



HAL
open science

Filiation et parentalité: l'ordre familial contesté

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Filiation et parentalité: l'ordre familial contesté. *Universalia. Encyclopédie Universalis*, 1 (2012), Encyclopédie Universalis, 2012, *Universalia* 2012. hal-01232585

HAL Id: hal-01232585

<https://hal.science/hal-01232585>

Submitted on 23 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.



116

Alors qu'en juin 2008 le mariage homosexuel était légalisé en Californie par une décision de la Cour suprême, six mois plus tard, un référendum populaire initié par des groupes religieux et conservateurs provoquait l'annulation de cette mesure. Depuis lors, opposants et défenseurs des unions de même sexe s'affrontent. Ici, un couple de jeunes mariées homosexuelles et leur enfant lors d'une manifestation en mars 2009 à Los Angeles contre l'interdiction du mariage homosexuel. (M. Ralston/ AFP)





La famille est une construction sociale. Les diverses formes qu'elle a adoptées tout au long de l'histoire nous obligeront, par souci de précision, à utiliser le terme au pluriel – familles plutôt que famille – ou même à parler d'« agencement familial », pour nous référer aussi, avec plus de justesse, aux nouvelles formes de cohabitation contemporaines. La famille, au singulier, en tant que modèle d'organisation de la vie privée, s'impose souvent comme une évidence malgré les contours disparates que cette institution prend dans la vie réelle. Il n'est pas question ici de présenter une histoire des familles, ni non plus un essai sur la sociologie des familles et encore moins une étude sur les politiques familiales. Notre travail consiste à expliquer comment les relations familiales tendent selon nous à s'affranchir de toute forme de naturalisme, provoquant une rupture avec l'ordre familial traditionnel et produisant un pluralisme de l'organisation de la vie intime.

Filiation et parentalité : l'ordre familial contesté

Daniel BORRILLO

Quelques pistes de réflexion permettent de concevoir autrement notre relation à la procréation, à la filiation, à la parenté et en ultime instance à la famille en plaçant ces institutions dans leur dimension historique et en rappelant les principales règles civiles en la matière. La naturalisation de la famille n'est pas le propre de la pensée théologique, elle persiste également chez les théoriciens contractualistes, alors même que ce sont eux qui ont poussé le plus loin la conception culturaliste des liens sociaux.

L'ordre familial « naturel »

Ainsi, Rousseau affirme dans son essai fameux *Du contrat social* (livre II, chap. 1), que « la plus ancienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille ». Locke voit dans celle-ci la communauté la plus proche de l'état de nature. L'ordre patriarcal est présenté par ces auteurs comme allant de soi et servant même de prototype pour l'organisation sociale. Rousseau conclut : « La famille est donc, si l'on veut, le premier modèle des sociétés politiques : le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants; et tous, étant nés

égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité. » La rupture avec le naturalisme en matière politique n'a pas trouvé chez les libéraux un équivalent en matière familiale. Ni Hobbes ni Rousseau ni Locke ni Tocqueville ni Benjamin Constant ni, plus près de nous, John Rawls n'ont pris comme objet d'analyse les dynamiques familiales. Les outils intellectuels pour une analyse critique de celles-ci ne manquaient pourtant pas. Mais le sujet fut sans doute considéré comme mineur, trop « domestique » comparé aux grandes théories du politique. Pourtant, c'est au sein du modèle familial que s'articulent les formes les plus archaïques du pouvoir. En renvoyant la famille à l'espace « naturel », les grands théoriciens du politique se sont privés d'un terrain d'observation et d'analyse particulièrement fécond. La situation est si étonnante qu'il est légitime de se demander si cette naturalisation de la famille ne constitue pas la limite effective de leur pensée. Les effets de cette négligence (volontaire ou involontaire) n'ont pas tardé à se faire sentir : la famille deviendra l'espace le plus tardif à être politisé et le plus difficile à démocratiser. Pourtant, le caractère historique de la famille a été démontré par tous les courants sociologiques depuis le XIX^e siècle. Engels expliquait les dynamiques familiales

117



à partir des rapports sociaux de production. La famille étendue d'origine rurale cesse d'être la norme vers la fin du XIX^e siècle, période qui donnera naissance à la famille « nucléaire » (Parsons, 1937), laquelle devient bientôt « incertaine » (Roussel, 1989). En moins d'un siècle, toutes les conceptions modélisées de la famille ont volé en éclats. En Occident, les familles sont nucléaires, monoparentales, recomposées, homoparentales, composées d'enfants biologiques, adoptifs ou issus d'une assistance médicale à la procréation (A.M.P.).

