



HAL
open science

**”Quel avenir pour la présomption de paternité?”, in:
Les présomptions. Les artifices du droit (III), Actes du
colloque de Clermont-Ferrand du 16 novembre 2018,
A-B. Caire (dir.), Editions du Centre Michel de
l’Hospital, 2020, pp. 179-193**

Christine Lassalas

► **To cite this version:**

Christine Lassalas. ”Quel avenir pour la présomption de paternité?”, in: Les présomptions. Les artifices du droit (III), Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 16 novembre 2018, A-B. Caire (dir.), Editions du Centre Michel de l’Hospital, 2020, pp. 179-193. Centre Michel de l’Hospital CMH EA 4232-UCA. Les présomptions. Les artifices du droit (III), Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 16 novembre 2018, A-B. Caire (dir.), Editions du Centre Michel de l’Hospital, 2020, 196 p., 16, Lextenso/LGDJ, pp.179-193, 2020, 978-2912589576. hal-02881586

HAL Id: hal-02881586

<https://uca.hal.science/hal-02881586>

Submitted on 6 Dec 2022

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

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

Quel avenir pour la présomption de paternité ?¹

La présomption de paternité est une règle qui permet d'établir la filiation et la filiation permet d'inscrire l'individu dans une lignée familiale. En d'autres termes, avec la filiation, le droit assigne une place à l'enfant au sein de la famille au sens large. En outre, la filiation est un lien juridique duquel découlent certains droits et certaines obligations² et auquel on attache certains interdits, l'inceste par exemple.

C'est le jurisconsulte Paul qui est à l'origine de l'adage « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* » ce qui signifie « le père est celui que les noces désignent »³. Lors de l'élaboration du Code civil 1804, cet adage va être inscrit dans le Code civil à l'article 312. Et si l'on s'en tient aux mots, il est resté quasiment inchangé depuis 1804. Initialement il était précisé à l'article 312 du Code civil : « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* » ; aujourd'hui il est mentionné « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

La présomption de paternité a été présentée par le doyen Carbonnier, comme étant le cœur du mariage⁴, car le mariage était la base de la famille ; c'était l'institution qui donnait un père aux enfants. Cette affirmation, juste à une époque, ne l'est plus depuis que la filiation est devenue autonome. La filiation ne reposant plus sur le mariage⁵, la présomption de paternité est un effet du mariage⁶. La vraie question est alors de savoir s'il s'agit d'un effet légal attaché au mariage ou d'une manifestation de volonté du mari qui, en se mariant, accepte par avance d'être le père des enfants de sa femme⁷.

¹ Je voudrais remercier Anne-Blandine Caire de m'avoir invitée à présenter cette communication.

² L'autorité parentale, le droit de choisir le prénom, le droit pour un enfant d'hériter de ses parents et inversement...

³ La paternité repose sur le mariage, alors que selon l'adage « *Mater semper certa est* », la maternité est certaine, le rattachement à la mère résultant de l'accouchement.

⁴ Voir *Filiation, origine, parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport de Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, remis au Ministère des Affaires sociales et de la Santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p.45. et Irène Théry, « Le mariage a déjà changé. À propos du mariage de même sexe et de la filiation », *Esprit* 2013/2 (février), p.16-28, DOI 10.39117/espri.1302.0016, spéc. p.20.

⁵ Voir *infra* nos propos concernant la disparition de la notion de filiation légitime.

⁶ Sur ce point, voir Caroline Siffrein-Blanc, « La parenté hors contentieux conditionnée par un système de lien accepté », *Presses universitaires d'Aix-Marseille*, 2009, spéc. n°398 s.

⁷ Dès 1902, Ambroise Colin proposait de voir le fondement de la présomption de paternité « *dans un acte de volonté, dans une reconnaissance admission anticipée que contient implicitement le mariage : par cet acte, le mari avoue, c'est-à-dire qu'il reçoit, qu'il admet d'avance, dans sa famille légitime, les enfants que sa femme mettra au monde par la suite...* », in « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.*, 1902, p. 257 s., spéc. p. 283 s.

Lorsqu'un enfant naît, il existe toujours une incertitude quant au père biologique, mais si les parents sont mariés, en raison de l'obligation de communauté de vie et de l'obligation de fidélité attachées au mariage, il est vraisemblable que l'enfant qui naît alors que sa mère est mariée, a pour père biologique, le mari de sa mère. Même s'il existe des épouses infidèles, il convient d'admettre que le plus souvent, les enfants qui naîtront dans le cadre d'un mariage, ont bien pour père biologique le mari de leur mère. Il y a donc généralement une concordance avec la vérité biologique.

Toutefois, il est important de retenir que la présomption de paternité crée une situation qui ne correspond pas forcément à la vérité biologique. La mention sur l'acte de naissance qui indique le mari comme père de l'enfant est peut-être fautive⁸. Mais cette mention sera suffisante pour donner un père à l'enfant s'il n'y a aucune contestation. On pourrait donc en déduire que la présomption de paternité qui figure parmi les modes d'établissement de la filiation paternelle, constitue une règle de fond, au moins lorsqu'il n'y aura aucune contestation⁹ ou lorsqu'aucune action en contestation n'est plus possible¹⁰.

