



**HAL**  
open science

# La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut des beaux-parents ou le " PaCS de la filiation

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut des beaux-parents ou le " PaCS de la filiation. *Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2009, Question en débat. Des enjeux du droit de la filiation, 1 (72). <hal-01231754>

**HAL Id: hal-01231754**

**<https://hal.science/hal-01231754v1>**

Submitted on 24 Nov 2015

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.



HAL Authorization

## **Question en débat**

---

**Des enjeux du droit de la filiation**



# La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut du beau-parent ou le « PaCS de la filiation »

Daniel Borrillo

---

Centre d'Études et de Recherches de Science Administrative (CERSA), Université Paris II/CNRS, 10 rue Thénard, F- 75005 Paris.  
<borrillo@u-paris10.fr>

## ■ Résumé

Les différents projets de loi annoncés par le gouvernement perpétuent la discrimination des homosexuels tant au niveau du couple qu'à celui de la parenté. L'absence d'une véritable reconnaissance des droits de filiation pour les familles homoparentales non seulement est contraire au principe d'égalité, mais constitue de surcroît une rupture avec la tradition civiliste. Ainsi, pour éviter la reconnaissance de l'homoparentalité, une stratégie politique commence à se mettre en place éloignant progressivement le droit civil du principe de l'autonomie de la volonté pour le rapprocher d'une supposée « vérité » biologique. L'enjeu n'est toutefois pas seulement l'égalité des adultes et des enfants mais aussi le choix politique de ces nouvelles frontières qui permettront demain de délimiter la géographie familiale.

*Filiation biologique – Filiation légale – Homoparentalité – Nature – Volonté.*

## ■ Summary

### **Biological "Truth" vs. Homosexual Parenthood: The End of the Liberal Conception of Family in France?**

Various bills announced by the French government prolong discrimination against homosexual couples and parents. The absence of complete recognition of the rights of homosexual families is not only contrary to equality, it constitutes a break with the civil law tradition. To avoid recognition of this new form of parenthood, a political strategy is taking shape to gradually shift from the civil law principle of individual autonomy to a supposedly biological "truth". At stake is not only the equality of families, but also the political choice that will soon delimit family geography.

*Biological parenthood – Individual autonomy – Legal parenthood – Nature – Same-sex families.*

Le projet de loi sur l'Union civile avait été présenté par le gouvernement comme une amélioration du Pacte civil de solidarité permettant de donner aux partenaires homosexuels les mêmes droits qu'aux couples de sexe opposé mariés, à l'exception des droits relatifs à la filiation. Lors de la campagne présidentielle, Nicolas Sarkozy avait déclaré : « Je veux reconnaître la sincérité de l'amour homosexuel, en créant une union civile donnant les mêmes droits aux couples de même sexe qu'aux couples mariés, à l'exception de la filiation et de l'adoption, ainsi qu'un statut de beaux-parents, valable pour les familles recomposées et homoparentales. »

Si l'union civile n'est plus dans l'ordre du jour du gouvernement, un avant-projet de loi « relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers » a été, en revanche, récemment présenté par la ministre de la Justice et la secrétaire d'État chargée de la Famille. Il s'agit de la première manifestation légale faisant référence à l'homoparentalité de manière explicite, même s'il s'agit d'une manifestation plus symbolique que réelle. Dans son exposé de motifs, l'avant-projet mentionne la situation de trente mille enfants vivant, selon les estimations de l'INED, dans un foyer composé de deux adultes de même sexe. Toutefois, ce texte ne modifie nullement les règles qui gouvernent la filiation. Il est question principalement de stabiliser le statut du tiers au sein de l'institution familiale<sup>1</sup>. Ce projet de loi trouve son origine dans la lettre de mission que le président de la République a adressée à Xavier Bertrand en 2007 (à l'époque ministre du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité), dans laquelle Nicolas Sarkozy précise les objectifs comme suit :

En lien avec la ministre de la Justice, garde des Sceaux, vous créez un statut du beau-parent dont l'objectif est de permettre aux adultes qui vivent avec des enfants dont ils ne sont pas les parents biologiques de pouvoir procéder pour eux aux démarches habituelles de la vie quotidienne, et de protéger juridiquement, dans l'intérêt de tous, les liens affectifs incontestables qui se nouent entre ces enfants et ces adultes. Nous voulons soutenir et aider toutes les familles, sans exclusion, pourvu qu'elles soient des lieux de pères affectifs et moraux<sup>2</sup>.

