HAL
open science

Les structures élémentaires de l'homoparenté

Daniel Borrillo

To cite this version:

Daniel Borrillo. Les structures élémentaires de l'homoparenté. Hernandez-Truyol, Berta Esperanza; Virzo, Roberto. Orientamento sessuale, identita di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato, 11, Edizione Scientifiche Italiane, pp.133-143, 2016, Quaderni di "Diritto delle successioni e della famiglia", 978-88-495-3278-4. hal-01509931

HAL Id: hal-01509931

https://hal.science/hal-01509931v1

Submitted on 18 Apr 2017

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.

Quaderni di «Diritto delle successioni
e della famiglia»

11

Criteri di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

I volumi della collana sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie ad una scheda che, oltre a esplicare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o piú Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato di valutazione* e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinate del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità del *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Collana in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a séguito dell'adeguamento del volume, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Collana.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'autore a non pubblicarlo altrove integralmente o parzialmente senza il consenso dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori

Profili di diritto internazionale e di diritto comparato

a cura di

Berta Esperanza Hernández-Truyol
Roberto Virzo

Edizioni Scientifiche Italiane

Il volume viene realizzato con il contributo del Dipartimento DEMM dell'Università degli Studi del Sannio.

Hernández-Truyol, Berta Esperanza; Virzo, Roberto (*a cura di*)
Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori
Profili di diritto internazionale e di diritto comparato
Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 11
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
pp. 296; 24 cm
ISBN 978-88-495-3278-4

© 2016 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

INDICE

Prefazione 7

Prefacio 9

Sezione I

La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere del minore

Marco Silvaggi
Aspetti psicologici nell'adolescente omosessuale 13

Berta Esperanza Hernández-Truyol
La juventud y las familias LGBTI como poblaciones vulnerables: mito y realidad de las protecciones legales 31

Andreas R. Ziegler, Julie Kuffer
Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international 77

Roberto Virzo
La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e l'orientamento sessuale dei minori 107

Sezione II

Omogenitorialità e tutela dei minori

Daniel Angelo Borrillo
Les structures élémenaires de l'homoparenté 133

Maria Chiara Vitucci
El *best interest of the child*, gran ausente en las decisiones del Tribunal europeo de los derechos humanos en materia de adopción 145

Luca Paladini
La familia homoparental en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos umanos 171

Giulia Rossolillo
Superiore interesse del minore e continuità dello *status*: recenti sviluppi in materia di riconoscimento delle adozioni omoparentali in Italia 201

Rosanna Pane
Unioni *Same-sex* e adozioni in casi particolari 221

Nicola Cipriani
Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016 249

Jonátan Cruz Ángeles
La doctrina del Tribunal europeo de derechos humanos y su influencia en la regulación brasileña de los nuevos modelos de familia 277

Daniel Borrillo*

LES STRUCTURES ÉLÉMENTAIRES DE L'HOMOPARENTÉ

Sommaire: – 1. Introduction. – 2. Ruptures et nouveaux paradigmes. – 3. L'origine politique de l'évolution scientifique. – 4. La modernité comme retour à l'antiquité. – 5. Echapper à la biologie. – 6. Les structures élémentaires de l'homoparenté.

1. Les récents débats sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et la reconnaissance des familles homoparentales ont permis l'émergence d'une inflation discursive qui renvoie la question de la filiation à certains paradigmes universalistes fondés sur des invariants tels la nature, la biologie, l'ordre symbolique ou l'identité narrative. Dans cette rhétorique, la différence de sexes apparaît, d'une manière récurrente, comme une réalité que l'Etat doit non seulement constater mais aussi et surtout promouvoir pour la protection de l'intérêt de l'enfant. Jamais le couple hétérosexuel ne fut présenté, de manière si explicite, comme le soubassement de la filiation. Or, cette naturalisation des liens de parenté ne correspond ni avec les principes du droit ni avec la réalité sociologique.

La tension actuelle peut s'expliquer comme le fruit de la coexistence d'un discours résiduel de la parenté fondée sur la vérité biologique et un discours émergeant qui donne la prééminence au projet parental et à la volonté.