La présomption de paternité n'est pas une fiction juridique¹¹ en ce sens où une fiction considère comme vrai ce qui est faux. Or la présomption de paternité n'est pas une contre-vérité ; ce n'est pas une négation de la réalité¹². Elle repose sur une incertitude du vrai, à savoir qui est le père, et le plus souvent, elle correspond à la vérité biologique.

⁸ Il en sera ainsi si le père désigné n'est pas le père biologique.

⁹ En France, selon les dispositions de l'article 310-3 du Code civil, la filiation se prouve par des titres (acte de naissance, acte de reconnaissance, acte de notoriété) qui vont également permettre d'établir la filiation en l'absence de contestation. Ce n'est qu'en cas de contestation que la preuve de la filiation est libre (preuve par la biologie). Or prouver la filiation (ce qui fait de cet homme mon père et de moi, son enfant) est différent de prouver que cet homme est mon père biologique. Au final, en France, il s'avère que la présomption de paternité permet d'établir un lien de filiation, si le nom du mari est inscrit sur le titre ; indirectement, par le titre, elle prouve la filiation paternelle tant qu'il n'y a pas de contestation et définitivement si les délais pour agir sont écoulés. Au Québec, la présomption de paternité est un mode de preuve qui établit la filiation paternelle tant qu'il n'y a pas de contestation... Même si au Québec, la présomption de paternité est un mode de preuve alors qu'en France, elle est présentée comme étant un mode d'établissement de la filiation, la terminologie est trompeuse, car il n'y a pas de différence.

¹⁰ Le délai pour agir est écoulé.

¹¹ Voir notamment Jean-Louis Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/71136-bergel.pdf>; sous la direction de Anne-Blandine Caire, *Les fictions en droit : Les artifices du droit : les fictions*, 2015, Centre Michel de l'Hospital LGDJ-Lextenso, spéc. p. 97, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », Frédéric Rouvière et Stefan Goltzberg p. 104 s., « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? ».

¹² Ou du réel si l'on considère que « le réel, c'est la réalité privée de sa dimension symbolique » ; en ce sens, Pascal David, « La question de la paternité à la lumière des écrits de Pierre Legendre : aspects mythologiques, juridiques et symboliques », *Recherches familiales* 2010/1 (n°7), p. 77-83, spéc. p. 82.

Initialement, seuls les enfants conçus pendant le mariage pouvaient bénéficier de la présomption de paternité, que les époux soient ou non séparés de fait.¹³ Cependant, la jurisprudence considérait que tout enfant né pendant le mariage, quelle que soit la date de conception, bénéficiait également de la présomption de paternité¹⁴. Cette solution devait être consacrée par la suite en 1972 (article 314 du Code civil, version en vigueur du 1^{er} août 1972 au 1^{er} juillet 2006)¹⁵. Par ailleurs, même s'il conviendrait d'être plus précis sur ce point, il est important de relever que si la présomption était applicable à l'enfant conçu ou né pendant le mariage, elle ne pouvait pas bénéficier aux enfants qui naissaient plus de 300 jours après la dissolution du mariage, ainsi que dans tous les cas où la paternité du mari était invraisemblable. Deux situations étaient visées : celle de l'enfant conçu pendant une période de séparation légale et l'hypothèse de la non-inscription du nom du mari à l'état civil¹⁶. L'ordonnance de 2005 (ord. N°2005-759 du 4 juillet 2005) portant réforme de la filiation n'a pratiquement rien changé concernant ce dernier point : elle a conservé les deux cas d'exclusion prévus par la loi¹⁷.

Enfin, il convient de rappeler que la présomption de paternité concerne les enfants dont les parents sont mariés. Or, en mai 2013 (loi du 17 mai 2013), le législateur français a ouvert le mariage aux couples de même sexe sans modifier l'article 312 relatif à la présomption de paternité. Pourtant, dans le cadre d'un couple de même sexe, il est impossible qu'un enfant ait pour père le mari de sa mère. C'est pourquoi l'article 6-1 du Code civil a été créé ; il précise que le mariage emporte les mêmes effets que les époux soient de même sexe ou de sexe différent, à l'exclusion de certains, dont l'établissement de la filiation par la présomption de paternité qui demeure exclusivement applicable aux couples de sexe opposé¹⁸. Depuis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, la présomption de paternité perpétue donc une distinction entre les couples de même sexe et ceux de sexes opposés, d'où certaines revendications des couples de même sexe.

Les pressions sont de plus en plus fortes de la part des couples de femmes mariées qui souhaitent que l'enfant porté par l'une des deux puisse avoir une double filiation

¹³ Il suffisait de montrer qu'un seul jour de la période de conception pouvait être rattaché à la durée du mariage pour que l'enfant soit présumé avoir pour père le mari.

¹⁴ Ce qui démontre bien que la présomption de paternité est liée au mariage. Voir Cass. Civ., 8 janvier 1930, Affaire Degas.