Considérer la vie conjugale comme un chapitre de la vie privée est devenu, depuis l'adoption de la loi sur le divorce en 1975, une évidence. La contractualisation des liens conjugaux apparaît comme le fruit de l'évolution des mœurs, comme l'affirmation des valeurs d'autonomie et d'égalité. En revanche, selon un certain nombre d'experts cités par le sociologue Rémi Lenoir dans son étude critique du familialisme, les liens de parenté devraient résister à ce processus, au nom de principes anthropologiques et en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Tout se passe comme si, dans un univers en pleine mutation, l'institutionnalisation de la filiation pouvait garantir la stabilité des liens familiaux. Geneviève Delaisi de Parseval, psychanalyste proche de la vision biologique du droit de la filiation, note : « Une constatation frappe d'emblée dans cette famille post-moderne : c'est l'axe vertical, celui de la descendance, de la filiation, qui est devenu le noyau dur au milieu des vicissitudes de la vie des individus... » Dans le même esprit, la sociologue Irène Théry ne cesse de chercher le principe d'indissolubilité du lien familial qui se serait déplacé, selon elle, de la conjugalité à la filiation.

Or une théorie juridique de l'organisation familiale fondée sur la volonté et l'autonomie individuelle, loin de délaisser l'intérêt de l'enfant et de désresponsabiliser les adultes, permet selon nous de mieux préserver, dans un cadre plus démocratique, les droits et les obligations de chaque membre de la famille. Par ailleurs, n'oublions pas que, depuis la fin des années 1970, les théories prônant une nouvelle institutionnalisation de la famille sont accompagnées d'un désengagement de l'État en matière sociale. De telle sorte que les familles qui disposent d'une plus grande capacité financière peuvent suppléer les carences de l'État-providence, d'autant plus qu'elles demeurent pratiquement les dernières bénéficiaires de celui-ci. Jacques Commaille et Claude Martin ont notamment montré le caractère profondément inégalitaire de nos sociétés dans lesquelles tous les individus – suivant leur appartenance sociale, suivant leur sexe – ne disposent pas des mêmes ressources pour s'y inscrire positivement. Pourquoi la qualité de vie d'une personne (et parfois même sa survie) dépendrait-elle de la loterie des parents que la vie leur impose ? Tous les travaux récents sur les relations entre chômage, pauvreté et famille confirment ce constat.

Une théorie juridique de la famille fondée sur le contrat ne néglige nullement cette dimension économique et place la question familiale au cœur de la question sociale. La responsabilisation des individus s'accompagne ainsi d'une responsabilisation de l'État en tant que garant de l'égalité des personnes. À l'inverse, le courant institutionnaliste peut aussi s'interpréter comme une mouvance favorable à une désresponsabilisation de l'État-providence et à un retour aux solidarités familiales classiques. La famille est une question non seulement sociologique et politique, mais aussi économique. Les sciences humaines montrent les évolutions et les bouleversements des familles et la manière dont l'État accompagne ou n'accompagne pas les changements sociaux.

Mutations de l'organisation familiale

Dans les sociétés traditionnelles, le mariage avait comme but l'alliance de clans, et l'échange de femmes constituait un élément essentiel de cette forme anthropologique de commerce. L'avis des partenaires n'était nullement pris en considération; il s'agissait d'abord d'assurer la conservation du patrimoine et la continuité de la lignée. Ces fonctions économique et procréatrice articulaient un modèle du mariage qui, ne présupposant aucunement une affection réciproque, était dès lors régi par une stricte distribution des rôles en vertu de laquelle la femme était soumise à l'autorité incontestable de l'homme. Alors qu'en Occident l'organisation familiale va se structurer progressivement autour du mariage individuel et monogame d'autres civilisations ont continué à le concevoir comme un pacte clanique. Ainsi, dans la majorité des sociétés traditionnelles de type patrilinéaire, l'échange de sœurs d'un groupe d'hommes avec un autre groupe d'hommes organise le commerce marital. Dans les sociétés matrilineaires, l'homme a une fonction reproductrice et la paternité, purement symbolique, est assumée souvent par le frère de la mère. Les travaux d'Evans-Pritchard publiés dans les années 1970 montrent que dans la société matrilineaire des Azande les hommes, même mariés par ailleurs à des femmes, avaient coutume de prendre pour époux de jeunes garçons (contre versement d'une dot aux parents) pour les accompagner et les servir en tout dans leurs expéditions de guerre.