Pour mieux comprendre l'épaisseur et les enjeux de la situation actuelle (situation qui va au-delà de la question homosexuelle), un regard anthropologique sur le modèle de parenté qui émerge dans nos sociétés me semble plus que jamais nécessaire. En effet, l'anthropologie structurelle de Claude Lévi-Strauss, nous a appris qu'au lieu de nous acharner à rechercher un agencement familial originaire et à croire dans l'existence d'un modèle universel de famille, il faudrait

* Professseur de Droit privé, Université Paris Nanterre

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-3278-4

plutôt se concentrer sur les compositions spécifiques des unions socialement acceptées créant des liens de génération entre ses membres[1].

A partir de cette hypothèse, nous allons analyser les nouvelles formes d'organisation familiale qui se développent dans les démocraties occidentales depuis la fin du XXème siècle. La démarche anthropologique nous permet de nous débarrasser de l'*a priori* moral et des jugements de valeur pour nous consacrer à l'étude des éléments qui composent ces montages familiaux contemporains, sans préjugés.

Il s'agit donc de dégager les éléments porteurs de ce système et de comprendre la manière dont ceux-ci participent de l'ensemble, à savoir la parenté.

L'accès à la filiation par des couples de même sexe constitue l'un de ces agencements et, à n'en pas douter, l'un des événements les plus marquants du droit de la famille actuel. Comme le note Derrida, «l'adaptation à des nouvelles structures parentales est en cours, elle se poursuivra irréversiblement»[2]. Des centaines de milliers d'enfant sont issus des couples de même sexe ou élevés par des familles homoparentales dans le monde. En France, une étude de l'Institut National d'études Démographiques (INED) aboutit en 2005 à une estimation situant le nombre d'enfants résidant avec un couple de même sexe dans une fourchette de 24.000 à 40.000, la grande majorité vivant avec un couple de femmes[3].

Alors que le nombre de mariages ne cesse de diminuer, le PaCS est en progression[4] depuis son adoption en 1999. En 2012, 40% des unions célébrées ont pris la forme du PaCS. Selon l'INSEE[5] en 2011, 200 000 personnes sont en couple avec une personne du même sexe. Il y a, d'après l'INSEE, 10 000 foyers de personnes de même sexe

[1] C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1949.

[2] J. Derrida, E. Roudinesco, *De quoi demain… Dialogue*. Paris, 2001, p. 64 ss.

[3] En *www.ined.fr*.

[4] Le nombre de pacs conclus en 2012 s'élève à 160 325. Cette même année 241 000 mariages ont été enregistrés. 4% de pacs sont conclus entre personnes de même sexe (*Infostat Justice,* fév. 2014, n. 126).

[5] INSEE Première, n. 1435 de février 2013: une étude intitulée *Le couple dans tous ses états* de Guillemette Buisson et Aude Lapinte, tirée d'une enquête de 2011 sur les couples en France métropolitaine, en *www.insee.fr*.

ISBN 978-88-495-3278-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

qui vivent, une partie du temps, au moins un enfant. Un an après l'adoption de la loi sur le mariage pour tous, 7000 couples de même sexe se sont mariés. En 2014, sur les 241 000 unions prononcées légalement, 10 000 concernent des couples de même sexe, soit environ 4% des unions.

Le cadre dans lequel s'inscrit l'homoparenté se définit à la fois par les avancées scientifiques en matière de reproduction humaine et par la progressive acceptation de l'homosexualité en Occident.

S'appuyant sur un certain nombre de travaux ethnologiques et sociologiques, l'anthropologue Maurice Godelier établit un double constat: celui d'une montée en puissance des liens de parenté «sociaux» au sein des familles contemporaines, et celui de la disjonction de la filiation et de la procréation au fondement de la définition de la parenté en Occident[6]. Se développent, par exemple, dans les familles recomposées (où beaux-pères et belles-mères sont amenés à élever l'enfant qu'ils n'ont pas conçu) des formes familiales qui témoignent du caractère social de la parenté, longtemps occulté, comme en témoigne l'histoire de l'adoption.

