n° 2007-037456 et n° 04-15.676; Bull. civ. I n° 70 et 71; JurisData n° 2007-037455; JCP 2007, II, 10068). Dans les deux espèces, l'adoption simple dont on sait qu'elle opère un transfert des prérogatives d'autorité parentale sauf lorsque l'adoptant est le conjoint du parent biologique (article 365 du code civil), allait, en fait, à l'encontre de la volonté de ce dernier. Dans la première espèce, il était établi que la mère biologique „entendait continuer à élever son enfant“ tandis que, dans la seconde espèce, les partenaires étaient convenues d'une adoption simple par la concubine de la mère suivie d'une délégation-partage d'autorité parentale de l'adoptante à la mère, démarche que la Cour suprême qualifie d'„antinomique et contradictoire“.

Dans les deux affaires dont la Cour de Cassation a eu à connaître „les mères avaient donné leur consentement à l'adoption ... mais elles n'avaient pas consenti à ses effets. Vivant toujours avec l'adopté, elles n'entendaient ni renoncer à leur autorité parentale, ni jouer un rôle inconsistant auprès de lui ... On ne peut juridiquement vouloir une chose et son contraire“. (C. Neirinck, JCP 2007, op. cité p. 29)

Dans un arrêt du 6 février 2008 (n° 07-12.948, JurisData n° 2008-042679) la Cour de cassation (1<sup>re</sup> chambre) a fait une pure application de la jurisprudence inaugurée par les arrêts du 20 février 2007. L'adoption simple est refusée au partenaire de la mère de l'enfant en raison du transfert de l'autorité parentale lié à l'adoption dès lors que la mère biologique entend continuer à élever l'enfant.

L'adoption simple au profit du partenaire homosexuel n'est donc pas véritablement exclue. Mais elle ne saurait être acceptée *ex lege* que si le parent biologique est résolu à ne pas élever son enfant, ce qui suppose l'absence de tout projet familial commun entre les personnes concernées: „Le fait que soit mentionnée la décision de la mère de continuer à élever l'enfant entrouvre la porte à une adoption qui reposerait sur une volonté contraire, mais est-ce concevable dans un couple qui est censé élever l'enfant en commun ... Ce n'est donc pas une condamnation générale de l'adoption simple dans un couple de même sexe, mais seulement l'affirmation que, la législation étant ce qu'elle est et ses conséquences incontournables, elle n'est admissible que si celle qui consent à l'adoption est prête à assumer les conséquences prévues par la loi“. (RTD civ. 2007, p. 326 obs. J Hauser; v. ég. P. Murat, Dr. famille n° 02-2008, comm. n° 28, p. 33)

En l'occurrence, le consentement donné par les mères „réalisait un véritable détournement de l'institution comparable au détournement que réalisent les mariages blancs“. (C. Nerirink JCP 2007 op. cité p. 29)

Peu auparavant, la Haute juridiction avait adopté une solution identique dans un arrêt du 19 décembre 2007 (n° 06-21369, JurisData n° 2007-041977; Dr. famille, n° 02-2008, comm. 28, note P. Murat p. 32) qui présente l'originalité d'affirmer que celle-ci „ne contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme“.

Le pourvoi invoquait les articles 8 et 14 de la Convention EDH: l'impossibilité d'adopter l'enfant du partenaire constituerait „une discrimination à l'encontre des personnes de même sexe vivant en union stable et continue dans les liens d'un pacte de solidarité“.

Dans un commentaire approuvateur de l'arrêt de rejet, le Professeur Murat relève que „le traitement serait exactement le même pour un couple de concubins ou de pacsés hétérosexuels: l'adoption de l'enfant ne leur serait pas davantage accessible si le parent de l'enfant entend continuer à remplir son rôle parental“.

L'élément déterminant est le fait d'être marié ou non car seul le mariage empêche le transfert complet de l'autorité parentale au préjudice du parent biologique: „Plus qu'une discrimination, cette différence de traitement peut passer pour la marque d'une politique législative qui confère au mariage une différence de sens et de degré institutionnel par rapport aux autres formes de vie en couple qui n'ouvrent pas les mêmes droits“. (ibidem)

Dès lors, une réforme qui étendrait cette exception aux partenaires hétérosexuels non mariés s'exposerait à un reproche de discrimination autrement fondé.

En droit luxembourgeois, l'article 360 du code civil relatif aux effets de l'adoption civile est d'une teneur similaire à l'article 365 du code civil français.

A l'instar de ce dernier, il dispose que „l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale“ et prévoit comme seule exception l'adoption par le conjoint du père ou de la mère.

Il est donc vraisemblable que si la question était posée à nos juridictions, elle serait résolue de la même manière d'autant que la position de la Cour de cassation française est constante, parfaitement cohérente et approuvée par la doctrine.

La seule manière de construire une famille élective homosexuelle admissible en droit français est de recourir à la délégation d'autorité parentale.

Aux termes de l'article 377 du code civil français: „Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers. membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance“.

Dans un arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation a décidé que les règles de la délégation volontaire de l'autorité parentale ne s'opposaient pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue partiellement l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (Cass. Civ. 1re 24.2.06, n° 04-17.090, JurisData n° 2006-032294, Dr. famille 2006, comm. 89).

De cette manière, les couples unisexués peuvent parfaitement organiser, sur un plan juridique, la gestion des problèmes pratiques liés à l'éducation de l'enfant dont ils ont la charge. En procédant de la sorte, ils ne remettent pas en cause la cohérence du régime juridique de la filiation puisqu'ils n'ont pas accès à la filiation biparentale.

„En ouvrant clairement le recours à la délégation-partage, solution qui répond aux besoins quotidiens des intéressés tout en ménageant l'avenir, elle trace la voie d'une alternative au statut familial plénier tiré de l'octroi initial d'un lien de filiation.“ (Dr. Famille n° 04-2006, comm. n° 89, P. Murat p. 20)

Si l'autorité parentale partagée par le parent d'origine avec son partenaire est actuellement la seule voie praticable en droit positif français, cette voie est largement ouverte aux couples de même sexe. „Poser comme condition ... que les circonstances l'exigent n'a pas de signification particulière, sinon celle d'obliger les juges du fond à caractériser des éléments de fait à l'appui de leur décision ... (cette formulation n'ayant) ... d'autre utilité que de créer une obligation processuelle et de rappeler – ce qui n'a vraiment rien d'original en la matière que l'intérêt de l'enfant est la mesure de la décision.“ (Dr. Famille n° 04-2006, op. cité p. 21)

Cette appréciation est renforcée par la prise en considération des circonstances de l'espèce ayant conduit à l'arrêt cité lesquelles ne rendaient nullement indispensable la délégation litigieuse (cf. C. Neirinck, JCP 2007, op. cité p. 30) ainsi que par une décision postérieure du 16 août 2008 de la même Chambre. Dans cet arrêt, la Haute juridiction est même allée jusqu'à approuver une délégation d'autorité parentale du père à la concubine de la mère décédée alors pourtant que la soeur de la mère décédée avait formé une demande de délégation de l'autorité parentale à son profit au motif que l'intérêt des enfants était de continuer de vivre auprès de la femme qui s'occupait d'eux depuis le décès de la mère, qui leur donnait stabilité et affection et auprès de laquelle ils pouvaient s'épanouir. (Cass. civ. 1re 16.8.2008 n° 07-11.273; JurisData n° 208-043626; Dr. famille n° 07-2008 comm. n° 101, P. Murat p. 30 et s.)

En droit luxembourgeois, l'article 387-3 du code civil relatif aux conditions de la délégation de l'autorité parentale est d'une teneur tout à fait différente de l'article 377 du code civil français.

Notre loi contient encore la condition de la „remise de l'enfant“ anciennement prévue par la loi française. L'article 387-3 (alinéa 1er) de notre code prévoit en effet que les parents peuvent „renoncer en tout ou en partie à l'exercice de leur autorité“ dès lors qu'„ils ont remis l'enfant mineur à un particulier digne de confiance ou à un établissement agréé à cette fin par arrêté grand-ducal“.

Notre loi n'envisage qu'une seule autre hypothèse, celle où „les parents se sont désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an“, auquel cas la délégation peut être décidée à la demande du délégataire (alinéa 3).

Il serait indiqué de suivre le législateur français dans son abandon de la condition de la remise de l'enfant laquelle empêche les couples de même sexe ainsi que les partenaires hétérosexuels d'une famille recomposée d'avoir recours à la délégation d'autorité parentale.

On pourrait même assouplir encore davantage les conditions d'application de la délégation volontaire dans un sens plus favorable aux couples concernés en introduisant la notion de „tiers digne de confiance“ et en posant la règle qu'automatiquement la conclusion d'un contrat de partenariat ou d'un mariage confèrent au partenaire ou au conjoint la qualité de tiers digne de confiance. Il n'en serait autrement qu'en cas de déclaration en sens contraire (cf. C. Neirinck, JCP 2007, op. cité p. 30).

Lorsqu'il s'agit, non pas de régler les difficultés nées d'un changement de situation familiale, initialement hétérosexuelle, mais de la création d'une situation familiale incompatible avec l'exigence du double rattachement sexué mère-père, la réponse négative actuellement donnée par la jurisprudence doit être approuvée.

On ne saurait comparer la création *ex nihilo* d'un lien de filiation avec la gestion des difficultés nées de la séparation des parents d'un enfant pour lequel la filiation est légalement établie. En effet, „reconnaître les droits familiaux d'un parent par le sang, homosexuel, est une chose, donner en adoption un enfant à une personne homosexuelle en est une autre. Dans le premier cas, ... il semble même préférable de favoriser *a priori* le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents plutôt que de reléguer dans l'ombre un parent au nom de son homosexualité. Toute autre est, en revanche, la situation de l'adoption: le droit est sollicité pour créer un lien artificiel destiné à donner une famille à un enfant; le candidat à l'adoption n'est privé d'aucun droit né de sa situation familiale; il revendique l'usage d'une institution ... essentiellement instituée dans l'intérêt de l'enfant“. (P. Murat Vers la famille homosexuelle par adoption Dr. Famille n° 4-2000, chron. n° 8, p. 5; dans le même sens C. Neirinck, Les filiations électives à l'épreuve du droit, JCP G 1997, I, 4067)

Le problème de la création artificielle de droits familiaux au profit des couples de même sexe (ou d'une personne vivant seule) soulève immanquablement la question de l'opportunité d'une redéfinition du mariage et de la filiation.

Que la loi reconnaisse une simple différence de situation entre un couple constitué d'un homme et d'une femme et un couple constitué d'individus de même sexe n'est pas en soi une discrimination injuste. Le droit du mariage fait sienne la considération que „le couple suppose la complémentarité et d'abord la complémentarité d'organes“ (J. Carbonnier op. cité p. 393). Si l'on estime que le refus d'accorder le mariage aux couples de même sexe est une discrimination fondée sur l'appartenance à un genre, on suppose alors que le mariage doit être seulement une association entre deux sujets de droit désincarnés, par opposition à une idée du mariage fondée sur la complémentarité des sexes. Or, c'est précisément cette dernière idée que le droit suppose et qu'il faut débattre (S. de Benalcazar op. cité n° 292; v. ég. C. Neirinck Le droit à une vie familiale des transsexuels et des homosexuels, op. cité, p. 61-62).

Il en est de même de l'adoption. Ce n'est pas parce qu'une personne présente une orientation homosexuelle que l'adoption lui est refusée. C'est parce que l'absence de référence père-mère (laquelle résulte d'une procréation naturelle) est considérée comme défavorable à l'enfant. Là aussi, la vraie question dont il faut débattre est de savoir si l'exigence de cette double référence est requise par l'intérêt social et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Compte tenu de la teneur des réformes projetées, il paraît paradoxal de constater qu'à cette dernière question tant le projet de loi que l'avis de la Commission nationale d'éthique et le rapport de l'ORK répondent, très clairement, par l'affirmative.

#### – l'adoption plénière

Conformément à l'avis de la Commission nationale d'éthique, le projet de loi en discussion entend, quant à l'adoption plénière, ne pas mettre fin à la limitation de l'accès aux couples hétérosexuels.

Les conclusions auxquelles aboutissent tant les membres de la Commission nationale d'éthique que les auteurs du projet de loi sont parfaitement cohérentes avec le postulat de base qui est l'intérêt de l'enfant à bénéficier d'un double rattachement filial à une mère et à un père.

Il n'est dès lors guère utile de s'étendre sur ce point sauf à écarter une idée reçue. Si dans l'arrêt Wagner contre Luxembourg (arrêt du 28.6.07, requête n° 76240/01), la CEDH a condamné notre Etat, ce n'est pas, contrairement à une opinion répandue, au motif que la Convention européenne imposerait aux Etats membres de permettre aux célibataires de procéder à une adoption plénière. Notre Etat a été condamné parce que les juges luxembourgeois avaient refusé l'exequatur à un jugement étranger (péruvien) prononçant l'adoption plénière au profit de la demanderesse dans des circonstances bien particulières que la CEDH décrit amplement, avec, dans le cas d'espèce, des conséquences préjudiciables pour la mère adoptive et l'enfant (cf. Journal du droit international (Clunet) n° 3, juillet 2008, chronique n° 5, E. Decaux et P. Tavernier: chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, n° 22). L'arrêt paraît critiquer en particulier „la réponse assez formaliste donnée par les juridictions luxembourgeoises à la reconnaissance“ du jugement étranger se manifestant par une application trop stricte de règles de droit international privé au demeurant dépassées (cf. avis n° 22 de la Commission nationale d'éthique, annexe, p. 52).

#### – l'adoption simple

Par deux fois, la CEDH a été invitée à statuer sur la question de la licéité, au regard de la Convention, de l'exclusion d'un demandeur à l'adoption simple, en raison de son homosexualité. Les deux affaires mettaient en cause la France et ont donné lieu à des arrêts (Fretté/ France 26.2.02, requête n° 36515/97, Juris-Data n° 2002-173627, JCP G 2002, II, 10074; E.B./ France 22.1.08, requête n° 43546/02, JCP G 2008, act. 81; Rev. Lamy dr. civ. 2008, n° 46, p. 42) que bon nombre d'auteurs et même plusieurs juges de la Cour de Strasbourg s'accordent à considérer comme contradictoires à certains égards (v. opinions dissidentes à la suite du deuxième arrêt cité des juges Costa, Turmen, Ugrekheldize et Jociene et opinion dissidente séparée du juge Loucaides).

Dans la première affaire, la Cour a débouté le requérant estimant qu'il n'y avait pas eu violation des articles 8 (protection de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction des discriminations) de la Convention. (Dans cette première espèce, l'homosexualité du requérant constituait plus ouvertement le motif du refus opposé par l'administration française. Devant le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement avait posé l'enjeu du litige en ces termes: „Admettre la légalité du refus d'agrément dans le cas présent revient à condamner implicitement mais nécessairement à l'échec toute demande d'agrément en vue de l'adoption émanant d'un homosexuel“.)