¹⁵ Il en sera fait mention explicitement à l'article 312 lors de la réforme de 2005 (ord. N°2005-759 du 4 juillet 2005 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, applicable aux enfants nés avant sous réserve du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée art. 20).

¹⁶ Il s'agit des cas où la présomption de paternité est écartée.

¹⁷ Voir les articles 313 et 314 du Code civil.

¹⁸ Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013 qui a déclaré conforme à la Constitution la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, a précisé « [qu'] au sein d'un couple de personnes de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de paternité ». Voir le considérant n°40.

maternelle dès sa naissance. Actuellement, seule la femme qui a porté l'enfant est considérée comme mère, l'autre doit adopter l'enfant¹⁹. Par ailleurs, pour les couples masculins, la possibilité d'établir une double filiation paternelle est très discutée, la gestation pour autrui (GPA) étant interdite en France. Cependant, par une décision rendue le 19 septembre 2018²⁰, la Cour d'appel de Paris a accordé une adoption plénière au conjoint du père de jumelles nées de GPA au Canada²¹.

Ces remarques étant faites, se demander quel est l'avenir de la présomption de paternité en France, nous amène à envisager une question : la présomption de paternité doit-elle être revue, maintenue ou supprimée ? Si l'on se tourne vers les modèles étrangers, une voie semble s'imposer : celle du maintien de la présomption de paternité avec en parallèle, la création d'une présomption de parenté (Québec) ou de comaternité (Belgique). La voie plus radicale à savoir la suppression de la présomption, n'a pas été retenue par les pays qui ont modifié leur législation en matière de filiation (Belgique, Québec...). Il semble que tout peut être discuté. Cependant, concernant l'évolution possible quant à la présomption de paternité, il faut éviter la tentation d'effectuer des modifications sans avoir une vision globale et conscience des enjeux en matière de filiation. C'est pourquoi nous envisagerons l'avenir de la présomption de paternité au regard de l'évolution du couple et de la famille en prenant les exemples du Québec et de la France (I). Puis, dans un second temps, nous nous interrogerons sur les enjeux de l'élargissement du domaine de la présomption de paternité (II).

I. La présomption de paternité, les couples mariés et la famille

Si l'on veut comprendre l'ensemble des questionnements qui entourent l'avenir de la présomption de paternité, il semble nécessaire d'envisager la présomption de paternité dans son contexte. Il est indéniable que la présomption de paternité a eu un sens social. Elle formait initialement un ensemble cohérent avec les notions de couple et de famille. Aujourd'hui, elle demeure toujours une présomption de procréation et permet d'éviter à l'homme qui est marié, d'avoir à reconnaître chacun de ses enfants comme doit le faire l'homme qui n'est pas marié. Elle est liée à l'obligation de fidélité qui ne s'impose juridiquement qu'aux couples mariés. Néanmoins, la famille et le couple ont évolué. Il est donc essentiel de revenir sur l'ensemble formé par le couple, la famille et la présomption de paternité (A), avant d'envisager la remise en cause de la présomption de paternité (B).

¹⁹ Il s'agit d'une adoption intraconjugale, afin d'établir un double lien de filiation.

²⁰ N°16-23402

²¹ Voir notamment Amélie Dionisi-Peyrusse, « Gestation pour autrui : premières confirmations par la cour d'appel de Paris d'adoptions plénières de l'enfant du conjoint ! », *AJ Famille*, 2018, p.616 et Hugues Fulchiron, « Oui à l'adoption plénière de l'enfant né par GPA », *Droit de la famille* n°11, novembre 2018, comm. 260.

A. La présomption de paternité, le couple et la famille : un ensemble cohérent à l'origine

La présomption de paternité formait initialement un ensemble cohérent avec les notions de couple et de famille. La présomption de paternité était la règle pilier de la filiation. On se mariait pour fonder une famille, pour avoir des enfants. Que ce soit au Québec ou en France, la filiation reposait sur la filiation légitime, donc sur le mariage. La seule filiation reconnue était la filiation légitime produite par le mariage et grâce à la présomption de paternité.

Par ailleurs, la présomption de paternité était bien plus qu'une règle de preuve. Si l'on s'en tient au Code civil français de 1804 et au Code civil du Bas-Canada de 1866, la présomption pouvait s'imposer alors même que le père biologique de l'enfant revendiquait sa paternité. Il était en effet impossible pour le père biologique de prouver la non paternité du mari. Seul le mari pouvait éventuellement exercer une action en désaveu, dans un délai très court²².

Il est également essentiel de se souvenir de l'importance de l'État et du droit. C'est l'État et le droit qui donnaient un père à l'enfant. Avec la présomption de paternité, on prend conscience qu'il y a une instance suprême, un Tiers, plus puissant que l'individu : l'État²³. L'individu existait au regard des règles déterminées par ce Tiers²⁴. Au XIXe siècle, en France comme au Québec, il était impossible de concevoir la société civile sans cette autorité ; la sanction aurait été le chaos.