Le mariage romain et ses suites médiévales

À l'origine du droit occidental, le mariage romain organisait, sous la puissance du *pater familias*, la société autour du citoyen, de l'homme libre. Bien que régie par le droit privé, l'alliance matrimoniale est aussi une affaire publique : elle instaure, en effet, un modèle d'unité sociale fondé sur la domination des femmes. Diverses formes de conjugalité ont coexisté à Rome. L'union légitime originelle était le mariage *cum manu* (« avec main », la soumission de la femme passant de la main du père à celle du mari); ce mariage connaissait trois modalités : par cérémonie rituel, par contrat, par l'usage après un an de cohabitation – *confarreatio*, *coemptio*, *usus*). À côté de cette union traditionnelle s'est développé à l'époque républicaine puis généralisé sous l'empire le mariage *sine manu*, où la femme restait sous l'emprise de son père et devenait donc libre à la mort de celui-ci. La relation stable (*more uxorio*, « comme mari et femme »), le concubinage (*concubinatus*, l'homme restant par ailleurs marié) et le *contubernium* (littéralement « tente commune », union de fait entre esclaves) offraient d'autres formes plus au moins éloignées de la formalité du mariage légitime, et permettaient l'établissement de liens conjugaux aux personnes dépourvues de la citoyenneté. La nécessité de ces différents degrés de conjugalité s'est maintenue pendant tout le haut Moyen Âge du fait de la persistance de l'esclavage. Il faut ainsi attendre 1095 pour qu'une nouvelle (loi) de l'empereur byzantin Alexis I^{er} Comnène mette fin au *contubernium* qui régissait encore la conjugalité servile. Au siècle suivant, en Occident, la décrétale *Dignum est* du pape Adrien IV (1154-1159) reconnaît, à l'encontre du droit féodal dominant, le droit des serfs à contracter mariage de leur propre chef, sans le consentement de leur seigneur. Le droit canonique voit alors l'essence du mariage dans l'échange des consentements entre époux devant témoins, non dans un rituel.

Imprégné de droit coutumier, le Moyen Âge connaît une autre forme de mariage très répandue : le mariage par



FILIATION ET PARENTALITÉ : L'ORDRE FAMILIAL CONTESTÉ



Un mariage en 1915 dans un village du Languedoc-Roussillon : l'image de l'ordre familial traditionnel respecté. (Gusman/Leemage)

« cohabitation et réputation », où la constatation de la stabilité d'une union entre un homme et une femme présume leur état conjugal, sans aucune formalité. En Angleterre, où il est appelé *common law marriage*, ce mariage informel va subsister jusqu'en 1753. Mais de la fin du Moyen Âge au XVIII^e siècle, Églises et États poussent à l'institutionnalisation du mariage : le mariage religieux, ses formalités et ses rituels vont s'imposer partout. Pour le catholicisme, le concile de Trente (1545-1563) fixe les conditions de forme et de fond du mariage, sacrement indissoluble depuis le concile de Latran de 1215. Les registres paroissiaux tiennent désormais lieu d'état civil. Non seulement juifs, orthodoxes, protestants ou musulmans – selon les pays –, mais aussi esclaves, comédiens ou veuves sont tour à tour exclus du mariage célébré par la seule Église reconnue par l'État.

Victoire de la conception laïque du mariage

Le mouvement de sécularisation, de déconfectionnalisation des États qui apparaît à la fin du XVIII^e siècle conduira à supprimer ces discriminations. Par la loi du 20 septembre 1792, la Révolution française instaure le mariage civil, enregistré en mairie, qui devient le seul valable aux yeux de la loi.

La compétence exclusive du pouvoir de l'État en matière matrimoniale n'est cependant pas une innovation doctrinale du seul législateur révolutionnaire français. Elle apparaît plutôt comme le fruit d'une longue évolution qu'il est permis de faire remonter aux figures de proue – Francisco de Vitoria, Luis de Molina, Gabriel Vásquez... – de la scolastique tardive, la néo-scholastique du Siècle d'or espagnol (XVI^e siècle). La compétence exclusive du pouvoir civil en matière matrimoniale

résulte ainsi, selon l'historien du droit Alfred Dufour, de la convergence, d'une part, de l'affirmation du principe d'autonomie du pouvoir de législation de la société civile face à la société ecclésiastique et, d'autre part, de la spiritualisation du pouvoir de l'Église face aux pouvoirs temporels. La Révolution française parachève le processus en faisant du mariage un contrat *sui generis* (unique en son genre), laïc et exclusif.