Dans la deuxième affaire, la Cour a jugé, en revanche, qu'il y avait eu violation des articles 8 et 14 de la Convention.

Certains motifs de l'arrêt Fretté qui n'ont en rien été contredits à ce jour, méritent d'être cités parce qu'ils mettent en lumière l'analyse que fait la Cour de l'intérêt de l'enfant et des limites de la protection de la vie privée et familiale au sens de l'article 8.

La Cour tient pour établie l'affirmation du requérant selon laquelle „la décision mise en cause reposait de manière déterminante sur l'homosexualité déclarée“ du requérant (attendu n° 37). Elle relève cependant que le but poursuivi par l'Etat français était légitime à savoir „protéger la santé et les droits des enfants“ et que le point de savoir s'il convient de donner à deux personnes du même

sexe le droit d'élever un enfant est une „question délicate touchant aux intérêts de la société dans son ensemble“ et relevant d'un „domaine où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et ... où il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat“ (n° 41).

Elle considère que l'Etat doit veiller à ce que les personnes choisies pour accueillir un enfant soient „celles qui puissent lui offrir sur tous les plans les conditions d'accueil les plus favorables“ et rappelle à cet égard qu'„une importance particulière doit être attachée à l'intérêt de l'enfant qui peut ... l'emporter sur celui du parent“ (n° 42).

Partant du constat que „la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels ... et qu'existent de profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales“, la Cour retient finalement que „les autorités nationales ont légitimement pu considérer que le droit de pouvoir adopter trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés“ (n° 42) et rejette la demande.

A la lecture de l'arrêt Fretté, la protection de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention „consiste à interdire les atteintes portées à la vie familiale et va jusqu'à imposer des obligations positives aux autorités pour que les relations familiales soient maintenues ou, le cas échéant, rétablies, mais elle **ne permet pas d'exiger de l'Etat qu'il donne à toute personne les moyens de fonder une famille**. Cette limite est d'autant plus marquée lorsqu'il s'agit de „familles électives“, créées notamment par la voie de l'adoption. Il ne s'agit pas alors seulement de reconnaître le lien existant un adulte et un enfant déterminés, mais de permettre à une personne **d'accéder par une voie „artificielle“ à la parenté**“ (A. Gouttenoire et F. Sudre, J.C.P. Ed. Gén. n° 19, 8 mai 2002, II, 10074, n° 6)

La limite ainsi dégagée entre ce que protège l'article 8 et ce qu'il ne protège pas, n'a en rien été démentie par l'arrêt E.B. c. France.

En revanche, là où il est permis de voir une contradiction entre les deux arrêts, c'est que, dans la première affaire, les juges européens ont considéré que la liberté d'appréciation de l'Etat membre est à ce point entière qu'elle implique le droit pour ses autorités d'exclure un demandeur homosexuel de la procédure d'adoption alors que, dans la deuxième affaire, elle a considéré qu'à partir du moment où la loi d'un Etat permet l'adoption par une seule personne, renonçant par là à l'exigence d'une référence parentale masculine et féminine, il n'est pas permis aux autorités de cet Etat d'écarter un demandeur agissant seul, au motif qu'il serait homosexuel, sous peine de commettre une discrimination.

De manière plus précise, la Cour retient dans l'arrêt E.B./ France que la Convention, et plus particulièrement l'article 8 de celle-ci, n'impose pas, par lui-même, le droit pour des célibataires d'adopter et que l'Etat qui consacre néanmoins un tel droit va „au-delà de ses obligations“ nées de la Convention.

Cependant dès lors qu'il a consacré ce droit, il doit le respecter sans partage, sous peine de contrevenir aux articles 8 et 14 de la Convention.

La Cour de Strasbourg constate que „... l'article 8 de la Convention ignore cette question“ (i.e. ouverture du droit d'adoption à une personne célibataire) mais elle relève que „la législation française accorde, quant à elle, expressément, aux personnes célibataires, le droit de demander l'agrément en vue d'adopter et établit une procédure à cette fin“. Sous ce rapport, les juges européens constatent que „le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne homosexuelle ce qui n'est pas contesté“ et que „les dispositions pertinentes du Code civil restent muettes quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe“ (n° 94-95). La CEDH en conclut que „l'Etat qui est allé au-delà de ses obligations découlant de l'article 8 en créant pareil droit, ce qui lui est loisible de faire en application de l'article 53 de la Convention, ne peut, dans la mise en application de ce dernier, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14“ (n° 129)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Selon toute apparence, la décision de la Cour a été influencée par un certain manque de sincérité des autorités administratives qui s'étaient défendues tout au long de la procédure de s'être laissées déterminées par les orientations sexuelles de la requérante (contrairement à l'argumentation présentée dans l'affaire Fretté) et sa communauté de vie avec une personne de même sexe, mais dont la Cour relève qu'elles ont en fait joué un rôle décisif dans la prise de décision. Elle retient que „malgré les précautions“ prises par les autorités françaises „les orientations sexuelles de cette dernière (i.e. la requérante) ont été omniprésentes à tous les niveaux des procédures administrative et juridictionnelle“ et que leur prise en considération a „contaminé“ les autres motifs retenus (§ 88).

La circonstance que l'adoption présente un „avatar“ qui lui vient de ce qu'elle est „historiquement une opération d'héritage visant à se constituer des héritiers“ (Jean Hauser obs. sous CA Versailles 4.11.99 RTD civ. 2001, p. 347) explique les traits principaux du régime juridique de l'adoption simple.

En conclusion, il se dégage des arrêts précités qu'un Etat pourrait donc, parfaitement, faire le choix de réserver le droit d'élever des enfants aux seuls couples hétérosexuels. Il pourrait le faire au motif que cette restriction s'imposerait au regard de l'intérêt de l'enfant qui veut que l'enfant doit pouvoir „s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle, ce qui l'aide

---

En effet, de l'antiquité jusqu'au Code civil napoléonien de 1804, l'adoption simple (qui continue l'adoption tout court) était une institution permettant à un homme seul, sans descendant, de „singer la nature“ (selon l'expression de Napoléon Ier) et de s'en procurer un qui perpétue son nom et reçoive sa succession. L'éducation de l'adopté n'était pas en cause puisque seules des personnes majeures en bénéficiaient (exclusivement d'après le code civil et très majoritairement dans l'antiquité). Il s'agissait donc essentiellement d'une institution successorale. Ce n'est qu'au 20e siècle (dans notre pays par une loi de 1959) que l'adoption simple s'est ouverte aux enfants mineurs. L'hypothèse envisagée, à l'époque, était celle du décès de parents laissant un enfant mineur d'âge. Il paraissait alors indiqué de permettre à un membre de la famille ou à un ami proche des parents défunts d'adopter l'orphelin. Ayant connu la personnalité des parents et leurs méthodes éducatives, il serait mieux à même d'en perpétuer le souvenir.

Nous sommes loin de l'hypothèse de l'homoparentalité!

Les revendications des mouvements gays et lesbiens tendent clairement à l'octroi du droit d'entériner légalement un projet commun de procréation et d'éducation d'enfant par le recours aux techniques de PMA et d'établir une filiation entre l'enfant et les personnes porteuses du projet.

Ouvrir l'adoption simple aux couples de même sexe, comme le fait le projet sous avis, c'est ouvrir les portes à cette revendication. C'est accepter que des enfants soient procréés et élevés par des adultes de même sexe qui seront leurs seuls référents, à l'exclusion de l'un ou des deux géniteurs.

De plus, compte tenu des facilités et des avantages que présente la PMA, cette configuration familiale se répandrait rapidement.

Cet usage de l'adoption simple va à l'encontre de sa vocation „historique“ mais aussi et surtout de l'intérêt de l'enfant à bénéficier d'une double filiation sexuée tel que le gouvernement, la CNE et l'ORK l'estiment nécessaire et, au-delà, la grande majorité de la communauté scientifique et des auteurs.

„La requête en adoption, depuis l'antiquité, a toujours été une démarche individuelle. Cette règle n'avait aucun caractère choquant tant que l'adoption a concerné un adopté adulte, excluant ainsi toute finalité éducative. L'adoption par une personne seule est devenue choquante lorsque l'institution a concerné des enfants jeunes, confiés à des parents chargés de les élever ... (En effet ) l'adoption par une personne seule met clairement en évidence la distorsion qui existe entre les dispositions d'ordre civil, anciennes et relevant d'une approche asexuée de l'adoption et le contenu actuel de cette institution tournée vers l'accueil et la prise en charge éducative de jeunes enfants, pour lesquels la complémentarité sexuelle des parents est affirmée comme étant éminemment souhaitable ... Il est aujourd'hui communément admis que la complémentarité sexuelle des parents est aussi essentielle pour l'épanouissement harmonieux d'un enfant que pour sa conception. Celui-ci a besoin d'être élevé par un homme et une femme. Il convient (dès lors) de réfléchir à la conservation de l'adoption par une personne seule ... On ne peut que souhaiter une intervention législative sur ce point ...“ (C. Neirinck, J-CI Civil art. 343 à 370-2 fasc.10 filiation adoptive n 18, 19, 22 et 23)

A suivre le projet de loi sous avis, n'introduirait-on pas une discrimination entre les enfants adoptés de manière plénière lesquels continueraient de bénéficier du double rattachement parental sexué et les adoptés de manière simple qui en seraient privés? Si l'on veut se soucier de la reconnaissance légale des relations entre l'enfant et les partenaires du titulaire du droit de garde dans une famille recomposée, on devrait envisager de modifier les dispositions du Code civil relatives à la délégation d'autorité parentale de façon à permettre au partenaire du parent biologique d'exercer des prérogatives parentales sur l'enfant (v. supra, p. 36).

On pourrait aussi mener une réflexion autour de l'introduction d'un statut de „parent de fait, de quasi-parent ou de beau-parent“. Dans cet ordre d'idées, on pourrait, par exemple, s'inspirer d'une proposition faite par l'American Law Institute. Celle-ci vise à créer un statut de parent de fait, qu'il définit comme un individu ayant vécu avec l'enfant et s'étant comporté comme un parent sur une longue durée, avec le consentement des parents légaux. Le statut proposé permettrait de résoudre une grande partie des problèmes résultant de la répartition des tâches entre partenaires homosexuels ou hétérosexuels dans une famille recomposée. (cf. G. Kessler La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant, Dr. famille n 7-2005, étude 16, n 17; Harvard Law Review 2003, p. 2064)

De telles pistes qui ont le mérite de préserver l'intégrité du système tout en apportant des solutions juridiques satisfaisantes aux problèmes pratiques rencontrés dans l'éducation d'un enfant par les couples de même sexe mais aussi par les familles hétérosexuelles recomposées mériteraient d'être envisagées sérieusement.

Encore faut-il savoir que si un tel statut permettrait de résoudre bien des problèmes d'ordre pratique pendant la communauté de vie, il est cependant susceptible d'engendrer une frustration supplémentaire pour l'enfant, en cas de rupture de la vie commune. „Vaut-il mieux un beau-père qui abandonne parce que, n'ayant aucun droit, il ne peut pas faire autrement ou un beau-père qui abandonne alors même qu'il pourrait ne pas le faire? Il ne me semble pas exagéré de dire que le statut légal du beau-père viendrait en quelque sorte souligner l'abandon et renforcer la souffrance de l'enfant. Voilà pourquoi il me paraîtrait plus judicieux de décider au cas par cas, en tenant compte de la singularité de chaque histoire.“ (M. Rufo Chacun cherche un père éd. Anne Carrière p. 188-189)

Les indications pratiques certaines de l'introduction d'un tel statut semblent toutefois l'emporter sur les effets psychologiques secondaires susceptibles d'en résulter pour l'enfant d'autant que les conditions d'octroi et de retrait de ce statut pourraient être définies de façon à respecter l'intérêt de l'enfant au regard des circonstances particulières à chaque cause.

à structurer sa personnalité et son identité“ ainsi que le formulent l’avis n° 22 de la C.N.E. et le projet de loi sous examen.

Ce choix ne contreviendrait nullement à la Convention européenne des droits de l’homme à la condition qu’il se manifeste, sans partage et de manière cohérente, dans la législation de cet Etat. En revanche, le fait de réserver, dans tel domaine, le droit d’élever un enfant aux seuls couples hétérosexuels en excipant de l’intérêt supérieur de ce dernier et de permettre ailleurs aux personnes célibataires et a fortiori aux couples homosexuels d’élever un enfant, serait incohérent et contraire à l’article 14 combiné à l’article 8 de la Convention.

Les juridictions luxembourgeoises n’ont pas été amenées à se prononcer sur la question traitée.

Se pose alors la question de savoir s’il ne serait pas indiqué de supprimer la possibilité pour un célibataire de réaliser une adoption simple plutôt que d’étendre l’adoption simple aux couples homosexuels. En effet, si l’intérêt supérieur de l’enfant doit être le principe directeur de l’action des pouvoirs publics en toutes circonstances impliquant le sort d’enfants et si cet intérêt exige, en la matière, que l’enfant puisse bénéficier dans son éducation d’une référence parentale mère-père, il serait incohérent et contraire à l’intérêt de l’enfant – et partant contraire à la Convention onusienne de 1989 – de maintenir une loi qui recèle la possibilité de priver un enfant de cette double référence.

Dans cet ordre d’idées, notre législateur devrait plutôt modifier les conditions d’ouverture de l’adoption simple de manière à limiter l’accès à l’adoption simple aux seuls couples hétérosexuels ou alors supprimer l’adoption simple qui, dans les faits, ne présente qu’une importance marginale ainsi que le relève la Commission nationale d’éthique dans son avis n° 22. Une troisième option consisterait à en restreindre le champ d’application de manière à la rendre compatible avec l’exigence en question, notamment en restreignant la possibilité d’être adopté à des adultes.

## **II. Un parti pris déstructurant**

Les débats autour de l’octroi de droits familiaux aux couples de même sexe soulèvent la question du bien-fondé rationnel de la revendication gay et lesbienne tendant au droit de créer des familles qui ne seraient plus calquées sur la vérité biologique de la reproduction humaine et sur sa conformité à l’intérêt de l’enfant tel que le conçoivent les experts et la jurisprudence (I).

Si le droit de la filiation de demain ne devait plus avoir pour fondement la vérité biologique et si le nouveau droit de la filiation devait reposer sur une construction de l’esprit, le nouveau concept qui en serait issu ne serait-il pas susceptible d’être invoqué, sur fond de non-discrimination, par d’autres catégories de personnes qui n’entrent pas dans les vues de notre législateur et dont il n’est guère désirable qu’elles accèdent à la parenté (II)?

### **1. Une redéfinition arbitraire de la filiation**

#### *1.1. Le débat théorique et son enjeu*

L’ouverture du mariage aux couples homosexuels, loin de n’être qu’une simple adaptation aux réalités de la société contemporaine, constitue une véritable révolution juridique impliquant des bouleversements sociétaux.

