



HAL
open science

La parenté et la parentalité dans le droit

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La parenté et la parentalité dans le droit : Conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation. Eric Fassin; Elsa Dorlin. Reproduire le genre, Editions de la bibliothèque publique d'information du centre Pompidou, 2007, 978-2-84246-119-5. hal-01242307

HAL Id: hal-01242307

<https://hal.science/hal-01242307>

Submitted on 11 Dec 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.

La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation

Daniel Borrillo

Les termes parenté et parentalité n'ont pas d'existence juridique. Ils renvoient à l'ethnologie et à la sociologie de la famille. Ce sont surtout les travaux d'Émile Durkheim, Marcel Mauss, Claude Lévi-Strauss, Bronislaw Malinowski, Margaret Mead ou Ruth Benedict qui nous ont familiarisés avec ces notions.

La parenté désigne les règles de descendance s'appliquant à chaque individu, et plus généralement le lien qui unit l'enfant à un ou deux adultes (père et mère). La parentalité fait référence à l'éducation des enfants ainsi qu'aux droits et obligations qui en résultent (actions pédagogiques, domestiques, éducatives, de soin, droit d'hébergement, droit de visite, etc.). On cherchera donc en vain ces vocables dans les codes et les lois. Le terme « parenté » est connu en droit sous le nom de « filiation » tandis que l'équivalent juridique de la « parentalité » est celui de *patria potestas* appelée plus tard « autorité parentale », ou « responsabilité parentale » pour utiliser une expression encore plus moderne.

La filiation renvoie à un statut alors que l'autorité parentale fait référence à une fonction. La filiation évoque quelque chose de statique, désignant une place, une position déterminée dans une lignée. La responsabilité parentale évoque plutôt quelque chose de dynamique ; en fait, on parle d'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, on peut être déchu de l'autorité parentale (mauvais traitements envers l'enfant, 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. Les pires des parents (criminels ou pédophiles) ne cesseront jamais d'être parents. Leur position, leur statut ne change pas, même s'ils perdent la fonction parentale.

La parenté et la parentalité répondent à des règles distinctes : le Code civil traite de la filiation dans son titre VII et de l'autorité parentale dans son titre IX.

Droit de la filiation

La filiation est le lien juridique qui crée un rapport d'ascendance familiale entre deux personnes, les désignant comme enfant d'une part, père ou mère d'autre part (filiation proprement dite, ou pour le dire avec les mots de l'anthropologie : parenté) pour les rendre créanciers et débiteurs d'obligations progressivement mutuelles (conséquence de la filiation – en termes anthropologiques, il s'agit de la parentalité).

La filiation confère à chaque personne un état civil déterminé auquel s'attachent d'importants effets juridiques tant au plan patrimonial (obligation alimentaire, droit de succession...) qu'au plan extrapatrimonial (attribution du ou des noms, autorité parentale...). En droit, la parentalité est en principe une conséquence de la parenté mais, comme nous le verrons, elles peuvent être parfaitement dissociées.

La filiation existe uniquement lorsqu'elle est établie dans les conditions et selon les modes prévus par la loi. Autrement dit, la filiation est déterminée par la norme juridique et non par la biologie.

La question de la filiation apparaît d'abord dans le Code civil comme un élément permettant de définir l'appartenance à la nation et ensuite l'appartenance à la famille (à partir de l'article 310 du Code civil). L'enfant né en France est présumé être français, la femme qui accouche est présumée être la mère et son conjoint, si elle est mariée, est présumé être le père à condition que l'enfant soit né dans les cent soixante dix-neuf premiers jours du mariage. Mais comme toute présomption, elle peut être contredite.

La question de la filiation est donc une question d'apparences, d'indices, de certitudes et non pas de vérité. L'article 310-1 du Code civil stipule :

« La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre. »

Comme le souligne François Terré, « à tout âge, le rapport de filiation établit entre un individu et ses auteurs un lien biologique, affectif, spirituel, que le Droit saisit, modèle, copie, parfois déforme ». Il s'agit donc d'une question éminemment culturelle, susceptible d'évoluer avec le temps. Ainsi, la filiation agnatique du droit romain était une parenté exclusivement masculine qui n'avait pas nécessairement une origine physiologique mais reposait essentiellement sur la volonté du *pater familias*.