Contrairement au traitement médiatique de la question, l'avant-projet de loi n'implique pas la reconnaissance juridique des familles homosexuelles ni ne modifie substantiellement ce qui avait déjà été accordé par la loi du 4 mars 2002 et surtout par l'interprétation que la Cour de cassation a fait de celle-ci :

L'article 377, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de 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<sup>3</sup>.

Pendant, dans l'état actuel du droit positif et des propositions gouvernementales, les couples de même sexe ne jouissent pas des droits relatifs à la filiation. En effet, la filiation n'est pas l'autorité parentale et encore moins le statut du tiers. La

---

1. « Il n'est pas question dans ce texte de reconnaître autre chose que des droits aux beaux-parents », a déclaré le ministre Xavier Bertrand (chargé du premier rapport sur la question) à l'AFP, le vendredi 6 mars 2009.

2. Lettre de mission de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, adressée à M. Xavier Bertrand, ministre du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité (01/09/2007).

3. Cass. 1<sup>er</sup> Civ. 24/02/2006 N° 04-17.090. Bulletin 2006 I N° 101 p. 95.

filiation désigne un statut, une position déterminée dans une lignée, alors que l'autorité parentale fait référence à une fonction. Ainsi, on peut être déchue de l'autorité parentale (mauvais traitement, consommation de drogue ou d'alcool, défaut de soins, mise en danger de l'enfant) justement parce qu'il s'agit d'une fonction, mais on ne peut pas être dépossédé d'une filiation établie. La filiation et l'autorité parentale répondent à des règles distinctes. Le Code civil traite de la première dans son titre VII, et de l'autorité parentale dans son titre IX. Le droit des tiers, quant à lui, règle certaines questions pratiques de la vie courante sans modifier ni les liens de filiation ni l'autorité que les parents exercent sur leurs enfants. L'avant-projet de loi permet, si les parents sont d'accord, d'aménager certaines prérogatives afin de faciliter les actes de la vie quotidienne vis-à-vis des tiers (signer un bulletin scolaire, accompagner l'enfant à l'école ou chez le médecin...).

L'absence d'une véritable reconnaissance des droits de filiation pour les familles homosexuelles semble d'autant plus incompréhensible qu'elle ne se trouve pas en rupture avec la tradition civiliste de la filiation. En effet, la différence de sexes ne constitue nullement une condition à l'établissement d'un lien filial, l'adoption individuelle plénière et la pleine reconnaissance des enfants issus des mères célibataires le démontrent. Mais le problème n'est pas juridique sinon politique. En ce sens, pour éviter la reconnaissance de la filiation homoparentale, une stratégie commence à se mettre en place éloignant progressivement le droit civil du principe de l'autonomie de la volonté pour le rapprocher d'une supposée « vérité » biologique. Certes, le droit a toujours tenu compte du biologique pour l'établissement de la filiation, mais ce critère n'occupait pas la place centrale qu'il occupe aujourd'hui. Comme le soulignait le doyen Cornu, « le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, du temps qui passe »<sup>4</sup>. L'enjeu n'est donc pas seulement l'égalité des familles homoparentales mais aussi le choix politique de ces nouvelles frontières qui permettront demain de délimiter la géographie familiale.