Rapporteur à l'Assemblée nationale le 17 mai 1791, Durand de Maillane affirma que « le mariage peut subsister, et doit même subsister, comme contrat civil et pour tous les effets civils, indépendamment de la bénédiction ecclésiastique qui en fait un sacrement. Ainsi, le contrat de mariage et le rite ecclésiastique, qui en fait un sacrement, sont deux choses qu'on n'aurait jamais dû confondre pour conserver aux deux puissances les droits qui sont propres à chacune d'elles » (*Archives parlementaires*, t. XXVI, pp. 166-167, Paris, 1887). Dans une intervention à l'Assemblée législative de septembre 1792, le député Mathurin Sédillez, se référant au divorce, signale : « Le mariage est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se résoudre de la même manière dont ils ont été formés. Le mariage étant formé par la volonté de deux personnes, il est naturel qu'il puisse se dissoudre par une volonté contraire » (*Archives Parlementaires*, t. XLIX, p. 610, Paris, 1896).

Cette approche civile du mariage s'était déjà affirmée peu avant la Révolution, dans l'Ancien Régime finissant. Depuis la révocation de l'édit de Nantes en 1685, les mariages des protestants célébrés par un ministre de leur culte étaient considérés comme des unions clandestines dépourvues d'effets juridiques. La première version française du mariage sécularisé fut le fruit d'un édit pris par Louis XVI le 9 février 1787, l'édit de tolérance,

qui octroyait aux protestants le bénéfice du droit matrimonial. Dans son *Histoire du mariage en Occident*, Jean-Claude Bologne souligne que « cet édit de tolérance institue en effet une alternative civile au mariage religieux : si le curé refuse de marier un couple, le juge pourra le faire à sa place. La déclaration du mariage doit toujours se faire devant le curé, témoin privilégié de l'engagement, mais si celui-ci n'en prend pas acte, un officier public peut enregistrer le mariage ». Un autre célèbre édit de tolérance avait été pris en 1781 par l'empereur germanique Joseph II. En garantissant, outre le mariage civil, la liberté de culte et l'accès aux offices publics aux non-catholiques, il déclencha la colère de l'Église.

Depuis le Concordat de 1801, les contractants sont libres de donner à leur union une forme religieuse, mais l'État ne reconnaît que l'acte célébré devant l'officier civil. Et pour plus de sûreté, depuis 1810, celui-ci doit précéder toute cérémonie religieuse, sous peine de sanction pénale.

Égalité des sexes dans le mariage

Si ce sont toujours des femmes libres qui ont eu accès au mariage, c'est à l'intérieur de cette même institution qu'elles se sont longtemps retrouvées le plus dépendantes des hommes. En lui refusant la capacité juridique, le Code civil de 1804 reconduisit l'infériorité de la femme mariée, soumise comme ses enfants au pouvoir absolu du *pater familias* : « La femme est donnée à l'homme pour qu'elle lui fasse des enfants. Elle est donc sa propriété comme l'arbre fruitier est celle du jardinier », expliquait Napoléon. Au nom de l'égalité entre hommes et femmes, le droit de la famille sera réformé tout au long du xx^e siècle par de multiples lois tendant à établir cette égalité dans l'union conjugale.

Il faut attendre une loi de 1907 pour que la femme mariée puisse disposer de son propre salaire. La loi de 1938 supprime la puissance maritale et affirme la capacité de la femme mariée, mais le véritable changement aura lieu le 13 juin 1965 avec la réforme des régimes matrimoniaux abolissant la tutelle maritale. Un an plus tôt, une loi du 14 décembre 1964 avait déjà donné à la femme la capacité d'être tutrice sans une autorisation de son époux. Depuis lors, la femme peut agir seule, elle peut ouvrir un compte bancaire à son nom et recourir aux tribunaux pour obtenir des mesures urgentes destinées à empêcher des actes qui mettraient en péril les intérêts familiaux.