Parallèlement, les nouvelles technologies biomédicales dissocient la parenté des rapports sexuels, tout en interrogeant la paternité (dans les inséminations avec donneur) ainsi que la maternité, qui devient à travers le don d'ovocytes et le recours aux mères porteuses, un processus fragmenté où sont investis deux corps féminins. Enfin, dans les familles homoparentales, des couples de même sexe accèdent à la parenté, en recourant aux nouvelles techniques de reproduction ou à l'adoption, et à la reconnaissance légale des liens qui les unissent à leurs enfants, contribuant encore à dissocier la procréation de la filiation, et ouvrant une nouvelle ère où la différence des sexes ne serait plus constitutive de la fondation d'une famille.

La notion d'homoparenté recouvre des situations familiales différentes. En effet, si la présence d'un parent homosexuel semble indispensable pour définir l'homoparentalité, il arrive que l'un des parents légaux cohabite avec une personne du même sexe et agisse comme parent social de l'enfant conçu dans une union hétérosexuelle antérieure. Aussi, un couple homosexuel peut adopter ou, dans certains

[6] M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, 2004.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-3278-4

pays, avoir accès à la procréation médicalement assistée et même à la gestation pour autrui. Enfin, dans la coparentalité, il peut y avoir de deux à quatre personnes autour l'enfant: les parents géniteurs, c'est-à-dire une mère lesbienne et/ou un père gay, et leurs éventuels partenaires. À la différence des beaux-parents qui arrivent dans un second temps, les partenaires sont des coparents, car ils sont prêts à s'engager vis-à-vis de l'enfant dès sa conception. Ils assurent le quotidien comme les parents naturels et se sentent des parents à part entière, même s'ils n'en ont pas le statut légal.

2. Si pendant les années 1960, la sexualité sans reproduction (grâce à la légalisation des méthodes contraceptives) a permis la première rupture avec «l'ancien régime de la filiation», la reproduction sans sexualité, fruit de la procréation artificielle, achève dans les années 1990 ce que le père de la psychanalyse considérait comme l'ère nouvelle de la parenté.

Freud écrivait en 1898 dans *Résultats, idées, problèmes I*: «Ce serait théoriquement l'un des plus grands triomphes de l'humanité, l'une des libérations les plus tangibles à l'égard de la contrainte naturelle à laquelle est soumise notre espèce, si l'on pouvait élever l'acte de la procréation au rang d'une action volontaire et intentionnelle à le dégager de son intrication avec la satisfaction nécessaire d'un besoin naturel».

Presqu'un siècle plus tard, à la fin des années 1960, le mouvement LGBT commence à s'organiser politiquement en obtenant dans un premier temps la dépénalisation des rapports sexuels entre personnes du même sexe et en revendiquant plus tard le statut de famille pour ses couples et leurs enfants. La visibilité et la conséquente reconnaissance des familles LGBT ont mis de manifeste, d'une manière plus éclatante, ce processus anthropologique qui, malgré des fortes résistances, a commencé avec la maitrise de la reproduction par des femmes au sein des couples hétérosexuels. C'est cette maitrise qui a mis la liberté et la sécurité au cœur du dispositif parental. Emancipée de la contrainte biologique, la volonté devient le principal élément de légitimation du 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 pour les rendre créanciers et débiteurs d'obligations progressivement mutuelles. La procréation peut

ISBN 978-88-495-3278-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

désormais être conçue comme une liberté qui mérite une protection juridique spécifique en tant que manifestation de la vie privée.

Les techniques de procréation assistée ont également permis une plus grande sécurité sur le plan médical en empêchant la transmission de maladies génétiques et en surveillant de près le développement embryonnaire.

3. Si l'homoparenté ne fut possible que grâce à la dissociation entre sexualité et reproduction (fruit des luttes féministes) ladite dissociation, à son tour, ne pouvait exister sans la rupture opérée deux siècles plus tôt par la Révolution française en matière de droit de la famille. L'individu devient le centre d'attention du droit et la famille n'est qu'une des manifestations de la vie sociale juridiquement protégée.

Contrairement au droit canonique, le droit civil moderne n'a plus besoin de la nature pour justifier le fondement de ses institutions et si le code Napoléon attenue le contractualisme des révolutionnaires, l'autonomie de la volonté demeure la légitimation de la vie de famille. Au niveau du couple, le divorce par consentement mutuel confirme la dimension contractuelle du mariage et l'introduction de la filiation adoptive différencie le code civil de la loi canonique.