Il résulte de tout cela, qu'initialement, la présomption de paternité permettait d'attribuer un père à un enfant dès la naissance et donc d'assigner à un enfant, une place par rapport au monde qui l'entoure. Il était admis qu'on ne choisit pas sa place, ou autre manière de dire les choses, qu'on ne choisit pas sa filiation. Cette dernière résulte de la loi. Cet équilibre va être peu à peu remis en question, déstabilisé par la mutation de la société, de l'État et du droit.

Pendant très longtemps, la famille s'est résumée au couple marié et elle était stable. Cette stabilité s'expliquait par l'impossibilité ou la difficulté de divorcer et par la hiérarchie existant au sein du couple entre le mari et l'épouse²⁵. Puis il y a eu une

²² La demande en désaveu doit en principe être intentée dans le mois qui suit la naissance de l'enfant, dans les 2 mois au Québec. Toutefois, en France, si le père ignorait la naissance de l'enfant, il disposait d'un délai de 2 mois après la découverte de l'existence de l'enfant.

²³ L'État et l'Église...

²⁴ Sur ce point, voir notamment Anne-Marie Savard, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité «fusionnelle»*, 2011, thèse de doctorat p. 122 s.

²⁵ Il est impossible de divorcer au Québec jusqu'en 1968. En France, le divorce a été autorisé dès 1792, puis la possibilité de divorcer a disparu sous la Restauration en mai 1816. Le divorce fut rétabli sous la Troisième République, le 27 juillet 1884. Par ailleurs, la femme mariée s'effaçait devant le mari qui représentait le couple jusqu'en 1970 où une loi (loi n°70-459 du 4 juin 1970), va supprimer la puissance paternelle en France pour lui substituer la notion d'autorité parentale (Suppression de la puissance paternelle en 1977 au Québec).

transformation : le mariage est devenu une affaire de couple. Le mariage n'est qu'une façon de créer des liens entre deux personnes qui auraient pu tout aussi bien choisir le Pacte civil de solidarité (Pacs) ou l'union libre. Leur choix n'est plus lié à leur volonté d'être ou non parents. En effet, en France, depuis 1972, les enfants qui naissent ont les mêmes droits quelle que soit la situation de leurs parents, qu'ils soient ou non mariés²⁶. Donc, depuis cette date, les personnes ne se marient plus pour assurer une filiation légitime à leurs enfants. Il y a donc eu une scission entre filiation et mariage. C'est fondamental : le mariage est un choix fait par deux personnes en fonction du statut social qu'elles veulent donner à leur relation, mais qui n'a rien à voir avec le désir d'être parent et la volonté d'assumer ce rôle.

Par ailleurs, on assiste à une modification du rôle de l'État dès le XIXe en France et dans les années 1960 au Québec. À l'origine, l'enfant né dans une société où les règles concernant la filiation ont tout prévu : il a pour père le mari de sa mère. Désormais, ce n'est plus l'État qui attribue la filiation paternelle. Les choix concernant la filiation dépendent des parents. Ces derniers ont de nouveaux pouvoirs : ils peuvent créer ou détruire les liens de filiation, en engageant ou non des actions judiciaires relatives à la filiation, et l'on va de plus en plus prendre en compte la volonté des individus pour établir la filiation. Parallèlement, les fonctions du droit ont changé : pour beaucoup, le droit doit être le reflet de la réalité sociale à un moment donné²⁷. En même temps, on assiste à une autre évolution : la Science s'impose et prend de plus en plus de place. Depuis quelque temps, chacun a une foi inébranlable dans ce que permettent les technosciences. Comme le souligne Alain Supiot, « *[n]ous serions en marche vers un avenir radieux, où chaque homme ne serait soumis qu'aux limites qu'il se fixe librement.* »²⁸ Il s'ensuit que la loi est désormais considérée comme une contrainte et on assiste à une démission du droit qui laisse davantage de pouvoirs à la science et aux individus. Pour toutes ces raisons, peu à peu, la présomption de paternité a perdu de son sens, au point d'être remise en question.

B. La présomption de paternité remise en question

²⁶ Mariés ou non, séparés ou non... Voir la loi de 1972 et l'ordonnance de 2005 sur la distinction entre filiation naturelle et légitime notamment, la loi 1978 qui crée l'autorité parentale conjointe, et la loi de 2002 qui prévoit la coparentalité même en cas de séparation.

²⁷ Cette réalité est d'autant plus flagrante au Québec. Les notions d'enfants légitimes et naturelles ont disparu, les règles de contestation ont été assouplies, et surtout la présomption de paternité est devenue un mode de preuve. La loi prévoit 4 modes de preuve : le titre, la possession d'état, la présomption de paternité et la reconnaissance volontaire (Art 572 s. C.c.Q 1980). Il n'y a plus de modes d'établissement de la filiation. Le droit n'attribue plus de père à l'enfant, mais précise comment il est possible de prouver la filiation paternelle (ou maternelle). Sur ce point, voir Anne-Marie Savard, thèse précitée, n° 280 s. Mais est-ce la vocation du droit de se contenter de refléter les changements sociétaux ?

²⁸ *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, 2005, spéc. p. 78.