„Le droit au mariage et le droit à l’établissement d’un lien de filiation s’ancrent depuis des millénaires dans la différenciation et la complémentarité sexuelles qu’impose la réalité biologique de l’engendrement.“ Si le mot „mariage“ est conservé mais si l’altérité sexuelle qui sert aujourd’hui de clef de voûte à l’institution est abandonnée, il deviendra une autre institution ... Cette transformation produira des ondes de choc qu’il importe dès à présent de prévoir. Au-delà de l’abolition de fait du mariage, la filiation sera concernée. Le droit des filiations fictives devra être profondément remanié“ (C. Neirinck *Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels*, in *Le droit à une vie familiale*, op. cité p. 61 et 75).

En l’état actuel de notre droit, la parenté et la filiation se définissent en référence à la biologie, à l’engendrement de l’enfant: engendrement réel, erroné (une personne pense qu’un enfant est le sien mais ce n’est pas le cas) ou symbolique (une personne sait qu’elle n’a pas engendré un enfant mais fait comme si c’était le cas).

L’enfant, quant à lui, se représente comme issu de l’union de ses parents, que ce soit le cas ou non et, le cas échéant, qu’il le sache ou non.

La complémentarité des sexes qui caractérise ce modèle ne se manifeste pas que sur le plan de la communauté conjugale et de la procréation mais aussi sur le plan de la communauté familiale et de l'éducation des enfants. Chacun des parents – la mère comme le père – contribue différemment à l'éducation de l'enfant et l'on présume qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il bénéficie de l'apport spécifique de chacun des parents à son éducation (cf. S. de Benalcazar op. cité n° 265).

Donner le droit d'adoption aux couples de même sexe, c'est admettre la possibilité d'être parent pour des personnes qui n'ont pas pu l'engendrer naturellement (ensemble, s'entend!) et nier la spécificité des apports respectifs du père et de la mère à l'éducation de l'enfant.

Les innovations projetées – à supposer qu'elles aboutissent – engageront, selon toute vraisemblance, notre législateur sur la voie de la reconnaissance du droit à la procréation médicalement assistée pour les couples de même sexe et les célibataires.

Ceci parachèvera l'inauguration d'une nouvelle parenté, déconnectée de la référence à l'engendrement de l'enfant puisqu'on admettrait la possibilité d'être parent pour des personnes qui non seulement n'ont pas engendré l'enfant, mais surtout qui n'ont pas pu l'engendrer naturellement et, par conséquent, ne peuvent pas faire comme s'ils l'avaient engendré. De son côté, l'enfant ne pourrait pas se représenter comme ayant été engendré par celui ou ceux que la loi désignera comme ses parents (cf. Dr. famille n° 9-2010, op. cité, n° 8).

Dans cette nouvelle perspective, le parent serait celui qui s'investirait auprès de l'enfant et serait porteur d'un projet éducatif dans l'intérêt de ce dernier. „L'homoparenté met en jeu la notion même de filiation puisque l'adoption est le (seul) moyen de créer une double filiation maternelle ou paternelle, invraisemblable sur le plan biologique, mais fondée sur l'engagement des deux membres du couple envers un enfant qui leur est étranger. L'adoption devient alors l'instrument juridique de la satisfaction du désir d'enfant.“ (Enc. Dalloz Civil y° adoption n° 91)

Du droit de l'enfant on bascule – quoi qu'on en dise – vers un droit à l'enfant.

Cette nouvelle filiation se référerait à la volonté d'un adulte d'élever un enfant et non plus aux liens biologiques. C'est indubitablement „une des questions actuelles les plus politiques du droit de la famille“ de savoir „jusqu'où notre société acceptera à l'avenir d'utiliser les fictions juridiques pour fonder la filiation sur la seule volonté“ au lieu de la „réalité biologique“ et de l'„engendrement“ (P. Murat, Brouillamini autour de l'enfant d'une femme homosexuelle, Dr. famille n° 12-2004 p. 30-31).

Les partisans d'une redéfinition de la filiation et, avec elle, de la famille tendent à situer celle-ci dans une perspective historique, comme l'aboutissement d'une évolution des idées dominantes de notre société qui n'est pas sans rappeler certains partis pris du matérialisme historique: „La famille est aujourd'hui moins la „cellule de base de la société“ que la matrice de l'épanouissement individuel. L'idéal de la liberté et du bonheur individuel règle les transformations des mœurs et du droit de la famille“ (Conseil d'analyse de la société L'homoparentalité éd. La Documentation française p. 54).

L'auteur de l'ouvrage intitulé „L'homoparentalité“ paru aux Presses Universitaires de France (coll. Que sais-je?), Martine Gross, présidente honoraire de l'Association des parents gays et lesbiens de France (APGL), résume comme il suit l'opposition catégorique entre la filiation reposant sur le biologique et la filiation reposant sur l'engagement et la responsabilité: „Les difficultés d'ordre juridique rencontrées par les familles homoparentales et les futures parents gays et lesbiens relèvent d'une impossibilité ... à sortir du primat biologique. **La responsabilité et l'engagement devraient fonder les liens de filiation** (p. 54-55) ... L'homoparentalité fait exploser le modèle d'une parenté fondée sur le lien du sang. Cette représentation n'est qu'un choix culturel nous dit l'anthropologie. La parenté, ensemble des fonctions parentales, revient actuellement à ceux que le lien du sang (ou une fiction de lien du sang désigne comme parents) (p. 117).

La revendication homoparentale manifeste ce fait majeur: **en matière de paternité ou de maternité la reconnaissance (comme choix et comme engagement) prime sur la biologie**“. (p. 8)

Dans l'argumentaire des mouvements gays et lesbiens, les parents de demain seront affranchis des pièges de la vie et du poids du destin et, toujours maîtres de leur liberté individuelle, n'assumeront que les parentés qu'ils auront choisies et assumées: „Désormais les individus s'investissent eux-mêmes délibérément de la charge que représentent la protection et l'éducation des enfants: faire un enfant n'est plus un destin mais un engagement.“ (Conseil d'analyse de la société op. cité p. 56) Afin d'illustrer ce propos, on relèvera que l'APGL préconise la création d'un nouveau livret de famille. Ce livret indiquerait les parents biologiques, puis les parents légaux et enfin les parents qui, sans avoir de lien

juridique avec l'enfant, pourraient l'élever au quotidien. Ce livret „citerait les différents protagonistes et préciserait leur niveau d'engagement auprès de lui“ (i.e. de l'enfant) (M. Gross op. cité p. 106).

Il en résulterait une sorte de parenté à géométrie variable dans laquelle chacun des parents déterminerait librement l'étendue de son engagement.

Quant à l'intérêt pour l'enfant de bénéficier d'une filiation maternelle et paternelle, il est contesté par les partisans de l'homoparentalité.

Les uns, considèrent que le sexe du parent est indifférent et que seuls comptent sa personnalité et sa manière d'être. Les autres considèrent que son importance est secondaire et qu'il peut y être pallié par le recours du couple à un proche, de sexe différent, qui tiendrait lieu de „réfèrent“ à l'enfant.

Critiquant le nouveau fondement de la parenté revendiqué par les mouvements gays et lesbiens, les partisans du „modèle biologique“ font valoir que la fonction première des parents qui les constitue comme tels, n'est pas de s'investir auprès d'un enfant, de lui donner une éducation. Cela n'est pas spécifique aux parents. D'autres personnes le font, parents ou non, dans une mesure et avec un succès variable.

Le rôle constitutif des parents est de donner à l'enfant son origine, une généalogie. C'est ce qui permet à l'enfant de savoir d'où il vient, de se situer dans la chaîne des générations, de savoir pourquoi il se trouve dans telle famille, à telle époque. C'est le socle sur lequel il se construit lui-même, ce qui lui permet de se situer dans la société. S'il a pour seul parent, une femme seule, sa généalogie est incomplète. S'il a pour parents deux personnes de même sexe, sa généalogie est incohérente.

D'autre part, les notions de „choix“ et d'„engagement“, de „projet parental“ ou encore d'„investissement éducatif“ sont des notions éminemment subjectives, dont la consistance est malaisée à déterminer et à évaluer, aussi éphémères ou du moins variables que sont fragiles les sentiments qui les inspirent.

Elles sont, en outre, susceptibles d'être revendiquées par toute personne intéressée, à la différence de l'„engendrement“ qui est un fondement objectif, certain et immuable (cf. Enc. Dalloz, Droit civil. v° filiation (généralités) n° 174).

D'un point de vue pratique, si l'engagement, le consentement est le seul principe qui doit guider la filiation, ne doit-on pas supposer que le parent doit pouvoir reprendre sa liberté s'il ne se sent plus engagé?

Si la liberté est à la base de l'engagement parental alors il faut reconnaître que la filiation de l'enfant sera temporaire, sujette à variations.

La liberté et l'épanouissement individuel n'exigent-ils pas que le „choix“ et l'„engagement“ ne deviennent pas un fardeau, un „destin“ et qu'on puisse y revenir librement, à tout moment?

Aussi voit-on souvent apparaître à côté de ces notions (choix, engagement, responsabilité) plutôt rassurantes pour ne pas dire opportunistes, une autre notion qui semble davantage rendre compte de l'idéologie nouvelle: le sentiment. „C'est le sentiment qui est devenu le ciment de nos familles. Cela a permis aux couples homosexuels de revendiquer le droit à l'union puisque aujourd'hui le déterminant principal est du côté des émotions. Le lien affectif et la „volonté“ des individus tendent à devenir les seules sources vraiment légitimes de la famille ... En valorisant cette nouvelle forme de lien, nous avons créé une situation particulièrement instable, car comme chacun sait l'amour est capricieux.“ (Conseil d'analyse de la société op. cité p. 29)

Assurément, le seul à ne pas profiter de la primauté de cette liberté et de ce choix est le premier concerné, l'enfant.

Privé d'une généalogie complète et cohérente, il serait, en outre, tributaire d'une filiation artificielle dont l'existence même serait soumise aux sentiments des adultes qui ont bien voulu, à un moment donné, s'engager à prendre soin de lui et à l'élever. Il ne resterait plus alors qu'à rétablir l'équilibre dans le sens des droits de l'enfant en permettant également aux enfants de choisir librement leurs parents et de les „répudier“ quand il ressentira ses parents comme une charge.

Enfin, il paraît quelque peu byzantin et incohérent de maintenir à terme deux types de familles, l'une homosexuelle, fondée sur une „éthique de la responsabilité“ où le libre choix et la volonté des parents seraient le fondement de leur engagement et l'autre hétérosexuelle fondée sur la logique de l'engendrement, dans laquelle les parents auraient l'obligation d'assumer les devoirs parentaux prévus par la loi quand bien même ils ne le souhaiteraient plus.

En réponse à l'affirmation selon laquelle il ne serait pas nécessaire que l'enfant grandisse en bénéficiant des deux repères identificatoires féminin et masculin, on peut opposer que les revendications homoparentales des gays et les revendications homoparentales des lesbiennes paraissent se contredire et se détruire mutuellement: la revendication familiale des couples gays indique que la référence maternelle ou féminine n'est pas nécessaire pour l'éducation des enfants: la mère n'apporte aucune contribution propre à l'enfant qu'un homme ne puisse apporter; la revendication familiale des couples lesbiens indique au contraire que la présence d'une référence paternelle ou masculine n'est pas nécessaire: le père n'apporte aucune revendication qu'une femme ne puisse apporter.

Cette conception suppose, implicitement, que la différence sexuelle dans le couple et, d'une manière plus générale, le genre est sans intérêt ou sans influence sur le développement des enfants. A suivre cette conception de parents désincarnés dont seules comptent la personnalité et la manière d'être, on en vient, finalement, à se demander pourquoi ceux qui avancent cet argument ne peuvent pas s'imaginer vivre avec une personne de l'autre sexe et élever un enfant avec lui?

Par ailleurs, quelle réponse donner à un nombre important de psychologues et de psychiatres selon lesquels l'homosexualité naît précisément de la relation perturbée que l'on a vécue en enfance avec le parent de l'autre sexe (cf. R. Fitzgibbons *The origins and therapy of same-sex attraction disorder*, éd. Wolfe p. 75 W. Eskridge *The case for same-sex marriage*, éd. Free Press p. 167 et s.) ainsi qu'à l'opinion avancée par la quasi-unanimité des spécialistes selon laquelle on en revient sans cesse, en éduquant son enfant, à ce que l'on a vécu avec ses propres parents?

Enfin, cette opinion fait fi des nombreuses études ayant mis en évidence les compétences spécifiques respectives du père et de la mère. Elle ignore pareillement l'importance du processus d'identification qui s'opère dans la relation entre l'enfant et ses père et mère. Cette identification qui lui est nécessaire pour se construire n'est pas un copiage du modèle mais plutôt une affirmation de soi, prenant appui sur ses référents: „L'opération centrale de la construction de l'enfant est l'identification ... Bien évidemment l'identification ne se fait pas seulement entre sujets du même sexe et, pour devenir garçon, on a besoin de puiser chez son père et chez sa mère des traits masculins et des traits féminins, de même que la fille a besoin de ses deux parents pour affirmer son sexe féminin. L'identification, ce n'est pas seulement être comme, c'est aussi se montrer différent. Différenciation et opposition étant des formes d'identification en creux puisqu'il s'agit toujours de se positionner par rapport à un modèle de référence“ (M. Rufo *Chacun cherche un père* éd. Anne Carrière p. 114).

Au contraire de ceux qui avancent que la présence d'un „réfèrent“ masculin ou féminin serait suffisante pour l'éducation d'un enfant, on peut mettre en doute qu'un simple „réfèrent“ puisse remplacer l'auteur biologique de l'enfant dans le rôle d'éducation propre à son sexe. C'est, en effet, mésestimer la force de l'attachement et partant de l'investissement éducatif naturel – pour ainsi dire instinctif – du parent biologique. C'est aussi ignorer la légitimité que ce dernier possède aux yeux de l'enfant à exercer sur lui ce qu'il est convenu d'appeler l'autorité parentale pour la simple raison qu'il en l'„auteur“ (il est intéressant de relever que, d'un point de vue étymologique, le mot latin *auctor*, -oris n. m. auquel est lié le mot *auctoritas* (autorité), signifie entre autres inventeur, auteur, créateur).

Les partisans des revendications homoparentales sont prompts à dénoncer les défaillances de certains parents biologiques à l'égard de leurs enfants pour souligner les insuffisances d'une filiation fondée sur le biologique.

Un tel argument a même été jugé particulièrement pertinent par la Présidente du comité des droits de l'enfant (ORK).