Pour rappel, le droit canonique interdisait l'adoption et l'ancien droit français établissait par l'accouchement la maternité ; la paternité, quant à elle, était réservée à l'homme qui alliait procréation charnelle et

procréation spirituelle, c'est-à-dire l'époux : l'enfant conçu hors mariage (bâtard) n'avait qu'un parent. Le Code Napoléon réserve ses faveurs à l'enfant légitime, c'est-à-dire celui qui est né au sein d'un couple marié. Les réformes successives depuis 1972 ont mis fin à la distinction entre enfant légitime et enfant naturel.

Dans le droit positif actuel, la filiation est un lien qui se tisse de trois fils principaux – la biologie, la volonté et le temps :

- la filiation par le sang ;
- un acte de volonté telle l'adoption ;
- une présomption telle la paternité supposée du mari de la mère ;

ou

- un fait, telle la possession d'état de l'article 311-1 du Code civil :

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

- 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;*
- 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;*
- 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;*
- 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;*
- 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue. »*

Comme le soulignait le doyen Cornu :

« Le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité (biologique) c'est aussi un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe... »

Lorsque le droit assimile filiation et engendrement, il le fait avec beaucoup de prudence. En effet, l'accès à la certitude biologique est strictement encadré et limité. L'article 16-11 du Code civil établit que :

« (...) En matière civile, l'identification par empreintes génétiques ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli (...) »

La preuve scientifique de l'expertise sanguine est de droit, depuis un arrêt du 28 mars 2000 de la Cour de Cassation, mais elle ne peut être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves.

Pour l'établissement de la filiation, nul besoin de différence de sexe ni de vérité biologique. En effet, l'adoption plénière peut être individuelle ou du couple marié (un ou deux parents), l'adoption simple, quant à elle, permet la création d'un lien de filiation à quatre personnes (les parents originaires et les parents adoptifs).

Une personne seule peut adopter et la génitrice peut renoncer à la maternité par l'accouchement sous X, de même que le donneur anonyme de sperme ne deviendra jamais le père de l'enfant dans les cas de l'AMP (assistance médicale à la procréation).

Droit de la parentalité (autorité parentale)

Une fois présenté le droit de la filiation (parenté), analysons le droit de la parentalité ou « autorité parentale », pour reprendre l'expression consacrée par le droit.

L'article 371-1 du Code civil définit l'autorité parentale comme l'ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Les principaux droits et devoirs qui découlent de l'autorité parentale sont les suivants :

- droit de garde;
- droit et devoir d'éducation;
- obligation de veiller à la santé du mineur;
- droit de correction;

- droit et obligation d'administrer les biens du mineur, etc.
L'enfant a également le droit à ne pas être séparé de ses frères et sœurs et à avoir des relations avec ses parents et leurs familles respectives.

Comme elle est une fonction, l'autorité parentale peut être déléguée (de manière volontaire ou forcée) à un tiers (membre de la famille ou non), à un établissement agréé pour le recueil des enfants ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

La question de la parenté des couples de même sexe

La prééminence de la volonté et l'introduction de la vérité biologique uniquement dans le cadre d'un contentieux semblaient acquises jusqu'au jour où les homosexuels ont commencé à revendiquer un droit à la filiation. Autrement dit, lorsque les couples de même sexe souhaitent devenir des parents à part entière, on se met alors à questionner la logique du droit civil de la filiation. C'est effectivement cette revendication de parenté qui pose problème aujourd'hui et non pas la parentalité qui peut, par ailleurs, comme nous l'avons dit, être exercée même par une institution privée ou publique...

Pour les homosexuels qui ont engendré un enfant par les moyens naturels (ou par insémination artificielle, même si elle est illégale en France) la question ne se pose pas car, dans ce cas de figure, l'individu homosexuel jouit de la parenté et de la parentalité vis-à-vis de l'enfant (il est père ou elle est mère et bénéficie de l'autorité parentale).

Concernant le compagnon ou la compagne d'une mère ou d'un père homosexuel, le gouvernement s'est engagé à lui accorder une fonction (celle de coparent ou beau-parent), la justice admet même le transfert de l'autorité parentale à la compagne d'une mère lesbienne : la Cour de Cassation, dans une décision du 24 février 2006, a statué que

« le 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 ».