La remise en question de la présomption de paternité se traduit concrètement par une modification du droit de la filiation. C'est ainsi que certains pays ont choisi de maintenir la présomption de paternité et de créer d'autres présomptions. Depuis 2002, au Québec, il existe une présomption de parenté. Le droit reconnaît depuis cette date la possibilité pour les couples féminins de faire établir un lien de filiation adoptif ou, à la suite d'une procréation assistée, de faire établir une bi-maternité dès la naissance. Le Québec a donc élargi le domaine de la présomption de paternité en créant une présomption de parenté, réservée aux couples féminins qui ont recours à l'assistance à la procréation. Les caractéristiques de cette présomption sont les mêmes que la présomption de paternité, mais elle est irréfragable lorsqu'elle découle d'une procréation assistée et que le conjoint a consenti. En revanche, rien n'est prévu pour les couples de sexe masculin. Le Québec est-il un pays progressiste qui a fait le bon choix ? La France doit-elle lui emboîter le pas comme l'a fait la Belgique où il existe une présomption de comaternité depuis le 1^{er} janvier 2015 ?

On remarquera à cet égard que la terminologie est équivoque : s'agissant de couples de même sexe, il ne peut pas s'agir d'une présomption, car dans le cadre d'une présomption, le rattachement au réel est toujours possible. Or, lorsque l'on parle de couples de même sexe, de toute évidence, la double filiation ne peut pas reposer sur un fait vraisemblable. On n'écarte pas une incertitude à savoir qui est le géniteur, mais on impose un fait nécessairement faux : l'enfant a pour deuxième mère, l'épouse de sa première mère. Il s'agit donc d'une fiction²⁹.

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de revenir sur les arguments qui ont été invoqués au Québec comme en Belgique pour justifier l'élargissement du domaine de la présomption de paternité. Plusieurs d'entre eux sont régulièrement mis en avant en France pour justifier un « élargissement de la présomption de paternité ». On peut citer notamment le droit à l'égalité pour les enfants, quels que soient les choix de vie de leurs parents ou le principe d'égalité entre tous les couples mariés et son corollaire, la non-discrimination. En réalité, actuellement, les dispositions adoptées sont limitées aux couples de femmes, donc il existe toujours une différence de traitement entre les couples mariés.

En outre, on notera que très souvent les arguments donnés par les couples de même sexe qui souhaitent un élargissement du domaine de la présomption de paternité concernent davantage les fonctions de chaque membre du couple par rapport à l'enfant, ainsi que le partage des responsabilités concernant l'éducation de l'enfant. Ils mettent en avant le fait de pouvoir être de bons parents, de s'occuper de leurs enfants comme le font les parents. En réalité, c'est la filiation qu'ils souhaitent voir modifier.

²⁹Voir Anne-Marie Savard, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexué au Québec ; un retour aux sources? », *Les Cahiers de droit*, 47(2), 377–405. <https://doi.org/10.7202/043889ar>, spéc. p. 403.

Ce qui nous amène à faire une remarque : il convient de distinguer la parenté de la parentalité. Les couples de même sexe veulent faire entrer leurs enfants dans une lignée. Ils ne demandent pas de nouveaux droits comme pour le beau-parent qui prend en charge l'enfant, mais une double maternité ou une double paternité³⁰. Les couples de même sexe revendiquent donc l'établissement d'un lien de parenté et non de parentalité. *A priori*, la distinction entre parentalité et parenté est aisée³¹. La parentalité est une fonction ; elle consiste à se comporter comme un parent à l'égard de l'enfant, à assumer des responsabilités pour l'enfant. Elle peut concerner toutes les personnes qui s'occupent de l'enfant, les beaux-parents notamment. La parenté relève de la filiation ; c'est un lien qui permet de situer l'enfant au regard de différentes personnes. Les mots sont pourtant parfois utilisés l'un pour l'autre. Certains auteurs utilisent parfois l'expression de présomption de parentalité plutôt que celle de présomption de parenté³² et d'autres se réfèrent à l'homoparentalité pour envisager la filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe³³. Pour autant, retenir que « *la filiation ne relie plus l'enfant à ceux qui l'ont mis au monde mais à ceux avec qui il a une relation parentale* » ou admettre « [une] *nouvelle nature de la filiation, fondée sur un accès de tous à la parentalité* »³⁴ est tendancieux. Certes, il est possible de lier la filiation à la fonction de parent. Ainsi, comme le note le doyen Fulchiron, la filiation pourrait n'être plus « *qu'un lien de droit entre un enfant et des adultes jouant le « rôle » de parents* »³⁵. Dès lors, la parentalité serait substituée à la parenté. Il n'en demeure pas moins que certaines personnes, les beaux-parents par exemple, peuvent ne pas désirer établir de lien de filiation avec un enfant et ne pas vouloir faire entrer un enfant dans une lignée familiale, tout en acceptant de l'éduquer, de s'occuper de lui, de le protéger. Il est donc délicat de vouloir faire disparaître toute distinction entre la parenté et la parentalité, ce qui n'empêche pas de reconnaître que la parenté peut reposer davantage sur la parentalité que sur le lien biologique³⁶. Aussi, nous retiendrons pour la suite que

³⁰ Ce qui est impossible tant que la GPA est interdite.