Il n'est pas nouveau et remonte au 17<sup>e</sup> siècle. Le philosophe anglais John Locke, dans son ouvrage intitulé „*Essai sur l'entendement humain*“. contestait que l'amour filial puisse être considéré comme un principe naturel au motif que le genre humain est capable de commettre des infanticides. Ceci prouverait que l'amour filial est une construction et que „la coutume a un plus grand pouvoir que la nature“. (Livre 1, chapitre 2, § 12 éd. Vrin)

Il est évident que les parents biologiques ne sont pas tous d'excellents parents puisque des pratiques comme l'abandon, l'infanticide ou les mauvais traitements existent. Mais cet argument n'emporte pas la conviction. On peut retirer l'autorité parentale à un couple hétérosexuel qui élève mal son enfant sans pour autant admettre qu'un enfant puisse être aussi bien élevé dans n'importe quelle configuration familiale. Il paraît quelque peu maladroit d'établir une règle générale à partir de cas exceptionnels (et même tout à fait exceptionnels).

Les parents biologiques sont, en général, très fortement attachés à leurs enfants et il n'est certainement pas exagéré de dire que les parents biologiques ont une inclination naturelle à prendre soin de

l'enfant qui est le leur. Le phénomène de l'infanticide ou de la maltraitance indique seulement que la nature est parfois – plus rarement que les cas de naissances avec malformations – insuffisante pour faire du géniteur un parent aimant. En ce sens, **la tendance naturelle à prendre soin de ce qui est à soi** doit être soutenue par les institutions.

L'homoparentalité pose le problème du socle et des ressources de la responsabilité de l'adulte envers l'enfant.

S'il existe des cas où un adulte abandonne ou maltraite son enfant, en dépit du lien naturel qui les unit, il en existera sans doute encore bien davantage lorsque l'adulte n'aura aucun lien naturel avec l'enfant.

„Les parents aiment d'autant plus leur enfant qu'il provient d'eux ... L'affection des parents à l'égard de leurs enfants est une sorte de rayonnement de l'amour de soi. D'autre part, l'amour que porte l'enfant à l'égard de ses parents provient en partie de la reconnaissance qu'il a à l'égard de ceux qui lui ont donné la vie et sans lesquels il n'aurait pas existé<sup>2</sup>.

La nature en elle-même, n'assure pas nécessairement aux parents les aptitudes et les compétences pour l'éducation des enfants ni l'amour des enfants pour les auteurs de leur vie, mais elle les favorise. Lorsqu'un parent biologique éduque son enfant, l'„éthique de la responsabilité“ prend sa source et sa force dans l'affection naturelle qui lie les parents à leur progéniture. L'affection des parents à l'égard de leurs enfants est donc naturelle dans le sens d'une réalisation bénéfique d'une potentialité. Enfin, comme l'indique l'étranger athénien dans Les Lois de Platon, l'enfant résultant de l'union d'un homme et d'une femme est la manière dont l'espèce humaine exprime son désir d'immortalité.

Pour ces raisons-là, les parents biologiques sont généralement prêts à faire les plus grands sacrifices pour leur progéniture. Selon le néo-darwinien Larry Arnhart, le désir naturel de s'occuper de ses enfants est un trait qui a été favorisé par la sélection naturelle et qui explique nos comportements en la matière.“ (S. de Benalcazar op. cité n° 282)

Enfin, à suivre les revendications homoparentales, on en viendrait logiquement à dénier, dans le couple, toute primauté au parent biologique et même à lui contester un amour filial „naturel“ a priori. Il est douteux que les pères et les mères biologiques d'un enfant qui vivent avec une personne de même sexe partagent sincèrement cette conception. Et il ne fait pas le moindre doute qu'au plus tard au moment de la séparation, le parent biologique de l'enfant se prévaudra de sa vocation naturelle à l'élever et revendiquera la supériorité de son statut de parent biologique à celui du parent „volontaire“.

## 1.2. *L'épreuve des faits*

En faveur des revendications homoparentales, un certain nombre d'études, réalisées principalement aux Etats-Unis et au Canada, montreraient l'absence de préjudice de l'environnement homoparental sur le développement de l'enfant (v. M. Gross op. cité pour une liste avec références des principales études en question).

Les recherches entreprises au sujet de l'impact d'un milieu homoparental sur l'éducation d'un enfant, se heurtent à de multiples facteurs qui en fragilisent gravement la crédibilité scientifique. Le nécessaire consentement des parents de même sexe, leur engagement militant au sein d'associations dont le coeur des revendications coïncide avec les questions à résoudre, le très jeune âge des enfants étudiés, l'importance accordée à la parole de l'enfant, l'hétérogénéité des configurations familiales étudiées, le défaut de caractéristiques comparables des groupes témoins, la faiblesse des échantillons, le manque d'objectivité des critères d'évaluation des difficultés de l'enfant, la dépendance des chercheurs à l'égard de sociétés pharmaceutiques qui sponsorisent l'étude dans l'„espoir“ évident que les conclusions de l'étude favoriseront leurs intérêts financiers dans le secteur de l'assistance médicale à la procréation en sont autant d'exemples.

Robert Lerner et Althea Nagai, deux sociologues américains, professeurs d'université et chercheurs (le premier est commissaire du gouvernement fédéral au Centre national des statistiques de l'éducation), ont examiné 49 études des plus couramment invoquées à l'appui des revendications homoparentales

<sup>2</sup> Ce point ne peut être passé sous silence comme le montre le désir des enfants adoptés de connaître leurs parents biologiques. Dans le cas de l'adoption, il y a un conflit latent entre les parents qui ont été à l'origine de la venue au monde de l'enfant, mais qui ne l'ont pas éduqué et les parents qui ont élevé l'enfant, mais qui ne sont pas à l'origine de sa naissance.

dans un rapport intitulé „No basis: what the studies don't tell us about same sex parenting“, disponible sur <http://marriagelaw.cua.edu/index.cfm>.

Après un examen approfondi, ils aboutissent à la conclusion que toutes ces études sont affectées de graves défauts méthodologiques, parmi lesquels ceux indiqués ci-dessus, qui en compromettent la validité. (v. ég. G. Stanton, Examining the research literature on outcomes for same-sex parenting, disponible sur [www.family.org](http://www.family.org); L. Wardle The potential impact of homosexuality on children University of Illinois Law review 1997 p. 833-917).

Mais l'un des principaux sujets d'étonnement et même de perte de crédibilité est que ces études aboutissent toutes à la même conclusion à savoir qu'il n'y aurait pas de différence ou même, plus étonnant encore, si une différence (légère) est relevée, elle est toujours en faveur des milieux parentaux homosexuels. A trop vouloir prouver ... On ne peut que rester dubitatif devant le „fait que ces enfants aient tous un comportement si adaptable. Si leur situation était aussi banale que l'on veut bien nous le présenter, les résultats devraient se distribuer selon une courbe de Gauss, comme cela doit être le cas dans une autre population“ (Caroline Eliacheff „Malaise dans la psychanalyse“, Esprit, n° 273, mars-avril 2001).

Une explication plausible de cette étonnante conclusion serait l'importance déterminante accordée à la parole de l'enfant auquel „on fait porter la responsabilité de valider les choix sexuels des parents en allant bien“. (ibidem)

Aux défauts méthodologiques et aux impulsions partisans viennent s'ajouter un traitement politique desdites études dans les media qui achève de polluer les débats. Si l'enfant a besoin de sa mère et de son père, ainsi que les experts entendus par la CNE et YORK et ceux consultés régulièrement par le tribunal de la jeunesse l'affirment unanimement, il paraît, à l'évidence, contradictoire d'admettre qu'il puisse ne pas subir de préjudice en étant élevé par un couple de même sexe.

La Commission Nationale d'Ethique qui a longuement délibéré sur la question, s'est penchée sur les publications faites à ce sujet et a entendu plusieurs experts expérimentés.

Il y a lieu de rappeler qu'au terme de ses travaux elle a retenu que „la C.N.E. fait sienne, à une large majorité, la conviction exprimée par de nombreux spécialistes en matière de développement psychologique de l'enfant et confirmée par les pédopsychiatres entendus par elle qui assurent que ce développement ne s'accomplit dans des conditions optimales que si l'enfant peut s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle, ce qui l'aide à structurer sa personnalité et son identité (page 6; cf. ég. exposé de Monsieur le Docteur Jean-Yves Hayez, chef de service de l'unité de pédopsychiatrie des cliniques universitaires de Saint-Luc à Bruxelles, dans le document parlementaire de la Chambre des représentants de Belgique, doc 51 0664/008 du 23 novembre 2005, pages 175 et s.)“.

Lors de la présentation de l'avis de la C.N.E. à la presse, son président, le Professeur Paul Kremer, a précisé que les études réalisées à ce jour concernant les effets de l'homoparentalité sur la psychologie et le développement de l'enfant n'étaient pas de nature à invalider la conviction exprimée par la C.N.E.

Selon le Professeur Kremer, lesdites études seraient peu crédibles en raison soit des conditions dans lesquelles elles ont été réalisées soit du fait que les enfants étudiés n'auraient pas encore atteint l'âge de la puberté auquel des troubles comportementaux éventuels se manifestent de manière privilégiée.

Même à supposer que l'on puisse mettre en doute le constat d'expertise entériné par la CNE et relevé ci-dessus, la seule réponse responsable du législateur, sur cette question comme sur d'autres relevant du domaine de la santé publique, devrait être l'application du „principe de précaution sur lequel les esprits raisonnables s'accordent“. Elle consisterait à faire le choix de „la prudence en érigeant comme règle la nécessité d'une référence masculine et féminine pour la construction psychologique de l'enfant“ (cf. P. Murat Vers la famille homosexuelle par adoption Dr famille n° 4-2000, chron. n° 8, page 5).

Le tribunal de la jeunesse centralise tous les cas de mineurs signalés pour des faits qualifiés infractions et, plus généralement, pour toute sorte de troubles comportementaux (agressivité, comportement suicidaire, dépression, laisser-aller, troubles de l'alimentation, toxicomanie, déviance sexuelle ...) ainsi que tous les cas de modifications des droits de garde et de visite après divorce.

Dans aucune affaire de délinquance juvénile, dans aucune affaire de troubles majeurs du comportement, aucune, les parents biologiques éduquent leur enfant de manière tant soit peu correcte.

Ils restent en défaut d'intégrer dans leur éducation ce qu'il faut de protection affectueuse mais aussi de signification des limites et d'apprentissage du respect d'autrui, fondement de toute loi pénale.

Si, dans certaines familles, un ou plusieurs enfants sont délinquants ou présentent un comportement perturbé nonobstant le fait que les parents n'ont pas failli à leur mission d'éducation, d'après les informations dont nous disposons, il s'agit de familles adoptives où l'enfant adopté manifeste un rejet de ses parents adoptifs et conteste pour ainsi dire leur légitimité à l'éduquer.

Dans la très grande majorité des dossiers traités par le tribunal de la jeunesse de Luxembourg, un examen, fût-il sommaire, des rapports d'enquête permet, en particulier, de mettre en évidence la défaillance du père laquelle est, la plupart du temps, en relation étroite avec un savoir-faire insuffisant mais améliorabile et (ou) des facteurs „extérieurs“ notamment le comportement de la mère de l'enfant.

Exprimé de manière très ramassée, mais en grossissant à peine le trait, on peut dire que le père du délinquant est soit absent, soit falot soit complice.

Or, le nombre de situations dans lesquelles des enfants ne sont pas éduqués dans les conditions décrites ci-dessus est en forte augmentation. Plusieurs facteurs entretiennent cette évolution: forte augmentation des familles monoparentales, des séparations de couples parentaux, prolifération de l'aliénation parentale au préjudice des pères, affaiblissement général du respect de l'autorité dans l'opinion publique et de l'autorité parentale en particulier, crise de la paternité, tendance croissante des parents à déléguer leurs devoirs d'éducation, forte immigration de personnes attirées par les niveaux élevés des salaires et de la protection sociale et qui soit s'investissent de manière excessive dans des activités rémunérées et ne sont pas suffisamment présentes dans l'éducation de leur enfant soit se complaisent dans une existence oisive d'assistés et font pâle figure dans leur rôle de modèles.

Il en résulte, bien évidemment, une augmentation corrélative du nombre des affaires traitées par le tribunal de la jeunesse mais aussi par le SCAS, les structures d'accueil, les services sociaux, les services d'assistance éducative, les SPOS, les services de psychiatrie juvénile (bien qu'il s'agisse de problèmes éducatifs, du moins à l'origine) et autres services intervenant de manière ambulatoire en vue d'une aide psychopédagogique ou psychomotricienne.

Ces affaires occupent un nombre impressionnant et en augmentation constante de professionnels et grèvent lourdement le budget de l'Etat.

Sans compter qu'en général les mineurs qui font l'objet de ces sollicitudes ne cessent pas de poser problème à leur majorité mais continuent de requérir, par la suite, l'intervention de l'Etat sous forme d'aide sociale ou de mesures de réintégration voire de répression.

Au vu de la loi du 17 décembre 2010 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2011, le montant des dépenses liées aux seuls frais de placement (cas extrêmes) dans des structures d'accueil de l'Etat, du secteur conventionné et à l'étranger s'élève à près de 75 millions d'euros. Si l'on y ajoute les 50,5 millions d'euros accordés à l'Office national de l'Enfance, on en arrive, en chiffres ronds, au double de l'intégralité des traitements et indemnités des fonctionnaires et employés des services judiciaires.

Nous ne compterons même pas les frais étatiques relatifs aux mesures ambulatoires, ni ceux inscrits aux budgets des Ministères de la Justice et de la Santé et qui sont directement liés à des cas de protection de la jeunesse.

L'enseignement à tirer de ces constatations est que l'Etat doit faire son possible pour qu'un nombre maximal de parents biologiques – mère et père – élèvent leurs enfants en assumant, avec un minimum de cohérence et de fermeté, l'autorité parentale que leur confère le Code civil.

Il y va non seulement de l'intérêt de l'enfant mais aussi de l'intérêt de l'Etat.

Les témoignages et les publications scientifiques abondant dans ce sens sont légion. On n'en citera que quelques-uns. „Nombre des spécialistes font porter la responsabilité des difficultés adolescentes à la défaillance des pères contemporains qui ne parviendraient plus à incarner l'autorité. De façon assez singulière, les mêmes qui plaident pour une indifférenciation des rôles parentaux sont les premiers à „réclamer du père“ à l'adolescence. Bien malgré eux, ils soulignent la nécessité de sa position de tiers, représentant et garant symbolique de la loi. Lorsque le père se révèle défaillant dans la réalité, il revient à un autre de l'incarner. C'est parfois ce que l'on demande au psychiatre ou au psychanalyste, à moins qu'il ne faille en appeler aux représentants de la loi, aux institutions sociales, judiciaires ou policières.“

(Marcel Rufo.<sup>3</sup> Chacun cherche un père éd. Anne Carrière p. 164) Ou encore: „La responsabilité de la crise d'autorité est attribuée prioritairement aux parents: les uns, les accusent de démissionner; les autres, à commencer par les psychologues, les qualifient de défaillants; tous mettent l'accent sur le délitement de la fonction paternelle et sur l'incapacité des pères à jouer leur rôle d'interface entre la famille et la société, à assumer le conflit avec la génération montante. De fait, il n'y a rien à retrancher à ce qui a été dit et mille fois répété sur l'action structurante du père depuis la phase oedipienne, la période de latence et jusqu'à l'adolescence“ (Jean Le Camus<sup>4</sup> Le vrai rôle du père éd. Odile Jacob p. 42).