## I. Le droit, l'engendrement et la filiation

Si les juristes ne sont pas unanimes concernant l'existence effective d'un droit à procréer, il est certain, en revanche, que la possibilité légale de refuser la procréation est bien établie dans l'ordre juridique. Le droit de ne pas procréer existe pour les hommes depuis toujours, la vente de préservatifs masculins n'a jamais été interdite ; en revanche, celle de contraceptifs féminins fut lourdement sanctionnée jusqu'à l'adoption de la loi Neuwirth du 28 décembre 1967, dépénalisant l'usage de la contraception.

Avec le remboursement de l'IVG en 1982 (date de sa prise en charge par la collectivité à travers la Sécurité sociale), l'avortement passe du statut de simple liberté (dépénalisation) à un véritable droit subjectif de la femme. Sous son aspect négatif (droit à ne pas engendrer), cette prérogative est aujourd'hui incontestable aussi

---

4. Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris : Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2006.

bien pour les hommes que pour les femmes, même si, pour les premiers, il demeure, dans l'état actuel du droit, une inégalité du fait de devoir subir une parenté voulue uniquement par la femme<sup>5</sup>. Sous l'aspect positif, la reproduction prend la forme d'une liberté dès lors que les personnes concernées disposent de la capacité physiologique à engendrer par les moyens traditionnels. N'oublions pas que les inséminations artificielles artisanales sont sanctionnées pénalement avec deux ans d'emprisonnement et trente mille euros d'amende<sup>6</sup>.

Puisque l'engendrement par la voie charnelle n'implique pas une demande sociale, cette forme de reproduction n'est pas régulée par le droit, ce qui ne veut pas dire qu'elle se trouve dépourvue de conséquences juridiques. En effet, le Code civil, dans son article 311, dispose que « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusive-ment, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions ». De même, selon l'article 310 du Code civil, « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». Autrement dit, l'enfant issu d'un rapport incestueux n'aura légalement qu'un parent.

La liberté procréative peut donc être à l'origine de la filiation, mais elle ne jouit pas d'un monopole dans la matière. En effet, en tant qu'institution sociale, la filiation peut s'établir par la pure volonté d'un ou de deux adultes (filiation adoptive), par la possession d'état (se comporter comme parent durant un laps de temps) ou par la présomption de paternité (assumer l'enfant de sa conjointe comme le sien).

Pendant longtemps, l'appartenance familiale de l'enfant était conditionnée à la volonté du *pater familias* qui pouvait refuser l'enfant. Par rapport à la mère, tous les enfants étaient des enfants naturels qui se légitimaient par la volonté du mari, comme le note l'adage latin : *mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant* (la mère est toujours certaine, le père est l'époux de la mère). Notons qu'aujourd'hui nous nous trouvons dans la situation inverse : une copulation fertile fait le père, alors que c'est plutôt la volonté qui fait la mère (non seulement parce qu'elle peut interrompre la grossesse sans autorisation du géniteur, mais aussi parce que l'abandon de son enfant à la naissance est un acte légal<sup>7</sup>). Si, dans

5. Un coït fécond fait du géniteur un père, alors que la génitrice dispose de l'IVG et de l'accouchement sous X pour éviter la maternité même contre la volonté du père biologique du futur enfant.

6. Article 511-12 : Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 1244-3 du Code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

7. Il est inséré, au début de l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, un alinéa ainsi rédigé : « Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être com-