La réforme de 1970 sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale, qui supprime le principe du père « chef de famille », est un autre jalon du processus égalitaire au sein des familles. Une loi du 11 juillet 1975 fait disparaître la domiciliation légale de la femme chez son mari ; la résidence de la famille est désormais au lieu choisi par les époux d'un commun accord. L'introduction du divorce par consentement mutuel en 1975 laisse le futur de leur union entre les mains des époux.

De surcroît, l'institution matrimoniale perd les privilèges de la filiation légitime, car, depuis la réforme de 1972, les enfants nés hors mariage bénéficient des mêmes droits ou presque que ceux nés du mariage. Ce bouleversement touche également l'ordre de la reproduction, avec la libéralisation de l'accès à la contraception, en 1967, et à l'avortement, en 1975. L'ordonnance du 4 juillet 2005 opère la dernière grande réforme du droit de la famille français ayant pour but de simplifier la filiation et de parfaire l'égalité entre enfants. Elle a soumis l'établissement de la filiation à des règles presque homogènes, quelle que soit la situation matrimoniale des parents, et unifié le régime de la contestation de la filiation.

L'autorité patriarcale a ainsi été peu à peu détrônée pour donner place à la négociation et au contrat. La famille est devenue un espace dans lequel la liberté du choix individuel a déplacé les impératifs moraux et sociaux et où les enfants sont traités sur un pied d'égalité.

Mariage homosexuel

La revendication du mariage par les lesbiennes et les gays vient renouveler le débat sur la modernité de la famille. Tous les « marginaux » de l'histoire ont façonné l'institution matrimoniale en lui donnant des contours plus souples : plèbe romaine qui revendique la *confarreatio* réservée primitivement aux seuls patriciens, serfs de la glèbe qui obtiennent au XII^e siècle le libre accès au sacrement du mariage, minorités religieuses qui suscitent le mariage civil, femmes enfin qui obtiennent l'égalité des droits entre époux. Ce bref rappel historique permet de montrer comment différentes catégories de personnes ont pu progressivement accéder de plein droit au mariage. C'est sur cette même ligne de force qu'émerge la revendication du mariage entre personnes de même sexe, laquelle ne fait rien d'autre que radicaliser la modernité de la famille par l'affirmation de la liberté de tous les individus à construire une famille avec la personne qu'il souhaite, indépendamment du sexe de celle-ci.

Avec d'autres systèmes analogues (Danemark en 1989, Norvège en 1993, Suède en 1995, Pays-Bas en 1997...), le Pacte civil de solidarité (Pacs) adopté en France en 1999 est un exemple de la contractualisation des rapports intimes et de la reconnaissance des couples de même sexe. Mais ces dispositifs excluaient très souvent toute possibilité de filiation adoptive. La question s'est reposée avec plus d'acuité encore lorsque, au cours de la première décennie du XXI^e siècle, le droit au mariage pour les conjoints de même sexe a commencé à être reconnu par certains pays. La revendication homosexuelle en matière de filiation radicalise la dissociation entre reproduction et filiation en soutenant que la différence de sexe devrait cesser d'être une exigence pour la réalisation d'un projet parental.

Reproduction et filiation

Alors que la reproduction est un fait biologique, la filiation apparaît comme un acte juridique et par conséquent un fait culturel. Le droit pondère toujours liens biologiques et volonté individuelle, mais selon la conception philosophique adoptée – privilégiant la nature ou la convention – le statut de la famille n'aura pas les mêmes contours.

Culture contre nature

La filiation peut certes tenir compte du fait naturel, mais, en tant que dispositif d'agencement parental, elle répond à des règles propres, affranchies de la nature. En Occident, la coutume des barbares (ordalies) et le droit canonique (*copula carnalis*, coït charnel) ont eu en commun la vérité du corps comme fondement du lien juridique, contrairement à la civilité romaine pour laquelle la volonté constituait la clé de voûte du système juridique. Le droit moderne des personnes physiques qui s'esquisse à partir du XVIII^e siècle va opérer un retour aux règles du droit civil romain, en accordant à l'autonomie de la volonté une place centrale dans l'établissement des liens de filiation et une place éminente à la fiction juridique (*factio legis*), créatrice de droits. Ce qui compte ce ne sont plus tant les racines naturelles ou surnaturelles d'institutions intangibles



FILIATION ET PARENTALITÉ : L'ORDRE FAMILIAL CONTESTÉ

que l'efficacité et la plasticité d'instruments juridiques procurant tel ou tel résultat (par exemple la paix des familles ou la solidarité des générations).