L'importance spécifique du père en tant qu'instance de socialisation et de signification de la loi s'affirme particulièrement à l'égard de l'enfant de sexe masculin (cf. not. A. Bruel Un avenir pour la paternité, rapport présenté au Ministre des Affaires sociales, éd. Syros, not. p. 11-12; I. Théry Couple, filiation et parenté d'aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. Odile Jacob, not. p. 76-77; M. Born et P. Thys Délinquance juvénile et famille, éd. L'Harmattan, Sciences criminelles, not. p. 22-22 et 124-125; J. Le Camus, op. cité p.166 et 175-176).

Les partisans des revendications gays et lesbiennes ont coutume d'invoquer l'argument selon lequel, un tiers, non géniteur de l'enfant, peu importe qu'il soit homme ou femme, serait à même de tenir le rôle décrit ci-dessus à la condition qu'il s'investisse de manière responsable dans l'éducation de l'enfant.

L'expérience permet de mettre en évidence que l'efficacité de l'éducation d'un enfant est conditionnée, essentiellement, par deux facteurs: la légitimité de l'éducateur et sa crédibilité.

Il est incontestable que le fait pour un adulte d'avoir donné la vie à l'enfant, l'investit, aux yeux de ce dernier, d'une légitimité tout à fait spécifique et inégalable.

Aussi peut-on constater dans les affaires de protection de la jeunesse où le père, jusqu'alors trop absent, s'investit subitement dans l'éducation de son enfant – sous l'effet des incitations voire des contraintes exercées – une amélioration du comportement de ce dernier qui dépasse de loin ce que parviennent à réussir les éducateurs et psychologues mais aussi d'autres membres de la famille et particulièrement le „beau-père“.

Les enfants ont, en général, besoin de leur père biologique et non de n'importe quel homme voire d'une femme faisant fonction qui endosserait, bon gré mal gré, ce rôle. Des études nord-américaines des familles recomposées ont montré qu'en plus d'être peu efficace dans l'éducation, le beau-père est en général moins affectueux, qu'il passe moins de temps avec l'enfant et que les risques de maltraitance et d'abus sont de loin plus élevés (cf. S. Rhoads Taking sex differences seriously, éd. Encounter Books p. 83 et s).

La crédibilité, quant à elle, repose sur le comportement de l'éducateur et la manière dont il est perçu par l'enfant, ce qui fait intervenir également d'autres personnes. Plusieurs facteurs importants, sous ce rapport, sont la cohérence du discours tenu par l'éducateur (cohérence du discours en lui-même, cohérence entre le discours et le propre comportement de l'éducateur, cohérence avec ce qu'affirment d'autres personnes de référence), la réussite personnelle de l'éducateur (étalon de mesure de l'efficacité de son discours) mais aussi l'identité sexuelle de ce dernier.

A cet égard, l'identité sexuelle de l'éducateur-homme à l'égard du garçon tire son importance à la fois de la possibilité d'identification de l'enfant avec l'éducateur mais aussi de l'autorité naturelle qu'elle permet à ce dernier d'exercer: „L'enfant repère très tôt ces différences, physiques et comportementales (taille, voix, pilosité, une certaine brusquerie même dans la tendresse) et cela entraîne probablement un socle d'attitudes différentes selon qu'il est avec l'un ou l'autre (mère ou père) puisque tout se joue dans l'interaction. Admettons alors, au risque de déplaire aux tenants de l'indifférence des genres sexués que cela confère au père une espèce d'„autorité naturelle“ renforcée par le fait qu'il est plus à distance, moins présent. C'est ainsi qu'il peut inspirer une certaine crainte“ (M. Rufo op. cité p. 149-150).

Mais son efficacité sur la socialisation de l'enfant ne s'assoit pas que sur la crainte inspirée à l'enfant mais aussi sur la confiance en soi qu'elle est de nature à induire, laquelle est nécessaire à l'enfant pour

3 Pédiopsychiatre, professeur agrégé à la Faculté de Médecine d'Aix-Marseille, chef du service de pédopsychiatrie au Centre Hospitalier Universitaire Sainte-Marguerite de Marseille

4 Professeur de psychologie à l'Université de Toulouse, directeur du département de recherche Psychologie du jeune enfant du laboratoire Personnalisation et changement sociaux

apprendre à gérer les situations de tension de manière adéquate: „En s’identifiant à ce père assez fort pour le défendre, il va, peu à peu, construire une confiance intérieure suffisante pour affronter les dangers, imaginaires ou réels“ (M. Rufo op. cité p. 69).

L’argument selon lequel l’école serait, elle aussi, une instance de socialisation importante et que des personnes d’autorité masculines pourraient y assumer ce rôle n’emporte pas la conviction. D’abord, il est un fait aisément vérifiable que „cette recherche d’un référent adulte du même sexe est particulièrement difficile pour un garçon, compte tenu du degré de féminisation des professions d’éducation“ (J. Le Camus Le père éducateur du jeune enfant, éd. Presses Universitaires de France, op. cité p. 166). La féminisation croissante des professions d’éducation et les problèmes d’autorité qu’elle implique s’observent également dans nos structures d’accueil et jusqu’au Centre Socio-Educatif de l’Etat de Dreiebn où ces problèmes se posent avec une acuité particulière.

D’autre part, s’il est vrai que l’enfant peut trouver des référents adultes ailleurs qu’au domicile familial, il n’en reste pas moins que les adultes ayant légalement autorité sur lui, avec lesquels il vit au quotidien, sont en général ceux auxquels il voue une affection particulière et qu’il connaît le mieux parce qu’il peut les observer de manière régulière, dans les situations les plus diverses. Ces derniers sont, de ce fait, indépendamment de toute autre considération tenant à la légitimité des parents, particulièrement désignés pour lui servir de repères et de supports.

Si l’on est loin de pouvoir affirmer que le père et la mère joueraient des rôles nettement distincts dans l’éducation de l’enfant, il n’en reste pas moins qu’il entre dans leurs rôles respectifs une part de spécificité et que leur concours apparaît nécessaire à une bonne construction psychique de l’enfant: „La mère et le père ont des rôles complémentaires et même si ces rôles peuvent être tenus, tour à tour, par l’un ou par l’autre, mais de façon différente, le maternel joue davantage dans le registre de l’intime, de l’affectif, de l’intérieur; le paternel, lui, se situe toujours du côté de l’ouverture au monde, de la socialisation, de l’extérieur. Et si c’est au père qu’il revient d’être fort, c’est parce que, physiquement, il donne l’impression de puissance plus importante. Tenter de dénier cette évidence en la ramenant à un propos sexiste montrerait qu’on n’a rien compris à ce qu’est la construction psychique d’un enfant et à ses besoins: besoin de tendresse maternelle, enveloppante; besoin de protection paternelle, fortifiante; toutes deux ne s’excluant pas, mais étant également indispensables“ (M. Rufo op. cité p. 70-71). Cette observation rejoint celle du Professeur Le Camus, selon lequel „Les cliniciens se montrent quasi unanimes quand il s’agit de définir les besoins réels de l’enfant avec la dualité „amour“ et „autorité“ et en écho la fonction dominante de chaque parent. Pour se construire psychiquement, l’enfant a besoin de ses deux parents, à savoir d’une mère-femme et d’un père-homme. Même si dans le concret des situations éducatives, chacun des deux contribue à l’ensemble du développement de l’enfant, la bipolarité symbolique doit être signifiée et préservée“ (J. Le Camus Le père éducateur du jeune enfant, éd. Presses Universitaires de France, p. 169).

Dans ces conditions, le constat selon lequel la majorité des pères divorcés n’ont plus de contact avec leur enfant ou alors seulement un contact excessivement réduit (moins d’une visite par mois) apparaît alarmant.

Nombreux sont les pères qui pointent du doigt les mères, responsables, selon eux, de manoeuvrer et manipuler leurs enfants pour mieux asseoir leur toute-puissance ou régler leurs comptes avec un homme qui les a déçus. Ces mêmes mères, de leur côté, ne manquent pas d’affirmer que l’enfant refuse spontanément les contacts avec le père, responsable, au mieux, d’être maladroit ou malintentionné et, au pire, d’être maltraitant ou abuseur (ce qui s’avère presque toujours inexact!).

Il y a un autre élément d’explication plus méconnu. Un père peut se détourner de sa progéniture en raison de l’expérience d’échec qu’il a vécue avec la mère de ses enfants: „Les pères ne sont pas seulement passifs mais ... jouent un rôle actif dans ce qu’il faut bien appeler un abandon. Comme ils quittent leur femme (ou sont quittés par elle), ils quittent leurs enfants qui font l’objet d’une *désillusion projective*: si la relation amoureuse a échoué, la relation paternelle ne peut qu’échouer à son tour; ce qu’ils ont raté avec leur femme, ils ne peuvent le réussir avec les enfants qui sont nés de leur union avec elle“. (M. Rufo op. cité p. 186). Cependant, la désillusion projective peut être surmontée et notamment faire l’objet d’une thérapie.

Encore faut-il que les autorités législatives et judiciaires aient conscience des problèmes en cause et garantissent les préalables nécessaires pour y remédier.

Cela suppose que chacun des parents biologiques conserve, en vertu de la loi, sa vocation à entretenir des relations avec l’enfant et que soient faits les efforts nécessaires, en justice, pour que les deux

parents puissent contribuer au développement de l'enfant et que soit préservée „la bipolarité symbolique“.

On avait estimé, dans les années soixante-dix, que le divorce apaiserait les relations dans le couple et aurait des retombées positives sur l'enfant. Sur la foi d'études qui contrecarraient l'idée que l'enfant, pour se développer harmonieusement, avait besoin de ses deux parents, tant le législateur que les juges se montraient peu interventionnistes. Lorsqu'un nombre suffisamment significatif d'études ont commencé à démontrer le contraire en ce qui concerne la socialisation et la scolarisation de l'enfant, le mal-être de l'enfant a été imputé, d'abord, aux conditions socio-économiques plus difficiles de la mère, titulaire habituel du droit de garde ainsi qu'au manque de tolérance de la société. Ce n'est qu'à une époque plus récente que l'absence de relations régulières avec les deux parents a été plus clairement identifiée comme cause du problème et qu'un peu partout les législateurs et les juges ont entrepris de maintenir la „survivance du couple parental au-delà de la séparation du couple conjugal“ (cf. S. Mac Lanahan *The consequence of single motherhood* éd. Oxford University, Press 1997, p. 306 et s.; S. Rhoads op. cité p. 78 et s.).

Le manque de recul qui altérerait les études menées dans les années soixante-dix et l'attitude de déni dans laquelle les autorités publiques se sont trop longtemps figées en matière de divorce n'est pas sans rappeler un certain discours stéréotypé au sujet de l'homoparentalité.

Ne doit-on pas, au contraire, en tirer l'enseignement de la nécessité de mettre la politique législative et la pratique judiciaire au service du modèle biparental?

## 2. Une redéfinition importune de la filiation

Il importe d'examiner si la réforme projetée n'est pas une source de distorsions avec des normes juridiques existantes et avec l'évolution générale des droits de l'enfant avant d'examiner les conséquences qui résulteraient d'une redéfinition de la parenté et de la filiation sur la famille de demain.

### 2.1. Une réforme à contre-courant

Le principal espoir que nourrissent les mouvements gays et lesbiens, dans l'attente de l'aboutissement du projet sous avis, est qu'il ouvre aux couples unisexués la possibilité de réaliser dans notre pays et avec la reconnaissance légale requise, leurs projets communs de conception d'enfants par le recours aux moyens de la procréation artificielle (v. supra p. 20 et s.).

Or, il est permis de penser que des sources de droit interne et surtout de droit international s'opposent à un „usage libéral“ des moyens de PMA dans la mesure où elles imposent un droit de l'enfant de connaître ses géniteurs, d'une part et un contrôle *a priori* de la conformité de la création du lien de filiation avec l'intérêt de l'enfant, d'autre part.

#### a. Le droit de connaître ses géniteurs

„Il est pour le moins surprenant que se développe en même temps un effort pour faire prévaloir la vérité biologique et une prétention à supprimer tout recours à cette vérité en cas d'insémination avec donneur, gratifiant ainsi, au nom, d'une prétendue volonté abdicative, les filiations artificielles de plus de solidité que les filiations sans artifices.“ (J. Hauser, RTD civ. 1991.308)

Pareille affirmation, naguère justifiée, ne correspond plus, ou du moins, plus tout à fait, à la réalité de notre droit au vu de l'évolution récente de notre législation et de la jurisprudence de la CEDH.

La loi du 1er août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines (Mém. 2007, 2750) interdit l'anonymat proprement dit puisqu'elle prévoit que tout établissement est tenu de mettre en oeuvre un système d'identification des donneurs (article 4), qu'il doit procéder à l'enregistrement et à la protection des données relatives au donneur et que le responsable du prélèvement est tenu de délivrer au donneur des informations, d'une manière claire et adaptée, sur ce point comme sur d'autres tel que le respect du secret médical (article 13).

Il ne saurait donc être question d'anonymat mais seulement de traitement confidentiel des données et de respect du secret professionnel.

Quant à l'article 14, paragraphe 2, il prévoit que „l'identité du receveur ne doit être révélée ni au donneur ni à sa famille et inversement, sans préjudice de dispositions particulières pouvant régir le don de gamètes“.

La loi retient donc bel et bien que, par dérogation à la règle de principe, l'identité des personnes impliquées dans la PMA puisse, le cas échéant, faire l'objet d'une information dans un sens comme dans l'autre. De cette manière, le législateur manifeste clairement qu'il a conscience de la particularité des dons de gamètes par rapport aux autres dons de tissus et cellules et de l'intérêt supérieur pour l'enfant ainsi que pour d'autres personnes d'avoir accès aux informations dont il s'agit. La loi renvoie à des dispositions ultérieures pour la définition des conditions et modalités de l'accès à l'information.

Il n'en demeure pas moins qu'il incombe, dès à présent, aux établissements concernés de prendre les dispositions nécessaires pour que les informations concernant les identités puissent être transmises, le moment venu, dans des conditions qui doivent encore être définies.

Conformément aux vœux de la loi, l'identité du donneur de gamètes devrait donc être relevée et conservée.

Une condamnation de l'anonymat résulte, en outre, de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

Deux articles de ladite convention doivent particulièrement retenir notre attention. Premièrement, l'article 3, plusieurs fois évoqué ci-dessus, qui, d'emblée, à la suite de la délimitation par les Etats signataires du champ d'application de la Convention, proclame le principe que „dans toutes les décisions qui concernent les enfants qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées ... l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale“.