Toutefois, si l'on est d'accord pour donner des fonctions parentales aux homosexuels, le statut de parent leur est toujours refusé (pas d'adoption plénière pour les couples de même sexe, pas d'accès à l'AMP, pas d'adoption de l'enfant du conjoint, pas de présomption de paternité, pas d'accès aux maternités de substitution).

Alors que jusqu'aux années 1990, l'ensemble des spécialistes du droit de la famille s'accordait sur la dimension éminemment sociale et culturelle de la filiation (modèle civiliste), dès qu'une revendication homoparentale commence à émerger sur la scène publique, une redéfinition de type naturaliste voit le jour.

Les prises de position libérales de plusieurs juristes, au cours des années 1980, quant aux conditions d'accès aux techniques de procréation assistée, témoignent de ce que, compte tenu des caractéristiques traditionnelles du droit civil de la filiation, l'imposition d'un modèle parental fondé sur la différence des sexes n'allait pas de soi. Autrement dit, le modèle civiliste permettait l'autonomie du droit par rapport à la nature, à l'heure d'établir un lien de filiation.

En sa qualité de garde des Sceaux, Robert Badinter prônait en 1985 une très grande liberté en la matière, justifiant au regard du droit notamment la liberté pour une femme seule de recourir aux PMA et dénonçait, à défaut, une discrimination en raison de la situation matrimoniale, ainsi qu'une atteinte à la vie privée. Il s'est également prononcé contre le principe de l'interdiction du recours aux mères porteuses. Son raisonnement était fondé sur le respect des droits fondamentaux et, notamment, celui « essentiel de donner la vie, de remplir plus complètement sa destinée humaine, et d'assurer sa descendance ».

Il s'agissait pour lui « d'un droit que l'être humain doit se voir reconnaître et garantir par la loi pour pouvoir espérer atteindre l'épanouissement de sa personne qui est la fin de toute organisation sociale dans une démocratie¹ ».

1. Discours devant le Conseil de l'Europe, publié par *Le Débat* n° 36, septembre 1985, p. 4-14.

De même, un juriste conservateur comme François Terré soulignait « qu'une interdiction d'accès aux PMA aux demandeurs d'enfants qui ne sont pas dans une raison thérapeutique serait peu satisfaisante et constituerait une intrusion dans la vie privée contraire à la liberté dans la procréation, fût-ce pour des convenances personnelles² ».

Quant à l'argument de la nécessité d'établir une filiation bisexuée (maternelle et paternelle), il demeurait l'apanage des juristes catholiques, attachés à la vision naturaliste du code canonique.

Que s'est-il alors passé pour qu'un tel revirement ait lieu ?

Tout d'abord, la mise en place d'un comité d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé en 1983 a permis l'entrée des représentants des religions et des psychanalystes dans le débat sur la future loi bioéthique. La dimension pratique du droit s'est ainsi vue « contaminée » par une approche idéologique qui confortait le sens commun en ralliant la filiation à la biologie.

En 1988, le Sénat rend le rapport Braibant, au sein duquel, pour la première fois, on parle d'« affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté » ; la filiation cesse d'être une affaire culturelle pour devenir une structure naturelle...

Plus tard, les lois dites de bioéthique de 1994 définissent juridiquement, pour la première fois, le couple comme l'union d'un homme et une femme. Et en 1995, pour la première fois aussi, le Conseil d'État parle d'absence de référent paternel dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référent n'est pas exigé par la loi.

Tout ce processus a produit une « naturalisation » du couple hétérosexuel comme fondement de la filiation : une sorte d'ordre symbolique auquel notre droit civil ne peut que se soumettre. Cette « hétérosexualisation » de la filiation existait dans le sens commun (attaché à la vision biologique) mais elle était complètement absente du sens juridique (attaché à la conception civiliste).

2. *L'Enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987.

Le discours religieux et la vulgate psychanalytique sont ainsi venus conforter la doxa et l'ont fait entrer dans la règle de droit.