³¹ Voir notamment Claire Neirinck. « De la parenté à la parentalité », éd. *De la parenté à la parentalité*. ERES, 2001, pp. 15-28 ; Hugues Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.*, 2006, p. 876 et *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, sous la direction de Hugues Fulchiron, Dalloz, 2009.

³² Voir not. Vincent Bonnet, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.*, 2013, p. 107 s. *in fine* et Guillaume Kessler, « La déssexualisation de la parenté », à propos de l'Arrêt rendu par la Cour d'Appel de Montpellier, 14-11-2018, n°16/06059, *AJ Famille*, 2018, p. 684 s. qui envisage des présomptions de parentalité posées en faveur de l'épouse de la mère biologique en se référant au Québec notamment.

³³ Voir not. Laurent Aynès, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.*, 2012, p.2750.

³⁴ V. Gordon Choisel, « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD Civ.* 2015, p. 505 s.

³⁵ Hugues Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *op. cit.*

³⁶ La parentalité est parfois présentée comme un « concept qui frise l'absurdité » dans la mesure où elle revient à « faire du père et de la mère des pions interchangeables ». Voir sur ce point not. Pascal David, rapportant des propos de Pierre Legendre, article précité, spéc. p.82.

la parenté consiste à rattacher juridiquement un enfant à son parent et que la parentalité vise la fonction.

Au-delà de ces questionnements, l'élargissement du domaine de la présomption de paternité est souvent proposé, et, quels que soient les arguments invoqués, il convient d'envisager les enjeux de cette éventuelle extension.

II. Les enjeux de l'élargissement du domaine de la présomption de paternité

La question de la suppression de la présomption de paternité est légitime dans la mesure où elle maintient en pratique une distinction entre les enfants issus de couples mariés et les autres. Depuis l'ordonnance de 2005 (ord. N°2005-759 du 4 juillet 2005) qui a supprimé les notions de filiation légitime et naturelle, la filiation ne dépend plus de la situation conjugale des parents. On aurait donc pu supprimer la présomption de paternité et généraliser la reconnaissance de paternité à tous les pères, quelle que soit leur situation matrimoniale. Que les parents soient mariés ou non, les pères devraient reconnaître leurs enfants. Mais le fondement de cette présomption, à savoir la présomption est un effet attaché au mariage, est très important. Il explique pourquoi la présomption de paternité n'a pas été remise en cause, notamment en 2005. Selon Muriel Rebourg, « *[r]emettre en cause la présomption reviendrait à fragiliser l'institution du mariage justifiée par cette présomption* »³⁷.

Le plus souvent, c'est l'élargissement du domaine de la présomption de paternité qui est demandé. Deux possibilités s'offrent alors. La première consiste à revoir la présomption de paternité afin qu'elle devienne une présomption de parenté pour tous les couples mariés, de même sexe ou de sexes opposés. On pourrait également concevoir de maintenir la présomption de paternité et conjointement, de créer une présomption de comaternité ou de copaternité³⁸. En toute hypothèse, que l'on supprime la présomption de paternité pour la remplacer par une présomption de parenté ou que l'on maintienne la présomption de paternité en créant d'autres présomptions, nous conduit à questionner le sens du mot parent (A), mais aussi à revenir sur les fondements de la présomption de paternité (B).

³⁷ « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales* 2010/1 (n°7), p. 29-44, DOI 10.3917/rf.007.0029, spéc. p.34. Voir également Caroline Siffrein-Blanc, « Le nouveau droit de la filiation : l'ordonnance répond-elle aux instructions législatives ? », *Recherches familiales* 2007/1 (n°4), p. 123-137, DOI 10.3917/rf.004.0123, spéc. p. 128

³⁸ Éventuellement en parallèle, il serait également possible pour les couples mariés de même sexe, comme pour les couples non mariés, d'ouvrir la reconnaissance individuelle pour l'autre parent.

A. L'extension du domaine de la présomption de paternité : questionner le sens du mot parent.

Envisager l'extension du domaine de la présomption de paternité renvoie à la notion de parent. L'idée est de considérer comme parents les deux membres du couple dès lors qu'ils sont mariés. La principale difficulté à laquelle nous sommes confrontés aujourd'hui, est que nous avons appris à raisonner à partir d'un modèle où les qualités de géniteur, de parent éducatif et de parent juridique étaient rassemblées ; la mère comme le père étaient à la fois les géniteurs, ceux qui se comportaient à l'égard de l'enfant comme ses parents et ceux que le droit désignait comme étant les parents³⁹. Bien entendu, la réalité ne correspondait pas toujours à ce modèle : il y avait des hommes mariés qui n'étaient pas les pères biologiques de leurs enfants, mais tout le monde était d'accord pour s'en tenir aux apparences. Ce modèle s'est imposé au point que l'adoption plénière a été imaginée pour le respecter, pour le copier. Ainsi que le rappelle Irène Théry, on a réussi à effacer « *les personnages "en trop"* »⁴⁰. Il en va de même de la procréation assistée, où tout est fait pour que les parents passent pour les géniteurs même si tout le monde sait que c'est faux.