Les décisions à prendre en matière de procréation médicalement assistée étant des décisions „qui concernent les enfants“, il va de soi qu'elles doivent être arrêtées, prioritairement, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Deuxièmement, aux termes de l'article 7 l'enfant a, dès sa naissance, droit à une identité, à une nationalité et „dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents“.

Si un enfant est abandonné par ses parents et que l'Etat ne peut pas déterminer l'identité des parents, l'Etat est dans l'impossibilité de mettre l'enfant en mesure de connaître ses parents. Mais toute autre serait la situation dans laquelle l'accès à l'identité du géniteur est refusé à la personne procréée avec assistance médicale. Il ne s'agirait pas d'une impossibilité accidentelle, résultant des circonstances, mais d'une impossibilité recherchée et mise en place volontairement.

Il y aurait donc manifestement ici méconnaissance de l'article 7 de la Convention.

Dans ce contexte, on peut se poser la question de la licéité de l'accouchement anonyme, prévu par notre loi à l'instar de la loi française.

Bien des non-juristes mettent en doute que l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant puisse interdire le secret quant à l'identité des géniteurs si des Etats parties et notamment l'Etat luxembourgeois et l'Etat français garantissent l'accouchement anonyme.

Point n'est besoin de préciser que le fait que, dans un Etat déterminé, une situation soit tolérée ou même voulue par une loi nationale ne signifie pas *ipso facto* qu'elle soit conforme au droit international applicable. „Soutenir que l'accès de l'enfant accouché sous X à ses origines n'est pas possible (chez nous) puisque la loi l'interdit serait déformer le texte: le possible doit être le matériellement possible, pas l'interdit. Il n'appartient pas à la loi nationale d'organiser des impossibilités contraires au droit international.“ (C. Siffraïn-Blanc La parenté en droit civil français, Etude critique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille n° 291)

Par ailleurs, il est parfois soutenu que les parents dont question à l'article 7 de ladite Convention seraient les parents adoptifs, ce qui signifierait que la Convention donne à l'enfant adopté le droit de connaître ses adoptants. „Ainsi interprété, ce texte serait écrit pour ne vouloir rien dire ... Non les parents, au sens de l'article 7 de la Convention, ce sont les géniteurs.“ (C. Neirinck Le droit pour l'enfant de connaître ses origines in Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle, PU Aix-Marseille p. 29; dans le même sens C. Siffraïn-Blanc, op. cité n° 291)

Or, il faut bien se rendre à l'évidence que la pratique de l'accouchement anonyme contrevient à l'article 7 de la Convention de 1989.

On se référera, à cet égard, aux conclusions du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (instance chargée du contrôle de l'application de la Convention sous l'autorité du Secrétaire général) qui dans son rapport annuel 2005 écrit ce qui suit: „Le Comité prie instamment l'Etat partie (i. e. le

*Grand-Duché de Luxembourg) de prendre toutes mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'Etat partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de sa mère et/ou de son père" (page 74).*

Dans le même sens, le Comité luxembourgeois pour les droits de l'enfant a condamné l'accouchement anonyme dans son rapport 2008 présenté au Gouvernement et à la Chambre des députés en se référant notamment à l'article 7 de la Convention et à la position du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies: „l'ORK estime qu'il est difficile de concilier le maintien de la procédure d'accouchement anonyme avec le droit de l'enfant de préserver son identité, son nom et ses relations familiales ... Au Luxembourg, les enfants adoptés suite à un accouchement anonyme sont démunis du droit à l'identité. ... Arrivés à l'âge adulte, ces enfants ne disposent d'aucun moyen de recours de connaître leurs origines.

*L'ORK continue d'être régulièrement saisi de demandes de jeunes à la recherche de leur identité ... Certains de ces jeunes, en manque d'identité, se retrouvent ainsi dans une situation de détresse morale immense" (page 37).*

Il suit de ce qui précède que l'impossibilité pour un enfant accouché sous X ou procréé avec assistance médicale d'avoir accès à l'identité de ses géniteurs – qu'elle soit couverte ou non par la loi nationale – serait contraire à l'article 7 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant.

Même si ladite Convention onusienne n'est pas d'applicabilité directe, il n'en reste pas moins qu'elle s'impose aux Etats parties et notamment à l'Etat luxembourgeois qui engage sa responsabilité en ne la respectant pas. Sans compter que sa méconnaissance expose l'Etat en faute à une situation embarrassante d'un point de vue moral, éthique.

On notera que la Cour de cassation française a fait application de l'article 7 de la Convention de 1989 dans un arrêt du 7 avril 2006 (Civ. 1re, 7.4.06. n° 05-11.285 Juris-Data n° 2006-033113, Dr. Famille 6-2006, comm. 124, p. 24 et s.)

Dans cette affaire souvent appelée „l'affaire Benjamin“ ou encore „l'affaire de Nancy“, la Cour d'appel avait entériné le projet d'adoption d'un enfant accouché sous X – près de 6 ans avant l'arrêt de cassation – après que son père naturel l'ait reconnu, estimant que „la reconnaissance du père s'était trouvée privée de toute efficacité du fait de la décision de la mère d'accoucher anonymement“ et ensuite que la reconnaissance paternelle ne serait jamais devenue effective, l'enfant n'ayant été identifié qu'après son placement en vue de l'adoption. Après avoir rappelé, entre autres, l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, la Cour suprême a cassé l'arrêt infirmatif „qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père“ en retenant que la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant au jour de sa naissance de sorte que seul son père aurait pu consentir à son adoption.

D'autre part, le système légal de l'accouchement anonyme est justifié par des considérations d'intérêt public tenant à la protection de la santé de la mère et de l'enfant lesquelles font totalement défaut en matière de PMA.

L'introduction du système de l'accouchement anonyme date en effet d'une époque où les moyens de prévention étaient rudimentaires et peu fiables et où les avortements se pratiquaient dans l'illégalité et dans des conditions particulièrement dangereuses. De plus, les grossesses „honteuses“ en temps de guerre, liées à l'absence des maris, partis au front, étaient fréquentes. Il s'agissait donc, pour l'essentiel, d'éviter les infanticides et les abandons d'enfants, les décès de mères et la honte des soldats.

Or, les temps ont changé et, de toute évidence, les motifs ayant inspiré l'adoption du système de l'accouchement sous X ne correspondent plus que dans une faible mesure à la réalité actuelle.

Le gouvernement français et, à sa suite, le gouvernement luxembourgeois continuent cependant de justifier le maintien des dispositions légales afférentes par l'argument que celles-ci s'inscrivent dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement et qu'elles ont aussi pour objet d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins ou des abandons „sauvages“.

Rien de tel dans la procréation médicalement assistée où l'interdiction pour l'enfant d'accéder à l'identité de ses géniteurs ne se justifie nullement par de telles considérations d'intérêt public.

En conclusion, si l'information sur l'identité du géniteur s'impose en matière d'accouchement anonyme, il en est ainsi, à plus forte raison, en matière de PMA, en l'absence de toute considération d'intérêt public susceptible de militer en faveur de l'anonymat ou même du secret.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950 et approuvée par une loi du 29 août 1953 (Mém. 1953, 1099) dont l'applicabilité directe ne fait, quant à elle, pas le moindre doute contient, implicitement, une exigence similaire. L'article 8 dispose que „*toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale*“.

Dans de multiples affaires ayant trait à des actions en recherche de paternité et même dans une affaire concernant un accouchement anonyme, la Cour de Strasbourg a jugé que „*le droit au respect de la vie privée inclut le droit au développement de la personnalité et à l'épanouissement personnel. Touchant à l'identité fondamentale de la personne, la question de l'accès à ses origines constitue un élément essentiel de la vie protégée par l'article 8 de la Convention*“.

Dans une affaire d'accouchement anonyme qui – rappelons le – présente un problème similaire à la PMA, la Grande Chambre de la Cour (17 juges) a retenu ce qui suit: „*la Cour rappelle à cet égard que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. La sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée. A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital protégé par la Convention à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle par exemple l'identité de ses géniteurs*“ (arrêt *Odièvre c./ France* 13.2.03, requête n° 42326/98, n° 29).

La Cour a rappelé plusieurs fois, par la suite, ce droit pour toute personne de connaître ses géniteurs.

Pour ne citer que deux arrêts récents, „*la Cour a dit, à maintes reprises, que le droit de connaître son ascendance est inclus dans le champ d'application de la notion de vie privée qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie*“ (aff. *Jäggi/Suisse*, arrêt du 13.10.2006, requête n° 58757/00 et aff. *Turnali/Turquie*, arrêt du 7.4.2009, requête n° 4914/03).

On remarquera que la Cour est très explicite en ce qu'elle emploie, à d'itératives reprises, le terme de „géniteur“ et non celui, plus vague, de „parents“!

Il est vrai que dans l'affaire *Odièvre/France* (relative à un accouchement sous X) la Cour a finalement estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8. Mais elle a finalement pris cette décision pour des raisons qui sont particulières à l'accouchement anonyme, d'une part et à certaines dispositions légales françaises relatives à l'accouchement anonyme, d'autre part.

En effet, la loi française prévoit une communication d'informations sous certaines conditions, qui n'a pas son équivalent dans la loi luxembourgeoise (à vrai dire, la loi luxembourgeoise ne contient pas la moindre disposition en ce sens!). De plus, les raisons tenant à des considérations d'intérêt public (préservation de la santé de la mère et de l'enfant) ne sont absolument pas données en matière d'assistance médicale à la procréation.

Les développements qui précèdent font apparaître l'obligation de relever et de conserver l'identité des donneurs de gamètes et cela en vue de mettre la personne née d'une PMA en mesure de connaître ce donneur qui est son géniteur.

Cette obligation juridique ne peut qu'emporter notre adhésion morale, éthique tant il est vrai que le fait de priver un enfant de la connaissance de ses origines et de lui opposer l'anonymat alors que, dans le même temps, certaines personnes qui sont étrangères à sa vie connaissent ses origines ou, du moins, ont accès à ces informations, constitue une forme de maltraitance lourde de conséquences.

Dans un livre intitulé „*Enfant de Personne*“ (éd. Odile Jacob) Geneviève Delaisi et Pierre Verdier écrivent ce qui suit: „*Un mouvement de consensus se dessine dans les diverses disciplines des sciences humaines, chez les professionnels de l'Aide sociale à l'enfance comme à travers les diverses législations pour dire que la vérité est préférable aux non-dits et aux mensonges. C'est particulièrement vrai en matière de filiation: psychanalystes, psychologues, éducateurs affirment l'importance pour tout homme de connaître son histoire. Et ce sera encore plus important à une époque où la génétique prend, notamment en médecine, une importance croissante*“ (page 186).

La connaissance de la vérité n'incitera pas nécessairement l'intéressé à tenter de nouer des liens avec son procréateur. Elle peut aussi aboutir à un travail de deuil mais comme le soulignent ces auteurs

*„les psychanalystes savent qu'on ne peut faire le deuil que du connu: d'un père disparu ou d'une mère qui vous a abandonné, c'est difficilement possible, mais faire son deuil de „rien“ (que ce soit d'un dossier vide ou d'une paillette de sperme congelé), du non-dit, du non-symbolisable, c'est impossible“ (page 254).*

Pour être complet, signalons que dans une recommandation n° 1443 (2000) datée du 26 janvier 2000, adoptée dans un domaine certes différent, mais néanmoins voisin, à savoir l'adoption internationale, intitulée „Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale“, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a invité les Etats „à assurer le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines au plus tard à sa majorité et à éliminer de leurs législations nationales toutes dispositions contraires“.

On peut difficilement ne pas tirer de parallèle avec le domaine de la PMA (la même observation vaut d'ailleurs aussi pour celui de l'accouchement sous X!).

On aura compris que le „droit pour l'enfant de connaître ses géniteurs“ proclamé par la CEDH est de nature à constituer un frein considérable pour l'„industrie“ de la PMA puisqu'il est une source potentielle d'ennuis importants et donc un facteur de dissuasion pour ceux qui projeteraient d'y avoir recours.

Cette remise en cause de l'intérêt de créer artificiellement la configuration familiale évoquée par la CNE et passée sous silence par le projet de loi sous avis, rejaillit naturellement sur la question de l'opportunité d'une ouverture du droit de la famille aux couples de même sexe.

#### b. L'enquête préalable à l'adoption

Lorsque la justice crée un lien juridique „artificiel“ entre un enfant et des personnes qui ne sont pas ses parents biologiques, elle s'assure, au préalable, que les personnes qui demandent à se voir confier l'enfant sont aptes à l'accueillir et à l'élever dans de bonnes conditions.

Des investigations approfondies sont systématiquement menées moyennant des enquêtes sociale et psychologique afin de mettre en lumière la situation matérielle et morale des intéressés, leur motivation et leurs capacités éducatives. Ceci vaut tant pour les adoptions nationales (en fonction du critère que l'adoption ne peut avoir lieu que pour de justes motifs et le plus grand avantage de l'enfant) et internationales (où des conventions internationales formulent expressément cette exigence) que pour les placements dans le cadre de la loi relative à la protection de la jeunesse (où la justice requiert spontanément ces investigations avant de confier l'enfant à une personne dite „de confiance“).

Les deux conventions en matière d'adoption internationale auxquelles le Luxembourg est partie, à savoir la Convention de la Haye du 29 mai 1993, conclue à l'„échelle mondiale“ et la Convention du 7 mai 2008 qui oblige les Etats membres du Conseil de l'Europe, sont très claires à ce sujet.

La première Convention citée dispose dans son article 5 qu'une adoption ne peut avoir lieu que si „les autorités compétentes de l'Etat d'accueil ont constaté que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter et se sont assurées que les futurs parents adoptifs ont été entourés des conseils nécessaires“.

La Convention formule l'exigence d'une enquête approfondie sur les points suivants: „l'autorité centrale de l'Etat d'accueil établit un rapport contenant des renseignements sur l'identité des requérants, leur capacité légale et leur aptitude à adopter, leur situation personnelle, familiale et médicale, leur milieu social, les motifs qui les animent, leur aptitude à assumer une adoption internationale ainsi que les enfants qu'ils seraient aptes à prendre en charge ... Elle transmet le rapport à l'autorité centrale de l'Etat d'origine“ (article 15).

La deuxième Convention est elle aussi très explicite sur ce point: „L'autorité compétente ne prononce une adoption qu'après la réalisation d'enquêtes appropriées concernant l'adoptant, l'enfant et sa famille ... Les enquêtes portent autant que possible et entre autres sur les éléments suivants: a. la personnalité, la santé et l'environnement social de l'adoptant, sa vie de famille et l'installation de son foyer, son aptitude à élever un enfant b. les motifs pour lesquels l'adoptant souhaite adopter un enfant“ (article 10.2).

En parallèle, une enquête similaire doit être menée sur l'enfant et le milieu de l'enfant à adopter.

La convention précise que les enquêtes doivent être confiées à des personnes qualifiées dans ce domaine de par leur formation, reconnues et agréées.