Le modèle civiliste octroie un rôle majeur à la volonté (au détriment du sang), il permet de masquer l'identité des géniteurs (accouchement sous X, donneur anonyme, PMA, adoption plénière...), il permet la reconnaissance volontaire exprimée *a priori* par la présomption de paternité du mari de la mère, il autorise l'établissement d'une filiation légale simplement vis-à-vis de celui ou celle qui s'est comporté comme parent (possession d'état : notons que l'ordonnance de 2005 a réduit le délai : 5 ans pour contester une filiation. La difficulté à admettre une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine, pourtant parfaitement en accord avec le modèle civiliste, a conduit (volontairement ou involontairement) à une remise en question du modèle civiliste en faveur d'une vision naturaliste de la filiation : l'expertise biologique s'impose dans les procès de contestation de la paternité, la recherche des origines se revendique socialement, la différence de sexes devient une valeur, bref, la vérité biologique apparaît comme l'argument dernier non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale, et partant pour créer une sorte de hiérarchie entre les filiations qui doivent désormais être basées sur la parenté naturelle (voir hétérosexuelle), mais aussi pour désigner les familles monoparentales ou recomposées comme les responsables de la violence et de la criminalité...

Pour certains auteurs, la loi française est allée trop loin dans la négation de la vérité biologique. Ainsi, Agnès Fine³ propose la reconnaissance de la pluriparentalité qui, je la cite, « n'est pas seulement liée à la place de plus en plus importante de familles recomposées dans notre société. Elle a été aussi portée par la prise en compte croissante de la question identitaire qui s'est exprimée sous la forme revendicative d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, pour les enfants adoptés ou ceux qui sont nés de procréation médicalement assistée⁴ ». Elle regrette que « contrairement à l'Angleterre et l'Allemagne, la France reste

3. Directrice d'études à l'EHESS, enseignements portant sur la construction sociale des sexes et la parenté.

4. « Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales », *Spinale* n° 21, 2002.

à l'écart du modèle de la *open adoption* », c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique... Cela conduit à une remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, à une critique de l'accouchement sous X, interdiction de l'anonymat absolu en cas de don de sperme, demande croissante d'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière.

On voit bien comment se construit cette nouvelle idéologie néoconservatrice. En effet, c'est à condition de préserver quelque part la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourra, par la suite, s'inscrire dans l'ordre de la parentalité (et non pas dans celui de la parenté). La question du biologique reprend ainsi une vigueur renouvelée (et bien plus sophistiquée), d'une part en assurant la place de l'hétérosexualité au sein même de l'homoparentalité (ou « pluriparentalité » pour reprendre l'expression d'Agnès Fine) et d'autre part en fondant la norme non pas sur la volonté mais sur l'immanence des origines (appelé par la nouvelle pensée conservatrice « ordre générationnel » ou « ordre symbolique »).

Les projets de loi concernant l'union civile et le statut du beau-parent prolongent ce refus d'octroyer aux couples homosexuels des véritables droits de filiation (parenté); pour leur octroyer uniquement la parentalité (autorité parentale).

Comme à l'époque du Pacs (souvenons-nous que pour ne pas parler de couple on disait « duo », « fratries rurales »...), l'imagination des juristes est toujours prospère ; on propose ainsi aujourd'hui de créer des liens distincts de la filiation : « l'alumnie », « le fosterage » (originellement il s'agissait de placer des enfants comme des domestiques), « le parrainage » (filiation spirituelle par le baptême). Il s'agit de diluer la question de l'homoparentalité dans celle de la famille recomposée ou dans celle de la pluriparentalité (comme le suggéraient les rapports Théry en 1998 et Dekeweur-Défossez en 1999 et le propose l'actuel projet d'union civile de Nicolas Sarkozy).

Nous ne sommes donc pas dans le registre de l'égalité, il s'agit d'une sorte de Pacs de la filiation pour les couples de même sexe. Comme hier, pour bien différencier le mariage du Pacs, les opposants au droit de filiation pour les couples homosexuels suggèrent un nom différent : « affiliation » au lieu de filiation. Voici comment des nouvelles hiérarchies se profilent...