Glissant vers le parrainage, l'adoption perdait déjà progressivement sa signification tout au long du Moyen Age. Dans l'occident chrétien, au tournant du dixième et douzième siècles, la féodalité modifie la loi successorale en favorisant les enfants par le sang au détriment des enfants adoptifs incapables de succéder. Ne permettant plus la transmission patrimoniale, l'adoption ne subsiste que comme une institution charitable assurée par les hôpitaux et par l'Eglise.

Mais avec la modernité, les philosophes du droit naturel rappellent que les liens sociaux ne reposent plus sur la base de la révélation divine ou de la tradition, mais sur une décision libre des individus. Envisagé désormais comme création de l'esprit, le droit permet de repenser les liens sociaux à partir de l'individu. Cette perspective nouvelle bouleverse la représentation médiévale du lien familial, désormais conçu et vécu autour de lui.

La parenté et la filiation n'ont plus l'évidence des liens du sang mais obéissent d'emblée à la loi du sentiment et à Montaigne de rappeler que l'on engendre par «l'âme et qui sont les enfantements de

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-3278-4

notre esprit»[7]. Aussi, des jurisconsultes tels Bodin au seizième siècle, Prost de Royer au dix-huitième siècle redécouvrent l'institution romaine de l'adoption tombée en désuétude au Moyen Age et réclament, dans leurs traités et dictionnaires, ce droit naturel de donner le nom de fils à celui que le cœur préfère[8]. Répondant à cette demande, la Révolution française va restaurer l'adoption par un décret du 18 janvier 1792 sans en préciser toutefois le régime juridique. Celui-ci sera posé douze ans plus tard avec le Code Napoléon. Mais l'adoption ne permet d'établir un lien de filiation qu'entre deux majeurs; il faudra attendre une loi du 19 juin 1923 pour permettre l'adoption d'enfants mineurs.

4. Le droit moderne opère ainsi un retour aux règles du droit civil romain, octroyant à l'autonomie de la volonté une place centrale dans l'établissement des liens conjugaux et de filiation. De surcroit, c'est l'individu qui sera progressivement au centre du politique et non plus certaines communautés, telle la famille.

Dans ce contexte, l'homoparenté ne constitue nullement une rupture mais ne fait que radicaliser ce qui n'a cessé de se développer tout au long du XIXème et du XXème siècle, c'est-à-dire la progressive prééminence de la volonté aussi bien au niveau du couple qu'à celui de la parenté. Depuis la Révolution, le mariage cesse d'être conçu comme un sacrement pour devenir une institution du droit laïc. Suite à cette sécularisation du *ius nubendi*, la consommation (*copula carnalis*) n'est plus nécessaire pour confirmer le consentement qui devient, à lui seul, la clé de voute du dispositif matrimonial. A la chair sexuée de la règle canonique, le droit moderne oppose une volonté abstraite, libre et consciente. En matière de filiation, le modèle civiliste octroie également un rôle majeur à la volonté (au détriment du sang): il permet de masquer l'identité des géniteurs (accouchement sous X, donneur anonyme AMP, adoption plénière), il permet la reconnaissance volontaire exprimée à priori par la présomption de pa-

[7] A la fin de sa vie, Michel de Montaigne renonça à la solitude et à la compagnie de l'âme dont il avait fait l'éloge au livre premier de ses essais, en adoptant Mademoiselle de Gournay.

[8] Prost de Royer, *Dictionnaire de Jurisprudence et des arrêts*, art. «Adoption», III, Lyon, 1783, p. 93 ss.

ISBN 978-88-495-3278-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

ternité du conjoint 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). Désormais, ce n'est pas la nature qui détermine la parenté mais la culture (projet parental).

Bien évidemment, l'élément biologique sera toujours nécessaire pour la création des enfants mais il ne constituera plus une fatalité à laquelle le droit doit se soumettre. À cet idéal n'a pas pu échapper le coït hétérosexuel fécond, persistance du modèle résiduel. En effet, malgré les avancés de la science et de la morale, la loi assigne un enfant aux géniteurs (tout particulièrement le père biologique) même si ceux-ci s'y opposent car la preuve génétique ou sanguine servira à établir une filiation contentieuse. En revanche, il est impossible qu'un enfant naisse par accident d'un projet homoparental (exemple par excellence du modèle émergent).