Dans son avis au sujet d'une réforme de la législation relative à l'adoption, le Comité luxembourgeois pour les droits de l'enfant, après avoir souligné „l'importance qu'il accorde en cette matière aux mécanismes de contrôle préalable de l'intérêt de l'enfant ... estime qu'un système similaire devra être prévu pour les adoptions réalisées à partir de pays d'origine qui n'ont pas ratifié la convention et ce avant que le certificat juridique ne soit établi pour la famille d'accueil“ (rapport 2008, p. 28-29).

La Cour Européenne des Droits de l'Homme exprime élégamment, dans une phrase très brève, une vérité fondamentale, trop souvent méconnue: „il s'agit de donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille.“ Et d'ajouter que l'Etat doit donc „veiller à ce que les personnes choisies comme adoptants soient celles qui puissent lui offrir sur tous les plans les conditions d'accueil les plus favorables“ (arrêt du 26.2.02, aff. Fretté/France, requête n° 36515/97, attendu n° 42).

Il y a manifestement similitude entre l'adoption et la procréation médicalement assistée. Dans un cas comme dans l'autre, des personnes demandent à se voir attribuer la paternité sur un enfant qu'ils n'ont pas procréé.

Ne faudrait-il pas dès lors se montrer aussi exigeant en matière de PMA concernant le contrôle préalable des capacités éducatives, de la motivation et de la situation personnelle du ou des demandeur(s)?

Cela d'autant plus que, dans le premier cas, l'enfant est déjà né, qu'il ne peut pas rester vivre auprès de ses géniteurs et qu'il y a partant, d'une certaine manière, péril en la demeure alors que, dans le deuxième cas, l'enfant n'est, par hypothèse, pas encore né et que le refus de mettre en oeuvre une procréation médicalement assistée ne peut donc pas lui porter préjudice. Qui plus est, dans le premier cas, les parents adoptifs n'ont aucune influence sur les qualités et les caractéristiques de l'enfant, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans le cadre de la PMA et le sera assurément de moins en moins avec le progrès de la médecine et des sciences génétiques. „L'adoption accréditait l'existence d'un contrôle social et juridique *a priori* des aptitudes à être parent corrélatif à une extension des libertés ou des droits individuels de devenir parent ... Les procréations artificielles (n'échappent pas) à la nécessité d'une régulation par le droit ... L'établissement de contrôles sociaux ou de conditions d'accès implique, à l'instar des procédures d'adoption, une limitation de la liberté de procréer. Mais l'absence de règles réinstaurée ... un droit à l'enfant à la discrétion des individus ... L'évolution scientifique ... conduira demain à offrir aux individus ou à la société les moyens d'une détermination des qualités de l'enfant à naître ... Le droit de l'homme en tant que droit de procréer un enfant en viendrait à détruire le droit de l'enfant d'être un sujet autonome non livré au seul pouvoir des volontés ou des désirs des autres.“ (J-L Baudouin et C. Labrusse-Riou, La nécessité d'une régulation juridique, in Les droits de l'enfant, La Documentation française Problèmes politiques et sociaux n° 669, p. 49-50)

Il n'est pas exact de prétendre que la PMA serait à considérer comme une affaire purement privée qui n'intéresserait que les demandeurs et les professionnels sollicités voire l'établissement concerné.

La société est concernée à plusieurs titres.

Au Grand-Duché, la PMA est réalisée couramment au Centre Hospitalier de Luxembourg qui est un établissement public. Il s'agit donc d'un établissement créé par la loi, investi d'une mission de service public ainsi que de prérogatives exorbitantes du droit commun sur lequel le gouvernement est censé exercer sa haute surveillance (cf. G. Ravarani La responsabilité civile éd. Pasicrisie n° 29). Ensuite, le personnel et l'infrastructure en cause sont payés, du moins en grande partie, avec l'argent du contribuable.

Enfin, il n'y a aucune raison de considérer que les exigences „sociales“, les obligations juridiques, formulées en matière d'adoption, ne soient pas à respecter également dans le domaine de la procréation assistée parce que les motifs qui les inspirent et l'intérêt qu'il s'agit de protéger sont exactement les mêmes.

L'enfant n'est pas un objet-cadeau. Il ne s'agit pas de faire plaisir à des adultes (patient, personnel de l'hôpital). Il s'agit d'un être humain, réel ou virtuel (avant de décider de la PMA) hors d'état de se protéger. Entre cet être humain et des adultes, il est question de créer un lien artificiel.

La société présume que tout n'est pas pour le mieux dans le meilleur des mondes et que tous les demandeurs d'enfants ne sont pas nécessairement bons, gentils et aptes à éduquer des enfants.

C'est là une très saine présomption dont la véracité peut être confirmée par n'importe quel professionnel tant soit peu sérieux.

Avant de créer ou de permettre la création de ce lien artificiel, il faut donc s'assurer au moyen d'enquêtes approfondies, menées par des professionnels qualifiés et agréés, que les demandeurs méritent

qu'on les mette en mesure d'élever un enfant „comme s'il s'agissait du leur“. Autrement dit, avant de permettre à des personnes qui ne sont pas les géniteurs de l'enfant de bénéficier de la reconnaissance collective et d'être considérées comme les parents sociaux et même légaux de cet enfant, la société tant nationale qu'internationale affirme (dans des lois et des conventions) qu'il est d'une importance primordiale que les autorités publiques compétentes s'assurent, au moyen d'enquêtes préalables approfondies, que les demandeurs méritent d'être considérés par la société comme les parents de cet enfant. Il lui importe grandement d'éviter qu'un enfant puisse devenir l'enfant de parents qui seraient indignes ou inaptes à l'élever au point d'en faire un intérêt dit supérieur aux autres intérêts en cause.

Il faut, d'autre part, se rendre compte que si l'on ne met pas en place un système d'enquêtes préalables rigoureuses, des personnes qui auront été refusées pour des adoptions ou des placements judiciaires pourront contourner, frauder la loi en ayant recours à la PMA.

Dans un premier temps et à supposer que le projet de loi aboutisse dans sa version actuelle, les personnes intéressées devront certes se „contenter“ d'une adoption simple. Mais il ne fait pas de doute que l'adoption plénière leur sera accordée par la suite puisque, de fait, l'enfant n'aura jamais eu d'autre personne de référence et que l'adoption simple est condamnée à disparaître à terme (v. supra p. 23).

L'ouverture du mariage et de l'adoption simple aux couples homosexuels et le maintien de l'ouverture de l'adoption simple aux personnes vivant seules pourraient donc bien constituer la porte d'accès à une voie parallèle de réalisation d'un projet familial contraire à ce courant du droit qui, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, exige que l'Etat effectue un contrôle à priori sur la conformité de la création artificielle d'un lien de filiation entre un enfant et ceux qui demandent à être reconnus comme ses parents.

En revanche, si l'Etat introduit l'obligation d'un contrôle préalable rigoureux, ce sera un obstacle de taille sur le chemin de l'acceptation de la demande de PMA. Ensemble avec le droit de connaître ses géniteurs, le contrôle préalable de conformité ferait apparaître sous un jour blafard l'intérêt de recourir à la PMA et, peut-être même, de ce fait, l'intérêt de la présente réforme.

Il s'agirait là, au total, de deux facteurs de dissuasion importants au regard desquels il conviendrait de reconsidérer l'opportunité des dispositions contenues dans le projet de loi en discussion.

## 2.2. *La filiation en dérive*

Les connaissances et techniques de l'assistance médicale à la procréation ont connu un essor vertigineux soutenu par des intérêts financiers considérables.

Ces mêmes intérêts veillent naturellement à une accessibilité aussi large que possible de ce mode de procréation afin d'être récompensés des efforts de développement qu'ils ont alimentés. Il s'y ajoute un travail de lobbying tenace et pugnace des associations militantes. L'érosion des valeurs et des institutions familiales sous les effets conjugués de l'évolution des mœurs et des réformes concernant le droit de la famille nourrit et renforce les revendications des groupes de pression.

Aussi n'est-il pas étonnant de constater que là où le législateur n'est pas intervenu, comme au Luxembourg, la procréation médicalement assistée, par une dynamique propre, se développe en un mode de procréation parallèle, „consommériste“, en conflit avec les règles traditionnelles du droit de la famille.

Cette contradiction peut amener le législateur à légiférer en matière de PMA afin de la ramener à sa vocation première de moyen thérapeutique au service des couples infertiles. Tel est le choix mûrement réfléchi auquel bon nombre de nos partenaires européens continuent de se montrer résolument attachés.

Elle peut aussi l'amener à réformer d'abord le droit de la famille afin de libérer une future loi sur la PMA des entraves naturelles que les règles traditionnelles du droit de la famille pourraient lui imposer.

Tel semble être le choix des auteurs du projet de loi. En effet, n'est-il pas quelque peu suspect que nos dirigeants politiques aient fait la sourde oreille aux appels insistants de l'ORK et du Conseil d'Etat qui tendent, depuis de nombreuses années, à l'adoption d'une loi en matière de PMA, avant de se résoudre à la tâche, tout juste après l'élaboration du projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption?

Quoi qu'il en soit, si le projet en discussion était adopté, il est malaisé de concevoir comment notre législateur pourrait, par la suite, refuser aux couples de même sexe, mariés ou „pacésés“ d'accéder à la PMA.

Quand bien même les extraits cités de l'exposé des motifs concernant l'intérêt de l'enfant à un double rattachement sexué seraient de nature à s'y opposer, le texte des articles de la loi, créerait au profit des couples de même sexe des droits familiaux, perçus comme acquis, sur lesquels il serait très problématique pour notre législateur de revenir dans le cadre d'une future loi sur la PMA.

Si la parenté et la filiation devaient dorénavant non plus se définir en référence à la biologie et avoir pour seul fondement des notions telles que „le désir d'être parent“ ou „l'investissement éducatif“, il est malaisé de délimiter les contours du cercle des prétendants légitimes à la parenté tant il est vrai qu'on ne voit pas au nom de quoi il serait encore juridiquement possible d'écarter une personne qui ferait état d'un désir d'enfant et d'un projet éducatif tout en brandissant le principe de non-discrimination. „Il est difficile d'admettre que la „filiation d'intention“ suffise en droit à l'établissement juridique de la parenté, sans faire perdre au droit **toute assise objective.**“ (Enc. Dalloz Droit civil v° filiation (généralités) n° 174)

Quelles que soient les précautions dont les autorités nationales et les établissements pratiquant la PMA voudront bien s'entourer, elles risquent fort de s'avérer vaines en cas de recours en justice, au plus tard lorsque sera saisie la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Les multiples conséquences prévisibles de cette déconnexion et de la redéfinition de la parenté équivaldraient à une véritable implosion de la parenté.<sup>5</sup>

#### a. Le déclin des notions de paternité et de maternité. La fin des pères.

Paternité et maternité n'ont de sens que l'un par rapport à l'autre, dans la perspective de l'altérité sexuelle.

Ces notions n'auraient plus de sens, en cas d'aboutissement de la réforme.

Aussi peut-on relever les exemples suivants de bouleversements terminologiques dans les Etats qui ont réalisé des réformes similaires. Au Massachussetts, les mots „parent A“ et „parent B“ remplacent les mots „mère“ et „père“ dans les actes de naissance. En Virginie, ce sont les mots „parent 1“ et „parent 2“. En Espagne, les mots „Progenitor A“ et „Progenitor B“.

Mais au-delà de cette implosion terminologique, à première vue quelque peu surréaliste, le fait d'inventer une parenté sans référence à l'altérité sexuelle des parents revient à considérer que le père et la mère sont interchangeable et équivalents pour un enfant. Or, un deuxième „père“ remplace-t-il une mère? Une deuxième „mère“ remplace-t-elle un père?

Il apparaît plutôt que donner comme parents deux „mères“ à un enfant, si tant est que cela puisse avoir un sens, revient à le priver de père, de même que lui donner deux „pères“ revient à le priver de mère.

Il est clair que si la PMA était rendue accessible aux célibataires et aux couples de même sexe, beaucoup plus de femmes que d'hommes y auraient recours, ne serait-ce que parce que seules les femmes peuvent porter un enfant et que le don de sperme est beaucoup moins répandu que le don d'ovocytes lequel requiert un déploiement technique plus important.

On assisterait alors à l'émergence d'une population d'enfants non seulement élevés par des femmes mais n'ayant que des femmes comme parents.

Certaines variations sont susceptibles de „pimenter“ encore davantage l'éradication de toute masculinité sur le plan de la filiation: „Quand nous lisons dans une enquête américaine que deux femmes se sont fait inséminer le même jour par le sperme du même donneur anonyme pour que les enfants soient génétiquement apparentés et ce pour qu'ils aient l'un et l'autre non pas une mais deux mères donc une sorte de „supermère“ en deux personnes, on peut s'inquiéter de telles actions et de telles représentations. On peut craindre qu'une fois de plus des enfants soient les victimes ou les supports des fantasmes d'adultes qui veulent avant tout satisfaire leur désir d'enfant quel qu'en soit le prix pour l'enfant“ (M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, éd. Fayard p. 587).

Ne dénonçait-on pas avec raison les ravages psychologiques qu'ont causés sur des millions d'enfants issus de la guerre, la perte de leurs pères, tombés sur les champs de bataille et cela non seulement en termes de souffrance engendrée par la perte d'un être cher, mais aussi de privation de repère paternel?

5 Il est fait référence à une étude remarquable, parue récemment dans la revue mensuelle Droit de la famille du Jurisclasseur: A. Mirkovic, Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe: l'implosion de la parenté et la filiation, Dr. famille n 9-2010, étude 21.

Plusieurs observations contenues dans cette étude sont reprises dans les développements qui suivent.

Ne dénonce-t-on pas avec autant de raison la crise actuelle de la paternité: les souffrances, pertes de repères et autres carences affectives et éducatives causées par l'éloignement ou la mise à l'écart des pères à la suite du divorce ou, plus généralement, de la séparation des parents?

C'est principalement la prise de conscience de cette réalité qui a amené, à une époque récente, les législateurs européens et les juges à favoriser une implication croissante du père dans l'éducation de l'enfant (v. supra p. 19).

Or, le projet de loi va dans le sens contraire. Cette démarche à contresens est d'autant plus lourde de conséquences préjudiciables que, dans le contexte qui nous occupe, il n'y aurait même pas de place pour un père symbolique, un père imaginé, un père rêvé: la place du père ne serait pas vacante mais tout simplement inexistante.

L'abandon de l'exigence d'une double filiation maternelle-paternelle qui résulte, implicitement mais nécessairement, du projet de loi sous avis, aurait pour conséquence que des femmes seules pourraient recourir à la PMA.

Si l'on admet que deux femmes puissent être, dès la naissance et pour toujours, les seuls et uniques parents, c'est qu'on a abandonné l'exigence d'une double filiation sexuée. C'est qu'on estime qu'un père est superflu. Au nom de quoi réintroduirait-on cette exigence lorsqu'il s'agit d'une femme seule? Une généalogie incomplète vaut bien une généalogie incohérente!