La filiation confère à chaque personne un état civil déterminé auquel s'attachent d'importants effets juridiques tant patrimoniaux (obligation alimentaire, droit de succession) qu'extrapatrimoniaux (attribution du ou des noms, autorité parentale). Elle n'existe que 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 nature. Ce lien juridique se tisse à partir de quatre fils principaux : la biologie (filiation par le sang), la volonté (adoption), la présomption (paternité supposée du mari de la mère) et le vécu (appelé en droit « possession d'état »).

Avancées biotechnologiques

Les techniques de procréation artificielle permettent la dissociation entre sexualité et reproduction. Les progrès scientifiques en ce domaine – congélation de sperme, d'ovules ou d'embryons, insémination artificielle, fécondation in vitro, identification génétique des parents... – ont provoqué, pour reprendre l'expression de Ruwen Ogien, une « panique morale », amplifiée par les médias et exploitée par les courants conservateurs. Afin de rassurer l'opinion publique, la classe politique, au lieu d'assumer les principes modernes du droit civil de la famille et d'actualiser les règles de la conjugalité et de la parenté, s'est retranchée derrière l'avis d'experts (généticiens, psychanalystes, anthropologues, théologiens...) pour redéfinir le permis et l'interdit en matière de filiation. La biologie commença à devenir ainsi le soubassement réel ou symbolique du système de parenté, à rebours d'une science juridique qui avait plutôt instauré la volonté au cœur de ce système. En France, l'accès aux techniques d'A.M.P. est par conséquent resté réservé aux couples hétérosexuels infertiles. Quant à la gestation pour autrui (mères porteuses), elle est prohibée pour tous les couples. À l'étranger, plusieurs pays européens autorisent l'A.M.P. aux célibataires et aux couples de même sexe (Belgique, Espagne, Luxembourg, Suède, Finlande, Royaume-Uni, Islande, Danemark, Pays-Bas, Roumanie, Russie, Géorgie), ainsi que la plupart des États des États-Unis, le Canada, l'Inde et l'Afrique du Sud. Les conventions de gestation pour autrui sont aussi légales dans des pays comme le Royaume-Uni, la Russie, les États-Unis, le Canada (sauf Québec), le Brésil, l'Afrique du Sud, l'Inde, l'Australie...

La nouvelle place prépondérante de la vérité biologique dans l'établissement du lien filial fut confirmée en France par la Cour de cassation dans un célèbre arrêt du 28 mars 2000. Par là, la distinction traditionnelle entre reproduction (fait biologique) et filiation (fait culturel), fondement du droit civil moderne, se trouvait questionnée. Non pas à partir d'arguments classiques provenant du droit canonique, mais par une rhétorique qui, d'une part, fera de la différence des sexes une condition sine qua non de la filiation, et, d'autre part, placera l'expertise sanguine et la preuve d'ADN au cœur du dispositif juridique de la parenté.

Anticipant la revendication des futurs parents gays et lesbiens, les lois de bioéthique de 1994 ont pris soin de réserver l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation au couple hétérosexuel. La peur d'une filiation unisexuée, fruit de la reconnaissance d'un droit à la filiation pleine pour les couples de même sexe, a eu pour résultat une remise en question radicale de la notion juridique de filiation, conçue désormais

comme un événement naturel ou, tout au moins, naturalisable. Cette crainte de l'institutionnalisation de l'homoparentalité et la foi absolue mise dans la preuve biologique (sanguine ou génétique) affaiblissent les autres figures de la filiation qui reposent sur la volonté et sur le vécu. Les grands principes autour desquels s'articule le droit civil, tels l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, l'égalité ou la libre disposition de soi se trouvent ainsi fragilisés au profit de nouvelles prescriptions – étrangères au droit – fondées sur l'ordre symbolique, la structuration psychique des enfants ou la différence des sexes.

La vérité biologique dans la filiation

En France, la prééminence de la volonté et l'admission de la preuve biologique uniquement en cas de litige semblaient des principes acquis, jusqu'au jour où les homosexuels se sont mis à revendiquer une filiation parentale monosexuée.