5. Dans les sociétés chrétiennes d'Europe et d'Amérique, il y a une confusion entre la reproduction et la descendance. Cette confusion est entretenue, en partie, par le fait que nos visions de la reproduction et de la filiation sont fondées sur la symétrie des sexes: l'homme et la femme contribuent à part égale aussi bien à fabriquer l'enfant qu'à lui donner une identité sociale. Comme l'a montré David Schneider, «par tradition, nous avons l'illusion que la chair et la reproduction c'est la même chose et que la parenté est une question de plus ou moins grande proximité de sang»[9]. Mais, il s'agit bien d'une illusion, car comme le note Godelier: «Quelles que soient les conditions dans lesquelles des cellules reproductrices sont utilisées, ce n'est pas leur origine biologique qui fonde la parenté. Il faut toujours qu'une autorité morale, religieuse ou politique vienne le dire».

En échappant à la contrainte biologique, l'homoparenté met définitivement fin à cette illusion et apparait désormais comme la figure paradigmatique de la filiation fondée sur la volonté et son corolaire le projet parental.

Aussi, contrairement à l'hétéroparenté par procréation artificielle, l'homoparenté, au travers de ces mêmes moyens techniques, ne fait pas semblent de reproduire la nature. Un exemple permettra de mieux

[9] D. Schneider, *American Kinship: A Cultural Account*, Prentice Hall, 1968.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-3278-4

comprendre la portée de mon propos: lorsqu'un couple hétérosexuel fait appel à la procréation artificielle, celle-ci se fonde sur un mensonge en faisant croire que la filiation est le fruit de l'acte sexuel des parents d'intention alors qu'il s'agit en réalité d'une procédure complétement fictive qui peut, de surcroit, faire intervenir un tiers (le donneur de sperme ou d'ovocyte) lequel disparaitra en bénéfice du conjoint. Aussi, l'adoption par un couple hétérosexuel d'un enfant lui ressemblant physiquement permettait de faire croire que l'origine de la filiation était l'acte sexuel des parents adoptifs si ceux-ci décidaient de ne pas révéler la vérité à l'enfant.

L'homoparenté ne permet plus de faire semblant de construire les liens de filiation à partir de l'acte sexuel. Elle oblige à assumer complétement la dimension culturelle de la parenté dès lors que la différence de sexes n'est plus la *conditio sine qua non* de la filiation.

En détachant la filiation de l'acte hétérosexuel reproductif, y compris sur le plan symbolique, l'homoparenté permet d'achever le paradigme de la modernité, c'est-à-dire ne plus dépendre de l'engendrement pour établir un système de filiation. La parenté devient un acte choisi et non plus une fatalité subie. La filiation se déplace ainsi du corps vers l'esprit.

L'homoparenté rend également possible la dissociation entre parenté et couple, en permettant à un enfant d'avoir plus de deux parents. Comme le souligne M. Godelier: «Une nouvelle forme de parenté est en train de se construire en Occident, où la famille ne coïncide pas nécessairement avec le couple». Il s'agit d'une parenté fondée sur ce principe universel – mais que nous avions tendance à oublier – où les parents ne sont pas forcément ceux qui font les enfants, mais les adultes qui les nourrissent, les élèvent, assurent leur avenir. Peu de pays ont reconnu cette forme de parenté sociale, le Canada demeure l'exception, grâce à une loi de la Colombie-Britannique du 18 mars 2013 qui reconnait la pluriparenté hétérosexuelle et homosexuelle.

Nous sommes ainsi progressivement passé du modèle bio-conjugal de type hétérocentré à une pluralité parentale fondée sur l'engagement.

6. L'homoparenté apparait comme la figure emblématique des nouvelles structures de la parenté telle que nous l'avons analysé. En ef-

ISBN 978-88-495-3278-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

fet, ne pouvant pas provenir d'un acte sexuel procréatif spontané, l'homoparenté résulte soit de la recomposition familiale (ou de la co-parentalité) soit des techniques procréatives.