A partir de là, il est à prévoir qu'à terme les pères seront une espèce en voie de disparition. Les femmes lesbiennes réaliseront leur projet éducatif avec leurs partenaires de même sexe. Quant aux femmes hétérosexuelles, bon nombre d'entre elles seront enclines à choisir la „facilité“ en ayant recours à la PMA avec don de sperme anonyme dans la mesure où elles appréhenderont les aléas de la vie commune avec un homme, une possible séparation conflictuelle, la longueur, le coût et les issues possibles des procédures judiciaires mais aussi, plus simplement, parce qu'elles voudront avoir un enfant bien à elles et rien qu'à elles! Or, tout spécialiste de l'éducation ou de la psychologie de l'enfant sait que les relations fusionnelles mère-enfant qui en découlent sont absolument néfastes pour le développement de l'enfant outre que le rôle assigné à l'homme dans la procréation de l'enfant n'est pas sans évoquer certains procédés d'élevage propres au monde animal.

Ainsi que le soulignait un auteur averti „les revendications lesbiennes et féministes avec leur volonté de distinguer dans la filiation ce qui tient du biologique et ce qui tient d'une éthique de la responsabilité conduisent à faire des hommes des simples reproducteurs par opposition à des pères“ (S. de Benalcazar op. cité n° 236).

Point n'est besoin d'être prophète pour imaginer l'ampleur des dégâts qu'une telle „image paternelle“ causera à la personnalité de l'enfant et, particulièrement, l'enfant de sexe masculin.

L'éminent sociologue Edgar Morin pour lequel „Le grand phénomène que prépare l'hominisation ... est non le meurtre du père, mais la naissance du père“ (Edgar Morin, cité par Evelyne Sullerot Quels pères, quels fils éd. Fayard p. 32-33) serait certainement de ceux qui considèrent que ce qu'on nous annonce comme une réforme sociétale „progressiste“ est au contraire une réforme on ne peut plus **rétrograde**.

Sans compter que l'on trouvera certainement, „dans le tas“, des femmes ayant des troubles comportementaux et(ou) des orientations sexuelles préjudiciables à l'enfant.

Non seulement, le nombre des enfants sans père augmentera très rapidement, mais les pères d'enfants issus d'une relation hétérosexuelle connaîtront une véritable crise de „légitimité“.

Une redéfinition de la parenté et de la filiation ne manquera pas, en effet, d'avoir des conséquences directes sur les litiges opposant les mères aux pères concernant leurs droits respectifs sur l'enfant.

Jusqu'à présent, tout discours visant à faire respecter à un parent (dans la grande majorité des cas, la mère) les droits de l'autre parent (dans la grande majorité des cas, le père) reposait sur la considération que l'enfant porte en lui un patrimoine génétique qui lui provient, pour moitié, de l'autre parent et que l'enfant a fondamentalement besoin d'un père et d'une mère pour construire son identité et se développer dans de bonnes conditions.

Il va de soi que si le fondement biologique de la parenté était supprimé, si cette dernière notion ne devait dorénavant reposer que sur l'„investissement éducatif“, le bien-fondé d'un tel discours serait, pour ainsi dire, balayé.

Il serait alors dans l'intérêt de celui des parents auprès duquel l'enfant réside habituellement de faire état de la déconnexion de la parenté de tout fondement biologique pour exciper de l'indifférence de la

loi par rapport à l'engendrement et en tirer la conclusion que l'autre parent ne mérite pas les droits qu'il réclame.

Il serait dans son intérêt de tenir l'autre parent, le plus possible, à l'écart pour être en mesure de se prévaloir devant le juge de l'importance de son investissement éducatif et de l'inexistence de l'investissement éducatif de l'autre.

Le même raisonnement vaut en cas de placement judiciaire d'un enfant en application de la loi relative à la protection de la jeunesse.

La famille d'accueil ou l'institution en charge de l'enfant pourront exciper, eux aussi, de la déconnexion de la filiation par rapport à l'engendrement et auront toutes les chances de se prévaloir, avec succès, d'un investissement éducatif supérieur à celui des parents biologiques.

On se demande même sur quel fondement les parents biologiques garderaient leur droit fondamental d'élever leurs enfants chez eux et, en cas de placement, leur vocation permanente à récupérer la garde de leurs enfants.

Loin de remédier à la crise de la famille et notamment de la paternité, une telle réforme ne ferait donc qu'en enclencher l'élimination.

Si l'on y ajoute les projets de contractualisation du mariage, de libéralisation extrême du divorce, de relégation des parents au rang de „responsables“, d'attribution et de modification du nom au gré des fantaisies, on n'est pas loin de douter, d'une manière plus générale, des chances de survie de la famille: „L'heure de vérité n'est sans doute pas loin de sonner. Si l'on admet que la vie familiale ne repose pas sur une définition juridique préalable, ni sur un critère biologique ..., ni même sur la constatation d'une vie commune puisque l'affection n'implique pas nécessairement la vie commune, on ne voit plus guère en quoi la famille constitue un groupement original sinon, curieusement par référence à un modèle passé, copié et déformé voire plagié. La vie familiale, entendue au sens moderne, ne serait alors que le souvenir de la famille, le droit de perpétuer plus ou moins des relations entre des personnes entre lesquelles a existé, ne fût-ce qu'un instant, une relation quasi familiale, mais la notion même de „famille“ ne serait alors qu'une nostalgie juridique sans conséquences particulières“. (Jean Hauser *Le droit à une vie familiale: quelles conséquences quant à la conception de la famille? Le droit à une vie familiale*, op. cité, p. 93)

Il va de soi qu'une „nostalgie juridique sans conséquences particulières“ serait inapte à assumer dorénavant le rôle d'instance de socialisation et de filtrage qui était dévolu à la famille et qui la rendait si utile au regard de l'intérêt social.

Il faudra bien qu'une famille vidée de sa substance soit relayée par d'autres institutions et on imagine d'ores et déjà lesquelles: services sociaux, structures d'accueil mais aussi et surtout les instances judiciaires et les services de psychiatrie, dont l'intervention s'annonce massive, coûteuse pour la collectivité et insuffisante.

#### b. Les nouvelles parentés

Une redéfinition de la parenté ouvrirait encore bien d'autres perspectives grâce à l'assistance médicale à la procréation.

##### – *Le nombre de parents*

La nature désigne les parents au nombre de deux. Cependant, si la parenté n'est plus fondée sur l'engendrement de l'enfant mais sur des notions telles que le „projet parental“ ou „l'investissement éducatif“, ce projet et cet investissement peuvent être partagés par plus de deux personnes. Pourquoi mettre la parenté seulement à disposition des couples de même sexe ou des femmes seules?

Au Canada et notamment dans l'Ontario et au Québec où la „parenté“ a été attribuée à deux personnes de même sexe, on assiste déjà à l'allongement de la liste des parents au „tiers donateur“.

Pourquoi ne pas permettre aux personnes qui ont un projet parental à trois, quatre, cinq ou même plus, de le réaliser?

Le concept de „Parent A“ et „Parent B“ est accueillant jusqu'à „Parent Z“.

##### – *L'âge des parents*

La condition que le couple soit en âge de procréer garantit à l'enfant une filiation crédible. Mais dès lors que la filiation ne se définirait plus par référence à l'engendrement, pour quelle raison devrait

on limiter la parenté à ceux qui sont en âge de procréer. Une personne âgée n'est pas pour autant incapable de s'investir auprès d'un enfant et de lui donner une bonne éducation. Après tout, ne voit-on pas un nombre important d'enfants être élevés, de fait, par leurs grands-parents alors que leurs parents sont peu disponibles en raison de leurs occupation professionnelles et s'acquitter de cette tâche de manière satisfaisante?

Afin d'agrémenter leurs vieux jours, des retraités pourraient être tentés par le projet, invoquant qu'ils seraient en mesure d'offrir à leurs enfants une bien plus grande disponibilité que lorsqu'ils étaient en âge de procréer. D'autre part, on imagine aisément qu'un nombre considérable de femmes, soucieuses de s'investir pleinement dans leur carrière, puissent être tentées par une grossesse en début de retraite.

– *Vie et mort des parents*

C'est la nature qui exige des parents vivants pour engendrer. Mais si l'on s'affranchit de la nature, pourquoi réserver l'accès à la PMA aux vivants? Certes le parent décédé ne pourrait plus s'investir dans l'éducation de l'enfant mais, au regard du nouveau fondement de la parenté, il devrait suffire que d'autres puissent le faire.

Ne devrait-on pas alors autoriser les proches d'une personne décédée à faire prélever des gamètes du défunt aux fins de procréation, permettant ainsi aux survivants de mieux „perpétuer le souvenir du défunt“ ... sur les traces de décisions de justice, de plus en plus nombreuses, rendues outre-Atlantique?

Gageons, qu'arrivé à ce stade, on ne se souciera plus guère des préalables morbides qui marqueront l'éducation de cet enfant.

– *Généralisation du droit à la parenté*

Finally, si l'assistance médicale à la procréation est détachée de sa finalité thérapeutique, on devrait la généraliser en la rendant accessible à tous ceux qui désireront un enfant.

Il n'existerait plus, en effet, de base objective pour refuser d'admettre que la personne qui désire un enfant s'investira dans son éducation et, encore moins, qu'il s'investira correctement dans son éducation puisque, par définition, celui qui fera l'objet de cette éducation n'est pas encore né.

Il est illusoire d'adopter une notion de parenté privée de son fondement objectif, naturel, biologique qu'est l'engendrement – qu'il soit réel ou symbolique – et d'imaginer en limiter les contours. „Si le législateur répond au tourisme procréatif et confère à l'enfant une filiation et un état civil conforme au projet de ses parents, c'est tout le droit de la filiation qui en serait bouleversé.“ (Enc. Dalloz, Droit civil, op. cité n° 174) Une parenté définie subjectivement en référence au projet parental et à l'investissement éducatif ne peut que se décliner au cas par cas, en fonction de la subjectivité de chacun.

Même non remboursée, la PMA représente un coût certain pour la collectivité du fait de la rémunération publique des professionnels qu'elle occupe et de la mise à disposition d'infrastructures et de matériel acquis avec des deniers publics. Il est certain que tant les candidats que les „prestataires du service“ n'auront de cesse de plaider la souffrance prétendument liée à la privation d'enfant pour revendiquer le remboursement des frais de PMA par la sécurité sociale. Leurs plaintes ne surprendront guère au milieu de celles des nombreux „martyrs autoproclamés“ propageant la victimisation, cette „pathologie de la modernité“. (cf. P. Bruckner La tentation de l'innocence éd. Grasset p. 15-17). Gageons que la lutte sera menée à grands coups de slogans accusateurs et que la victoire sera remportée à l'usure.

L'enfant deviendra comme un dû que la société garantira à l'individu pour sa santé morale pour ne pas dire son épanouissement personnel.

En toute logique, l'Etat devrait garantir en outre, à la manière d'un „service après-vente“, les conséquences dommageables résultant de la privation de la double filiation mère-père puisqu'il aura assumé cette privation par ses lois. „On peut en effet imaginer facilement et logiquement que les enfants nés des nouvelles procréations bénéficieraient de droits et de protection accrus ... L'enfant-prothèse est un fruit de l'Etat-prothèse. L'Etat-providence, substitut du père défaillant ou absent ou plutôt aide maternelle, pourvoira aux conséquences néfastes.“ (J.-L. Schlegel, L'Etat substitut du père, in Les droits de l'enfant, La Documentation française op. cité p. 51)

C'est, en somme, imposer des sacrifices bien lourds à la collectivité et aux générations futures pour permettre aux désirs frelatés d'une minorité d'éclore avec les honneurs de la loi.

## CONCLUSION

Le projet de loi n° 6172 inaugure l'octroi de droits familiaux aux couples de même sexe en leur permettant d'accéder au mariage et à l'adoption simple.

Son aboutissement induirait, de manière directe et indirecte, des conséquences contraires à l'intention déclarée des auteurs du projet. L'enfant dont il est affirmé que son intérêt doit, en toutes circonstances, prévaloir sur d'autres considérations et qu'il a fondamentalement besoin du double rattachement à une mère et à un père, s'en verrait privé non seulement dans les faits, mais par la volonté du législateur.

L'expérience montre que l'exercice effectif et approprié de l'autorité parentale par les parents biologiques doit être encouragé, dans l'intérêt de l'enfant mais aussi de l'Etat. Ceci suppose, à tout le moins, que le législateur n'encourage pas la création de situations familiales qui empêcheraient la réalisation de cet objectif.

A l'absence de justification de la réforme projetée au regard du droit interne et du droit international vient s'ajouter que les considérations qui ont, malgré tout, prévalu sur l'intérêt de l'enfant sont, en elles-mêmes, contestables.

Si les innovations projetées devaient s'imposer, elles serviraient inmanquablement d'argument à tous ceux qui, quels que soit leurs orientations sexuelles, leurs âges et leurs modes de vie, souhaitent avoir un enfant, sans être en mesure de répondre à ses besoins fondamentaux.

D'autres lois suivront, notamment celle, annoncée, sur la procréation médicalement assistée dont les fondations seront jetées par le texte actuellement en discussion. Leurs enjeux devraient être anticipés sans plus tarder et conditionner les options qu'il y a lieu de prendre maintenant. Puisse le législateur ne pas se défaire de sa responsabilité sur l'„évolution de la société“ et se déterminer en fonction du bien commun et de l'intérêt bien pesé de l'enfant.

Quelques adaptations de la délégation d'autorité parentale voire l'instauration d'un statut de „beau-parent“ ou de „quasi-parent“ permettraient non seulement aux couples homosexuels mais aussi aux couples hétérosexuels des familles recomposées d'organiser, sur le plan juridique, la gestion des difficultés de la vie quotidienne. De telles mesures, d'une portée plus large, seraient les clefs de solutions juridiques satisfaisantes et souples aux problèmes pratiques liés à la parenté de fait, sans pour autant remettre en cause notre système de filiation.

L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe impliquerait une redéfinition des notions de parenté et de filiation. Déconnectées de la vérité biologique et de la référence à l'engendrement, la parenté et la filiation ne reposeraient plus que sur des notions subjectives aux contours indistincts.

Parmi les conséquences multiples et considérables qui en résulteraient, il est malaisé de reconnaître celles qui seraient dans l'intérêt de l'enfant ou de la société.

La structure de la famille, cellule de base de notre société, déjà fortement fragilisée par l'évolution des mœurs, serait bouleversée, voire désintégrée, par l'adoption de la réforme projetée.

Ouverte aux projets parentaux les plus divers et soumise aux caprices de la nature humaine, la nouvelle parenté nous produirait assurément des enfants nouveaux.

Le tribunal de la jeunesse a toutes les raisons de croire que le contribuable n'a pas intérêt à leur „mise en route“.

Luxemburg, le 5 avril 2011

*Le juge-directeur du tribunal  
de la jeunesse et des tutelles,*

Alain THORN