l'ancien droit, comme le note Jean Hauser, « l'accouchement, acte physiologique, désignait systématiquement la mère, la qualité sacramentelle du mariage devenait déterminante dans l'établissement de la paternité : seul méritait le nom de père celui qui alliait la procréation charnelle et la procréation spirituelle, c'est-à-dire l'époux : l'enfant conçu hors mariage (bâtard) n'avait qu'un géniteur »<sup>8</sup>. Le droit ne faisait autre chose que reproduire l'idéologie dominante, rattachant le destin féminin à la nature et le destin masculin à la culture. La réforme de 1972 a aboli la hiérarchie entre les filiations naturelles (hors mariage) et les filiations légitimes en instaurant la « vérité » en matière de filiation. Dans ce dessein, comme l'expliquait Danièle Huet, « le législateur l'a fait par deux chemins : d'une part, il a élargi l'accès à la vérité biologique en levant les interdits, en refoulant les présomptions et en assouplissant les fins de non-recevoir qui, jusque-là, lui barraient la route »<sup>9</sup>; d'autre part, il a facilité la preuve de la non-paternité, légitime aussi bien que naturelle, en généralisant le recours aux expertises sanguines et les tests d'ADN. Toutefois, la reproduction ne se confond pas avec la filiation, pas encore... Outre les exemples de l'adoption plénière et de la possession d'état, l'accouchement anonyme ou l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec donneur de sperme constituent également des situations paradigmatiques de reproduction sans filiation et de filiation sans reproduction.

De même, dans la filiation par don d'embryon, il existe une dissociation totale entre reproduction et filiation (plus complexe que l'adoption parce que, comme pour le don d'ovocyte, la mère juridique et sociale porte l'embryon et l'accouche). Cette pratique des mères porteuses, bien qu'interdite en France, peut constituer la base d'une filiation légitime, comme l'a statué la Cour d'appel de Paris<sup>10</sup>. Cependant, cette dissociation entre engendrement et filiation est de plus en plus contestée : la création, le 22 janvier 2002, du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et l'évolution légale et jurisprudentielle en matière d'expertise biologique le montrent clairement.

---

muniquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur. »

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Odièvre c./ France* du 13 février 2003, a statué que l'accouchement sous X est conforme à la Convention : « La Cour note à cet égard que la requérante a aujourd'hui près de trente-huit ans, qu'elle a été adoptée dès l'âge de quatre ans, et que la levée non consensuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale. [...] L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons "sauvages". Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français. »

8. Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille*, Paris : LGDJ.

9. *Ibid.*

10. CA Paris, 1ère Ch., Sect. C, 25 octobre 2007, RG 06/00507.

La vérité biologique de l'engendrement éclipse de plus en plus la vérité affective et la volonté individuelle (y compris en matière d'adoption car une remise en cause de cette institution est à l'ordre du jour dans la doctrine des juristes appuyée par l'opinion de certains psychologues). Non seulement les preuves génétiques mais aussi les nouveaux modes de procréation ont bouleversé la culture civiliste de la filiation. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000, l'expertise biologique est de droit et elle concerne tout procédé scientifique. Ceci implique que l'expertise biologique est pour les juges du fond un devoir sauf « motif légitime de ne pas y procéder » (par exemple, dans les cas de filiation incestueuse ou lorsqu'il existe une possession d'état de plus de cinq ans). Si le droit permet à un individu de refuser de se soumettre à un tel examen, il est néanmoins possible pour les juges d'interpréter ce refus comme une présomption de parenté. Cette tendance à la biologisation de la filiation apparaît clairement exprimée dans les propos de l'avocate générale Cécile Petit lors des conclusions relatives à la question de l'expertise biologique devant la Cour de cassation : « L'incertitude identitaire quant à la filiation est pour un enfant source de graves déséquilibres sur le plan de la construction de sa personnalité <sup>11</sup>. » Mais à vrai dire, il ne s'agirait pas tant d'incertitude de la filiation que d'incertitude de l'engendrement. En effet, de nos jours la vérité biologique prime, même lorsqu'elle met en danger justement la certitude d'une filiation déjà établie. Le recours à l'expertise biologique s'est tellement banalisé que la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 février 2006, est allée jusqu'à l'autoriser comme preuve de l'adultère, permettant l'examen comparé des sangs des époux et de leurs enfants (au détriment de la stabilité des filiations). Il faut savoir que si la preuve génétique (ADN) est strictement encadrée par la loi et qu'aucun laboratoire ne peut en principe procéder à l'analyse génétique sans une décision de justice préalable, en revanche chacun a la possibilité de solliciter, de sa propre initiative (sans l'intermédiaire du juge), un examen sanguin auprès d'un laboratoire.