Les juristes sont certes moins subtils que certains sociologues, ils ont toutefois le mérite d'être plus clairs :

« Cette résurrection du fosterage renommé affiliation se distingue de la filiation qui doit être réservée au projet d'un homme et d'une femme. En la forme compréhensible par tous, l'affiliation est proche de la filiation sans se confondre avec elle; il n'y a pas l'ambiguïté qui règne entre la parenté et la parentalité. Au fond, la filiation demeurerait le seul lien de droit insécable, tandis que l'affiliation pourrait être résiliée pour des causes appréciées par le juge : séparation du parent et de l'affiliant, grave mésentente entre l'affiliant et l'affilié de plus de treize ans, etc. Dans une telle perspective, l'affiliation constituerait une tierce voie, distincte de l'adoption simple et de la délégation de l'autorité parentale parfois détournées de leur but par les juges du fond ou proposées à la réforme par la doctrine. Enfin, l'affiliation serait indifféremment proposée au partenaire d'un parent, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel, prenant ainsi en considération l'argument de la discrimination⁵. »

L'ouverture de la parentalité aux couples de même sexe ne résout pas la question de l'égalité dans la parenté, mais la question de l'égalité et celle de la liberté (et surtout de la volonté) sont passées au deuxième plan au profit de l'identité des origines, de la certitude biologique, de la vérité de l'ADN et de l'hétérosexualité comme fondement de la filiation.

Le modèle libéral du Code civil cède la place à une idéologie conservatrice de la filiation, laquelle, à vouloir justifier l'exclusion des homosexuels, s'approche dangereusement du droit canonique.

5. RAOUL-CORMEIL, Gilles, « La part du temps dans le droit de la filiation », *Petites Affiches* n° 132, 3 juillet 2007.

Les nouvelles formes de « biologisation » de la filiation

Modèle canonique	Modèle civiliste	Modèle néobiologique
<ul style="list-style-type: none"> • Finalité reproductive du mariage (<i>bonum coniugum</i>) • Prééminence de la filiation par le sang (<i>bonum prolis</i>) • Interdiction de l'adoption • Interdiction de l'insémination avec donneur • Coexistence de la filiation spirituelle (affiliation) • Interdiction absolue de l'homoparentalité • Ordre moral 	<ul style="list-style-type: none"> • Dissociation entre mariage et filiation • Dissociation entre filiation et reproduction • Prééminence de la volonté • Anonymat des donneurs : possibilité de lever le secret pour des raisons médicales, accès possible à la CNAOP • Dominance de l'adoption plénière • Intégration de l'homoparentalité • Possibilité d'accouchement sous X (droit de la femme) • Impossibilité de double filiation incestueuse • Ordre social 	<ul style="list-style-type: none"> • Critique de la dissociation entre filiation et reproduction • Statut des géniteurs • Réconciliation de la reproduction avec la filiation • Fin de l'anonymat des donneurs • Dominance de l'adoption simple (<i>open adoption</i>) • 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

Éric Fassin : J'aurais moi-même des questions, des remarques, mais je pense que comme nous disposons de peu de temps, mieux vaut ouvrir la discussion à la salle.

Annie Bureau : Je suis gynécologue et j'ai été très heureuse d'écouter cet exposé de monsieur Borrillo parce

que moi, en tant que praticien, j'avais ce sentiment que le biologique prenait une prééminence extraordinaire, de plus en plus, à travers l'assistance médicale à la procréation, et ce sentiment me gênait parce que je considérais que l'évolution de notre société qui, justement, favorise la socialisation devait au contraire

favoriser une évolution des statuts de l'enfant beaucoup plus appuyée sur la relation et non pas sur la biologie. Or, j'entends là une intervention qui me conforte tout à fait sur cette impression que j'avais en tant que gynécologue et que je regrette beaucoup parce que je constate que de plus en plus, l'enfant adopté est nié, il passe en second, la toute-puissance biologique est prééminente, on demande aux femmes de faire des enfants à tout prix – quand je dis à tout prix, ça leur demande effectivement beaucoup d'efforts et de sacrifices d'être une mère biologique quelquefois – et cette évolution de ce statut de la parenté ou de la parentalité me paraît quelque chose de très régressif dans notre société.

Éric Fassin : Je propose peut-être, si vous le voulez bien, de prendre deux ou trois questions et qu'ensuite Daniel Borrillo réponde à l'ensemble.