La parenté sociale et la rupture d'avec le biologique apparaissent ainsi comme les deux grandes constantes des formes contemporaines de la famille. A la différence de l'hétéroparenté, dans l'homoparenté, ces deux formes ne sont pas subies (soit par l'éclatement familial, soit par la stérilité d'un des membres du couple) mais choisies dans le cadre d'un projet familial réfléchi. Ainsi, dans une insémination artificielle avec donneur anonyme, l'enfant aura une mère biologique et une mère sociale (la compagne ou la conjointe de la génitrice avec qui a été conçu et développé le projet parental). Dans le cas d'une insémination «artisanale», le donneur est connu et peut participer à l'éducation de l'enfant qui aura une mère biologique et deux parents sociaux. Tout cela dépendra, bien évidemment, du dégrée de reconnaissance juridique de la filiation homoparentale. Mais, ces familles existent indépendamment du droit et elles n'ont pas attendu le code civil pour construire une vie affective. Des nombreux accords se passent chaque jour pour faire famille. Cette dimension contractuelle, contrairement à la dimension statutaire des familles traditionnelles, caractérise l'homoparenté.

L'universalité de la règle n'est plus à chercher dans l'articulation entre la nature et la culture, comme l'a proposé Lévi-Strauss dans sa théorie de la prohibition de l'inceste; elle se trouve désormais dans la convention elle-même. L'homoparenté permet ainsi d'assumer sans entraves la dimension culturelle de la filiation, mettant un terme à toute sacralisation de la production «naturelle» des enfants. L'homoparenté met de manifeste d'une manière éclatante la production sociale de la filiation. Celle-ci est fondée désormais sur la liberté de procréer[10].

Les liens de parenté d'élection (où la pluriparenté est possible) ainsi que la définitive disjonction entre différence de sexes et famille constituent les nouvelles structures élémentaires de la parenté et ceci grâce à l'émancipation de la contrainte biologique et l'élévation de l'acte de la procréation au rang d'une action volontaire, si chère au

[10] R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, 1994.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-3278-4

père de la psychanalyse. C'est ainsi la volonté procréative (et non pas la biologie) la principale source de la filiation.

Les formes élémentaires de la parenté contemporaine, prennent ainsi la forme d'une convention que l'on pourrait dénommer «contrat de procréation» par lequel une ou plusieurs personnes – en couple ou non – s'obligent envers une ou plusieurs autres à mettre à disposition leur capacités reproductives (ovules, sperme, utérus, ventre). Il peut s'agir d'un contrat gratuit ou onéreux (par exemple, la maternité de substitution est gratuite au Royaume Uni et rémunérée en Californie).

Le contrat de procréation est un contrat synallagmatique et aléatoire puisqu'il fait naitre des obligations réciproques à la charge des parties dont leurs prestations dépendent d'un acte incertain (l'engendrement). De par l'importance des effets produits, le contrat de procréation est un contrat solennel, sa validité est soumise à la rédaction d'un écrit (un acte notarié serait souhaitable). Puisque les prestations s'échelonnent dans le temps, il s'agit d'un contrat à exécution successive.

L'objet du contrat consiste dans l'obligation de mettre les forces procréatrices au service d'un projet parental, ce dernier apparait comme étant la cause du contrat, c'est-à-dire le but qui conduit les parties à s'engager. Le lien de filiation suppose ici l'existence d'une volonté commune: celle d'avoir un enfant.

Comme la stipulation pour autrui, le contrat de procréation crée une relation avec un tiers: l'enfant bénéficiaire, lequel n'a pas besoin de son consentement pour devenir créancier des promettant.

La filiation peut aussi provenir d'un acte unilatéral soit par l'adoption soit par des techniques de reproduction humaine assistée, comme c'est le cas en Espagne ou en Belgique où une femme seule peut accéder à la procréation artificielle.

Les structures élémentaires de l'homoparenté – et de la parenté contemporaine en générale – ne sont plus à chercher dans des éléments extérieurs à la volonté individuelle puisque c'est elle-même qui conforme le soubassement sur lequel se construisent les différents projets parentaux.

Toutefois, une justice procréative qui aille au-delà des capacités physiologiques à engendrer et qui permette de concrétiser tout projet parental responsable reste à construire.

ISBN 978-88-495-3278-4 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si le droit ne comprend pas cette situation, il risque de produire des règles non seulement injustes et discriminatoires mais aussi incapables d'organiser la complexité des rapports familiaux contemporains.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-3278-4