Cette recherche de la vérité biologique est concomitante avec les revendications des familles homoparentales.

## II. Le droit de la filiation et l'homoparentalité

Les manuels de droit de la famille expliquent que l'assistance médicale à la procréation n'est pas un droit subjectif mais un acte médical, seuls les couples qui ne peuvent pas engendrer auraient le droit d'y avoir recours. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique dispose :

L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant pré-

---

11. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, *Bull.* n° 103 ; *Defrénois*, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. Massip ; *Dalloz*, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; *JCP* 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. Petit et note M.C., Monsallier-Saint-Mieu.

ablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

S'il est certain que cet article fait explicitement référence à la stérilité comme condition *sine qua non* de l'AMP, une lecture plus approfondie nous permet de mieux comprendre la véritable finalité de ce dispositif juridique. En effet, la loi, en se fondant sur une idéologie « naturaliste », cherche plutôt à imiter la reproduction biologique qu'à pallier la stérilité. Ainsi, en partant d'une fiction : la stérilité du couple (la stérilité réelle est toujours celle de l'individu et non pas celle du couple), la loi instaure un véritable droit à la procréation (droit à l'enfant) réservé aux couples de sexe opposé. Au-delà de la question de la stérilité, soulignons que le droit permet également, depuis la réforme de 2004, l'accès à l'AMP pour les couples confrontés à la transmission d'une maladie particulièrement grave entre eux ou à leur enfant<sup>12</sup>.

En tout cas, l'AMP avec donneur de sperme ou donneuse d'ovocytes écarte légalement la vérité biologique au profit du projet familial. De surcroît, la réforme de 2004 prévoit la possibilité, pour les embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental, qu'ils soient accueillis par un autre couple hétérosexuel qui les adoptent. Les couples de même sexe ne peuvent pas y prétendre, la loi préfère ainsi incinérer ces embryons que de les donner à un couple homosexuel.

Cette réforme aurait pu constituer une occasion pour ouvrir à nouveau le débat sur l'accès à l'AMP pour l'ensemble des couples, mais malheureusement la question du clonage a monopolisé la discussion. Cette réforme aurait pu également permettre d'élargir la fiction du « couple stérile » aux couples de même sexe. Ce ne fut nullement le cas et, de surcroît, deux ans plus tard une mission parlementaire a confirmé ce refus. Afin de justifier l'absence de mesures juridiques relatives à l'homoparentalité, Valérie Pécresse, à l'époque rapporteur de la Mission parlementaire d'information sur la famille et les droits des enfants, avait avancé l'argument selon lequel il serait impossible de « toucher aux fondamentaux de la filiation qui, jusqu'à preuve du contraire, consistent en un père, une mère et l'enfant »<sup>13</sup>. Le rapport parlementaire va jusqu'à considérer l'homoparentalité comme une « filiation fictive sans réalité ni vraisemblance biologique ». Or, à la différence du droit canonique, la règle civile se trouve (encore) affranchie du biologique, elle peut même s'y opposer et institutionnaliser un « mensonge salutaire ». Il en va ainsi, comme nous l'avons souligné, de l'empêchement d'établir une double filiation lorsque l'enfant est issu d'une relation incestueuse ou de l'impossibilité de créer un lien de filiation à l'égard d'un tiers donneur de sperme lorsque le couple recourt à l'assistance médicale à la procréation.