Actuellement, lorsque se pose la question de savoir s'il ne serait pas souhaitable d'assumer la réalité. C'est ainsi que Irène Théry propose de s'intéresser aux pluriparentalités ; elle considère qu'il faut affronter la complexité des rapports humains. La diversité des situations suppose de ne pas nier la place du géniteur ou de la génitrice dans la conception, de cesser de faire des règles par mimétisme. Il convient d'admettre que les enfants peuvent avoir des histoires différentes. Un enfant adopté n'est pas né de ses parents adoptifs, de même qu'un enfant peut naître suite à un don de sperme... L'enfant est toujours né de deux personnes de sexes différents, car nous ne sommes pas hermaphrodites, mais il peut avoir plusieurs mères ou plusieurs pères selon le sens que l'on confère à ces mots⁴¹.

L'expression multi-parentalité ou pluriparentalité est équivoque. S'agit-il de reconnaître plus de deux liens de filiation à un enfant ou d'envisager plusieurs sens pour définir le mot parent tout en limitant la filiation à deux liens ?⁴² Au-delà de cette

³⁹ Voir notamment Irène Théry, « Le mariage a déjà changé. À propos du mariage de même sexe et de la filiation », *Esprit* 2013/2 (février), p.16-28, DOI 10.39117/espri.1302.0016, spéc. p.26.

⁴⁰ *Ibidem*, p.26.

⁴¹ Sur cette notion et sur la pluriparenté, voir notamment Renée Joyal, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés. » *Enfances, Familles, Générations*, numéro 5, automne 2006, p. 1–16. <https://doi.org/10.7202/015778ar>, spéc. n°20 s. et 26 s.

⁴² D'une manière générale, les associations lesbiennes et gays sont favorables à l'introduction d'une présomption de comaternité (Marta Roca i Escoda, « De la mobilisation du droit à la réalisation du droit. Les actions de l'association catalane "Famille Lesbiennes et Gays" », *Politix* 2011/2 (n°94), p. 59-80, spéc. p. 78) ; parfois, certaines personnes défendent une « extension de la présomption de paternité, qui se transformerait alors en présomption de coparenté » (Marta Roca i Escoda et Nicole Gallus, « Ouverture du mariage aux

ambiguïté, une autre question demeure : envisager un double lien de filiation en raison du mariage que les couples soient de sexe différent ou de même sexe, doit-il conduire à supprimer les mots père et mère ? Faut-il reconnaître une présomption de parenté pour l'ensemble des couples mariés et supprimer les mots père et mère au bénéfice du terme plus neutre de parent⁴³ ?

Reconnaître une présomption de parenté ou de coparenté, ne signifie pas nécessairement supprimer les mots pères et mères. Il n'est nul besoin d'aller jusqu'à la négation de la réalité et d'instaurer une neutralité parfaite en supprimant de notre vocabulaire les mots pères et mères. En effet, le mariage peut avoir pour effet de créer un double lien de filiation donnant à un enfant dès sa naissance un père et une mère, ou deux pères ou deux mères selon le sens que l'on reconnaît au mot parent. On peut donc créer une présomption de parenté, tout en conservant les mots pères et mères. Toutefois, il conviendra d'admettre que dans certaines situations, lorsqu'il s'agira de parents de même sexe, la présomption de parenté serait utilisée pour établir une filiation qui ne peut pas correspondre à la réalité humaine. Dans le cadre d'époux de même sexe, que l'on retienne les termes de parent ou de père et mère, il n'y aura plus alors déplacement de l'objet de la preuve. La situation obligerait par conséquent à reconnaître qu'il s'agit d'une fiction liée au mariage permettant d'établir la filiation.

B. De la présomption de paternité à la fiction de coparenté

Nous avons vu que la filiation permet de rattacher un enfant à des adultes ; elle le fait actuellement en prenant en compte la réalité : un enfant est issu d'un homme et d'une femme. Cependant, il est possible de mettre en avant une autre certitude : le droit peut toujours s'émanciper des contraintes « naturelles », ne serait-ce que par l'utilisation de la technique de la fiction. La fiction permet de créer un autre monde, autre que celui qui existe naturellement, mais qui peut être vrai pour le droit. Il faut alors décider si la fiction a besoin ou non de limites, si elle doit ou non se calquer sur le modèle réel. Le droit romain connaissait des fictions qui étaient inscrites dans aucune limite, notamment biologiques. C'est ainsi qu'un citoyen romain pouvait adopter un enfant plus âgé que lui afin qu'il hérite. Le point essentiel de la société romaine étant la question de la succession, cet artifice qui remettait en question l'ordre des générations était parfaitement accepté. Aussi, on pourrait imaginer que notre organisation juridique comprenne certaines fictions complètement irréalistes. On pourrait concevoir des filiations fictives entièrement détachées de la réalité biologique et du modèle

homosexuel.le.s en Espagne et zen Belgique : une mise en question du caractère hétérosexuel du droit ? », *Nouvelles questions féministes* 2012/1 (Vol.31), p.44-59 DOI 10.3917/nqf.311.0044, spéc. p.58).