Public : J'ai deux remarques. D'abord, la question de la naturalisation dans le contexte historique, parce que ce que vous dites pour le présent rappelle l'histoire de ce qui s'est passé entre les XVIII^e et XIX^e siècles. La naturalisation des différences de sexe comme réponse à une pression

égalitaire voulant qu'on ne légitime plus l'infériorité des femmes par l'ordre naturel, par la volonté des dieux, par l'immobilité de la société; on l'a fondée alors sur la biologie. Donc effectivement, cette histoire est l'histoire de la naturalisation, vu la pression de la montée des revendications homosexuelles.

L'autre point relève aussi de la question précédente. C'est le rôle des techniques de médecine et, notamment, effectivement, les nouvelles modalités de reproduction, mais aussi le fait que de nos jours on peut fixer la filiation paternelle avec sûreté. C'est la première fois dans l'histoire qu'on peut vraiment être sûrs, disons à 99,9 %, de qui est le père biologique d'un enfant.

Martine Gross (Association des parents gays et lesbiens) : Je suis un peu gênée par ce que vous avez dit. Je ne peux pas ne pas réagir quand j'entends que permettre aux enfants d'accéder à leurs origines, s'ils le souhaitent, ce serait faire allégeance à l'hétérosexualité pour permettre l'établissement de l'homoparentalité. Je ne peux pas vous laisser dire ça. Parce que si l'association des parents gays et lesbiens demande, c'est vrai, que les enfants puissent éventuellement

accéder à leurs origines, en fait, ce qu'elle demande, c'est que l'État ne confisque pas un certain nombre d'informations qui ne lui appartiennent pas ; c'est justement parce qu'elle souhaite fonder l'affiliation sur ce que vous appelez le droit civiliste, c'est-à-dire sur la volonté. Une filiation plénière garantie sûre et irrévocable pour les enfants, fondée sur la volonté.

Et la remarque de l'APGL, c'est que si l'on a organisé l'anonymat des donneurs, si l'on a confisqué un certain nombre d'informations, c'est tout simplement pour protéger une grande partie des pères stériles, par exemple, qui ne souhaitaient pas que la vérité éclate au grand jour. Et donc, si la filiation était basée uniquement sur l'engagement parental et sur la volonté, nul n'est besoin de cacher des origines biologiques qui ne seraient menaçantes pour personne puisqu'elles n'établiraient pas en droit une filiation. Et c'est la raison pour laquelle l'APGL demande que les choses soient accessibles. Non pas forcément qu'on impose à tout le monde de connaître ses origines, mais que si des gens souhaitent la connaître, l'État ne la leur confisque pas.

Mais justement, pourquoi ? Parce que ces informations ne devraient

avoir aucune conséquence dans l'établissement de la filiation, celle-ci devant être seulement établie par la volonté.

J'y reviendrai plus longuement ce soir, puisque je participe à une table ronde.

Éric Fassin : Avant de donner la parole à Daniel Borrillo, je me permets juste une remarque, non pas sur ce qui vient d'être dit, mais sur le premier point, parce qu'il est peut-être plus incident, sur la PMA. Il me semble, pour ma part en tout cas, que la PMA en soi ne pousse pas davantage du côté de la biologisation que du côté de l'artifice. Elle n'est pas davantage du côté de la naturalisation que du côté de la dénaturalisation. Il me semble que le sens politique de la PMA dépend des usages politiques qui en sont faits, par exemple par le droit. Donc, ça n'est pas une technologie en soi qui produit des effets politiques. C'est la lecture politique qui va en être faite, me semble-t-il, mais il y a débat là-dessus. Il me semble que le féminisme a toujours été divisé sur la question de la PMA, précisément parce qu'on pouvait en faire des lectures différentes ; il me semble que si on peut en faire des lectures différentes, c'est qu'il y a des usages historiques différents qui peuvent être faits des technologies. Ce n'est qu'une opinion.

Daniel Borrillo : Donc, pour répondre à votre question sur la biologisation, je vous donne un exemple actuel d'un conflit juridique entre la décision de la Cour d'appel qui reconnaît des liens de filiation par les techniques des mères porteuses – dont la presse, notamment *Libération*, a parlé cette semaine –, en fait de cette reconnaissance que fait la Cour d'appel du lien de filiation, alors qu'il est évident que la mère n'est pas la génitrice ; il y a là un conflit entre la Cour d'appel de Paris et la loi Hortefeux. Parce que si on applique la loi Hortefeux sur la reconnaissance et la filiation à partir du test ADN de la mère on montrera bien que la mère en question n'a absolument rien à voir là avec la génitrice.