---

12. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

13. Mission d'information de la famille et des droits des enfants du 27 janvier 2006.  
[http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/mission\\_famille\\_enfants.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/mission_famille_enfants.asp)

Pour s'opposer à l'homoparentalité, on avance fréquemment un argument relevant du « bon sens biologique » : un enfant est issu d'un homme et d'une femme et a donc besoin d'un père et d'une mère. L'installation de ce type d'arguments met en question l'édifice de la filiation consacré par le droit civil. Au nom de la vérité biologique ou de l'intérêt de l'enfant à avoir deux parents de sexe différent, va-t-on dans le futur supprimer l'adoption par un individu seul ? Va-t-on assigner un père à l'enfant né d'une mère célibataire, contre la volonté de celle-ci ? Va-t-on lever le secret sur les origines biologiques et imposer au donneur la présence d'un enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec donneur ? Va-t-on libéraliser le marché de tests génétiques afin de rendre effectif le droit à l'accès aux origines pour l'ensemble de la population ? Va-t-on désormais faire de la capacité reproductive du couple une condition pour l'accès au mariage – puisque, comme le souligne la mission parlementaire, « le mariage s'est construit autour de l'enfant » ?

Alors que l'homoparentalité ne se heurte pas à la conception civiliste de la filiation, son refus, en revanche, mettrait en danger les principes juridiques qui la fondent, c'est-à-dire la possibilité d'établir une filiation au-delà de la seule vérité biologique.

### II.1. Une question de santé publique ?

Au delà de ces considérations politiques, force est de constater aussi que l'objectif de santé publique recherché par l'AMP depuis la réforme de 2004 ne profite pas à tous les individus. Le nouveau dispositif légal vise non seulement l'accès à la filiation pour les couples stériles mais a également comme finalité « d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ».

En effet, une vision universaliste de la loi aurait permis, à l'occasion de cette réforme, de traiter le problème des inséminations artificielles faites de manière artisanale par des personnes qui ne peuvent pas accéder légalement à cette technique : les femmes seules ou les couples homosexuels. Non seulement ces personnes continuent à encourir des risques sanitaires (transmission du VIH, hépatites...), mais elles se trouvent également exposées à des problèmes légaux, ces pratiques étant interdites pénalement. Ne pouvant bénéficier ni du droit de la filiation ni de la prévention sanitaire établie par la loi, les couples de même sexe sont ainsi doublement exclus et mis dans l'illégalité lorsqu'ils souhaitent devenir parents. Plutôt que de donner une réponse pragmatique, le législateur a privilégié une conception idéologique de la reproduction (imitation du biologique) au détriment d'autres projets parentaux moins traditionnels.

### II.2. S'inspirer d'une vision civiliste de la filiation

Face à un dispositif de plus en plus biologique, face à une conception nostalgique de la filiation fondée sur la différence des sexes, il semble nécessaire de revendiquer l'instauration d'un véritable droit subjectif de la procréation, détaché de toute justification naturaliste et basé principalement sur la responsabilité individuelle, indépendamment du sexe des partenaires. Un droit universel de la procréa-

tion impliquerait non seulement l'ouverture de l'AMP à tous les individus (seuls ou en couple : mariés, concubins ou pacsés) mais également la légalisation de la gestation pour autrui (GPA), permettant ainsi les contrats de maternité de substitution. Comme le soulignait Robert Badinter : « Le droit à la vie paraît bien impliquer le droit de tout être humain de donner la vie, la liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra donner la vie <sup>14</sup>. »

Et comme la question dépasse les frontières nationales (de nombreuses personnes accèdent à la maternité de substitution en Amérique du Nord ou se font inséminer en Espagne, aux Pays-Bas ou au Royaume-Uni), il semble urgent d'engager une réflexion internationale permettant la résolution des conflits en la matière, d'autant plus que la situation actuelle demeure très inégale. Ainsi, dans l'affaire *Diane Blood*<sup>15</sup>, une femme qui n'avait pas pu obtenir en Angleterre une insémination *post mortem*, en l'absence de consentement de son mari dans le coma, a néanmoins réussi à obtenir l'autorisation de faire exporter les gamètes de celui-ci pour faire pratiquer l'opération en Belgique. Pour accéder à sa demande, les juges anglais se sont fondés sur le principe de la libre prestation de services.