⁴³ Voir notamment Cour d'Appel de Montpellier, 14-11-2018, n° 16/06059 qui a retenu l'expression de « parent biologique » pour désigner sur l'acte de naissance de son enfant, le géniteur qui a changé d'identité sexuelle.

biologique de reproduction. Une telle construction est tout à fait possible. Cependant, il faudrait admettre que le droit puisse « *créer du lien social hors chair* »⁴⁴ alors que nous continuons à penser nos institutions familiales sur un mode organique. Si tel devait être le choix fait par le législateur, pour une meilleure intelligibilité du droit, il serait préférable de retenir le terme de fiction de parenté. Demeurerait toutefois une dernière question : peut-on passer d'une présomption de paternité à une fiction de parenté, en fondant le double lien de filiation uniquement sur la volonté et le mariage ?

La présomption de paternité est fondée sur la biologie, même si elle ne repose pas que sur la biologie. En effet, il s'agit d'un effet du mariage, justifié par les obligations de fidélité et de communauté de vie. Elle permet d'éviter au mari d'avoir à reconnaître chacun de ses enfants. Elle constitue donc une présomption de procréation, qui ne peut exister que pour les couples hétérosexuels. Envisager l'extension de cette présomption aux couples de même sexe, que l'on retienne le terme de fiction ou de présomption, revient à supprimer tout lien avec la biologie, à fonder la filiation uniquement sur la volonté et l'existence présumée d'un projet parental en raison du mariage. Dans le cadre de couples mariés de même sexe, impossible de faire appel à la vraisemblance biologique : la filiation ne peut correspondre à la vérité biologique. Mais alors, pourquoi conserver la présomption de paternité, fut-elle nommée fiction de coparenté ? Il s'agirait d'une règle concernant la filiation attachée au mariage, mais cette règle ne serait plus fondée sur les obligations de fidélité et de communauté de vie. Elle serait une simple faveur accordée aux couples mariés, dispensés de reconnaître chacun de leurs enfants. Un choix de conjugalité, le mariage, expliquerait donc à lui seul l'existence d'une règle permettant non plus simplement de prouver, mais de créer un lien de filiation avec un enfant. En effet, à partir du moment où l'on nie toute place à la biologie et où l'on considère que la présomption de paternité ou de parenté est fondée uniquement sur la volonté et l'existence présumée d'un projet parental, alors il n'est plus possible de concevoir l'existence des actions en désaveu de paternité ou en recherche de paternité lesquelles reposent sur la vérité biologique. Faire reposer la présomption de paternité uniquement sur la volonté n'est donc pas sans conséquence sur l'ensemble du droit de la filiation.

Pour conclure, il semble difficile d'envisager l'avenir de la présomption de paternité sans aborder la question de la filiation dans son ensemble. Certes, il est toujours possible de distribuer des droits ou d'effectuer des retouches et des modifications du droit. Mais une telle démarche ne permettra pas de créer un système cohérent. Il faut

⁴⁴ Propos de Yan Thomas rapportés par Anne-Marie Savard, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec, un retour aux sources ? » *Les Cahiers de droit*, 47(2), 377-405, doi :10.7202/043889ar, spéc. p. 403.

se souvenir des fonctions du droit ; le droit permet d'instituer⁴⁵. Les individus, grâce au droit, passent d'êtres vivants à sujets de droit. Ce qui nous ramène à la filiation ; c'est une construction juridique qui permet de donner une identité à l'enfant, de le situer au sein d'une famille. Et cette construction suppose que l'on détermine ce que l'on veut nommer parent.

Il semble effectivement que le droit de la filiation hérité du code Napoléon est obsolète. Il doit être revu, mais pas en fonction de l'air du temps. Il semble nécessaire de réfléchir à l'élaboration d'un ensemble cohérent, dont la présomption de paternité peut éventuellement continuer à faire partie. S'agissant de donner une place à un enfant au sein d'une famille, de le situer au sein de plusieurs générations, il paraît compliqué de continuer à occulter totalement certains acteurs. Reconnaître les liens multiples qui peuvent exister avec différentes personnes ne semble pas impossible. C'est toute la question de la pluriparenté qu'il serait intéressant de considérer. Le principal est sans doute de se souvenir que la filiation est une construction liée à la culture, à notre façon de vivre l'humanité. Il s'agit d'une construction complexe qui prend en compte différents éléments : la procréation, l'affectif, l'aspect social, la volonté. Concernant l'avenir de la présomption de paternité, nous terminerons en notant que tout peut être envisagé, mais il faut se garder de toute décision hâtive. Au regard des nouvelles configurations familiales, il semble impossible d'éviter une réflexion globale relative à la filiation. Nous pensons que l'avenir de la présomption de paternité, comme l'ensemble du droit de la filiation, mérite mieux et plus que des décisions de justice éparées, justifiées très souvent pas des circonstances particulières.

⁴⁵ Sur la dimension symbolique et l'existence humaine, voir notamment l'article de Pascal David relatif aux écrits de Pierre Legendre, *op.cit.*, p. 82.