Il s'agit bien du droit français ; si c'était une étrangère, on ne pourrait jamais prouver le lien de filiation à partir d'un test ADN puisque la femme n'a pas simplement porté l'enfant mais a contribué, aux États-Unis, à la création de cet enfant.

On verra bien dans ce cas si c'est la logique civiliste de la Cour d'appel qui sera entérinée par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel – puisque vous savez que la loi Hortefeux passe devant le Conseil constitutionnel. On verra bien, dans ce débat, si

le Conseil constitutionnel va faire prévaloir la conception civiliste ou la vision génético-biologique.

Sur la naturalisation, il est évident que si la naturalisation a une histoire, c'est une question culturelle et pas une question de nature. À ce propos, l'article qui est paru dans *Le Monde* daté d'aujourd'hui me semble très intéressant. L'anthropologue qui a publié cet article montre qu'il y aurait donc quelque chose qui serait une opposition entre la possibilité naturelle d'engendrer, donc de l'ordre de la vérité biologique, contre une volonté qu'il dit perverse et abusive qui mène même à la pédophilie. Il met là, dans cette volonté perverse, des gens qui au lieu de faire le deuil de la filiation, comme les stériles et les homosexuels, veulent à tout prix avoir des enfants.

Et donc, ce qui s'est passé avec l'Arche de Zoé est un exemple pour lui de cet abus. On voit bien là aussi qu'il y a cette espèce d'idée que l'engendrement naturel serait une garantie contre toute perversité et contre tout désir d'enfant. Désir d'enfant qui peut être un bon désir à l'origine mais qu'il place à la limite aussi, comme la violence, la pédophilie, puisque effectivement

l'Occident ne sait plus comment protéger l'enfant ; et ils reprennent cette idée de droit de l'enfant, et non pas de droit à l'enfant.

Mais enfin j'ai expliqué de toute façon qu'en droit, on a toujours droit à l'enfant, et que cette histoire de droit de l'enfant n'existe pas du point de vue juridique.

Concernant l'accès aux origines, je suis tout à fait d'accord avec ce qui est dit à l'APGL : il n'y a pas création d'un lien de filiation. Là on est bien d'accord : il ne s'agit pas de créer un lien de filiation. La critique que j'ai faite à un moment donné à l'APGL – mais il me semble que l'APGL ne revendique plus maintenant d'indiquer dans le livret de famille qu'il y ait cela –, c'était simplement le fait qu'il y ait dans un livret de famille une inscription quelconque, qui n'était pas juridique, mais symbolique des origines.

Puisqu'il existe maintenant la possibilité de connaître les origines si les deux parties sont d'accord, puisque que la loi le permet, l'APGL ne fait que se soumettre à la loi qui existe déjà. Cela ne me pose donc absolument aucun problème. Si tous les partis sont d'accord, on va devant le comité sur la recherche des origines qui a été mis en place par Ségolène

Royal, et ce comité-là contacte éventuellement la mère.

Dans le cas d'une assistance médicale à la procréation avec don de sperme ou dans le cas des mères porteuses, il me semblait qu'on ne pouvait pas imposer le nom ou l'existence d'un tiers anonyme dans un livret de famille. Je ne suis pas certain que les mères lesbiennes ou les couples homosexuels voudraient voir dans un livret de famille apparaître l'origine biologique dans le cas d'assistance médicale à la procréation avec donneurs, ou dans les cas des mères porteuses. Mais du moment qu'il n'y a plus cette revendication, je suis tout à fait d'accord et je pense que nous pourrions peut-être reprendre les termes de notre controverse.

Éric Fassin : Je remercie de nouveau beaucoup Daniel Borrillo. Vous avez vu, au début de son exposé, qu'il disait qu'au fond ces termes de parenté et de parentalité étaient extérieurs au droit, qu'ils étaient empruntés pour une part à l'anthropologie ; nous verrons donc ce que l'anthropologie dit de ces questions avec Marika Moisseeff parce que ses travaux interrogent la naturalité de la reproduction et donc au-delà de la filiation.