Au niveau du droit international conventionnel, la situation n'est pas plus satisfaisante. Ni la Convention de La Haye ni les conventions de la Commission internationale de l'état civil ne permettent de garantir les droits des personnes qui deviennent parents par AMP dans d'autres pays. Dans une telle situation, il est également inutile de se référer aux nombreuses conventions internationales relatives aux droits sexuels et reproductifs. En effet, celles-ci furent conçues plutôt comme des droits à la contraception que comme des droits reproductifs. Il reste donc à construire un système international de droits sexuels et reproductifs dans leur dimension positive, c'est-à-dire un droit à la sexualité non médicalisée et un droit à la reproduction, qui permette d'élargir l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée, y compris les maternités de substitution, à l'ensemble des individus et des couples.

## Conclusion

Le projet de loi relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers ne modifie en rien le dispositif juridique actuel. En institutionnalisant uniquement les effets des droits qui découlent de l'autorité parentale et en excluant du droit de la filiation les familles homoparentales, le gouvernement vient de reproduire la logique du Pacte civil de solidarité non pas vis-à-vis des couples, comme ce fut le cas en 1999, mais vis-à-vis des enfants. L'idéologie permettant ce nouveau « PaCS de la filiation » se fonde sur une rhétorique de la primauté du biologique. La « vraie » filiation serait celle qui allie géniteurs et parents juridiques. Les autres doivent se contenter avec le statut de tiers, beaux-parents.

---

14. Robert Badinter, garde des Sceaux, dans une allocution devant le Conseil de l'Europe à Vienne, 19-20 mars 1985.

15. R v Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood, [1997] 2 All ER 687.

Cette naturalisation de liens familiaux a des conséquences négatives non seulement envers les couples de même sexe, elle mettrait aussi en danger notre conception juridique de la filiation. Le passage d'un système civiliste à un système naturaliste de la filiation implique un changement anthropologique sans précédent, mais cela semble constituer le prix à payer pour justifier la discrimination des familles homoparentales.

#### ■ L'auteur

Avocat au barreau de Buenos Aires et sociologue du droit, Daniel Borrillo enseigne à l'université de Paris Ouest Nanterre/La Défense et est chercheur associé au CNRS (Centre d'études et de recherches de science administrative CERSA/Université Panthéon-Assas Paris II).

Parmi ses publications :

- *Droit des sexualités*, Paris : PUF, 2009 ;
- *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique* (avec Dominique Colas), Paris : Plon, 2005 ;
- *Amours égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche* (avec Pierre Lascoumes), Paris : La Découverte, 2002 ;
- *L'homophobie*, Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2000.

## Annexe

### Les formes juridiques de la filiation

*Les différents systèmes et les principes qui les fondent :*

#### **Modèle canonique**

- Finalité reproductive du mariage (*bonum coniugum*) ;
- Prééminence de la filiation par le sang (*bonum prolis*) ;
- Interdiction de l'adoption ;
- Interdiction de l'insémination avec donneur ;
- Coexistence de la filiation spirituelle (affiliation) ;
- Interdiction absolue de l'homoparentalité ;
- Ordre moral.

#### **Modèle civiliste**

- Dissociation entre mariage et filiation ;
- Dissociation entre filiation et reproduction ;
- Coexistence de la vérité biologique avec la volonté, l'affection, le temps... ;
- Anonymat des donneurs ;
- Dominance de l'adoption plénière ;
- Intégration possible de l'homoparentalité ;
- Possibilité d'accouchement sous X (droit de la femme) ;
- Impossibilité de double filiation incestueuse ;
- Ordre social.

#### **Modèle néo-biologique**

- Critique de la dissociation entre filiation et reproduction ;
- Statut légal des géniteurs ;
- Réconciliation de la reproduction avec la filiation ;
- Fin de l'anonymat des donneurs ;
- Dominance de l'adoption simple (*open adoption*) ;
- Reconnaissance de l'homoparentalité sous condition d'octroyer un statut aux géniteurs ;
- Remise en question de l'accouchement sous X (droit de l'enfant) ;
- Double filiation incestueuse possible ;
- Ordre symbolique.