Principe d'hétérosexualité

Lorsque des couples de même sexe ont souhaité devenir des parents à part entière (accès aux différentes formes de filiation), de nouvelles normes sont venues progressivement introduire l'exigence d'hétérosexualité pour l'instauration d'un lien de filiation. Tout se passe comme si la logique modernisatrice, sur le point d'intégrer les familles homoparentales, cherchait à éluder cette évolution en restaurant une logique biologique. En 1988, le Sénat rend le rapport Braibant, dans lequel il est pour la première fois question « d'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté ». La loi de bioéthique de 1994 définit juridiquement pour la première fois le couple comme l'union d'un homme et d'une femme. Et c'est dans un arrêt de 1994 que le Conseil d'État souligne pour la première fois l'absence « d'image paternelle » dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référent n'est pas exigé par la loi (18 février 1994, M^{me} Francous). Au « désordre démocratique » qui menacerait la famille, justice et législateur semblent ainsi avoir voulu opposer, dans la définition de la filiation, un « ordre naturel ». Sans doute la question n'est-elle pas tranchée définitivement. Dans un avis du 25 janvier 2006, le Comité national d'éthique proposait d'élargir l'adoption plénière aux couples de même sexe. Pour les élections de 2012, tous les partis de gauche proposent le droit au mariage pour les couples de même sexe et la reconnaissance de l'homoparentalité, par A.M.P. comme par adoption.

Dans l'état actuel du droit, pour les homosexuels hommes ou femmes qui ont engendré un enfant par les moyens naturels (ou par insémination artisanale, même si elle est illégale en France) la question de l'établissement de la filiation ne se pose pas : la personne est père ou mère de l'enfant et à ce titre il ou elle exerce l'autorité parentale. Concernant le compagnon ou la compagne d'une mère ou d'un père homosexuel, toutes les forces politiques sont d'accord sur la nécessité de trouver une solution juridique adéquate (statut de co-parent, par exemple), et les tribunaux ont admis le transfert de l'autorité parentale à la compagne d'une mère lesbienne.

Si certaines fonctions parentales ont ainsi été reconnues individuellement à des homosexuels, le statut de parents à part entière est toujours refusé aux couples homosexuels : pas d'adoption pour les couples pacés, pas d'accès à l'A.M.P., pas d'adoption plénière de l'enfant du conjoint, pas de présomption de paternité, pas d'accès aux maternités de substitution... Or,



En France, l'adoption d'un enfant est principalement prononcée au bénéfice des couples mariés. Si elle est possible, bien que rare, pour les personnes célibataires, les couples homosexuels se la voient refuser. Cette situation montre à quel point la société est régie par les liens de filiation maternelle et paternelle, schéma traditionnel établi sur le modèle de la famille biologique. Ici, une mère avec son enfant adoptif, arrivé d'Haïti. (B. Guay/ AFP)

comme nous l'avons montré, le modèle civiliste, en octroyant un rôle majeur à la volonté au détriment du sang, peut parfaitement fonctionner pour les couples de même sexe. En effet, il permet de masquer l'identité des géniteurs (accouchement sous X, donneur anonyme, adoption plénière...), et fait la plus large place aux modes de reconnaissance volontaire de filiation : par présomption de paternité lors de la déclaration de naissance, ultérieurement par acte de reconnaissance de paternité, ou encore par voie judiciaire pour celui ou celle qui s'est comporté comme parent (possession d'état). Si la volonté n'a pas de sexe, pourquoi vouloir la sexualiser dans les rapports parentaux ?

Primauté du « naturel »

Cette réticence à reconnaître le statut de parents pour les couples de même sexe, alors que la parenté monosexuée existe en France depuis l'admission en 1966 de l'adoption plénière pour un individu, a conduit, *nolens volens*, à une remise en question du modèle volontariste au profit d'une vision naturaliste de la filiation. À partir des années 1990, l'expertise biologique s'est imposée dans les procès en contestation de paternité, la recherche des origines est revendiquée socialement comme droit fondamental de la personne, la différence de sexe est devenue une valeur... La vérité biologique apparaît comme l'argument fondamental non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale, mais aussi pour créer une sorte de hiérarchie des filiations par référence à la procréation naturelle, et finalement pour désigner les familles monoparentales ou

recomposées comme cause de dysfonctionnements individuels et sociaux.

Pour certains auteurs, la loi française serait allée trop loin dans la négation de la vérité biologique. Ainsi l'anthropologue Agnès Fine propose la reconnaissance d'une pluriparentalité qui « 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 assistée ». Elle regrette que, contrairement au Royaume-Uni et à l'Allemagne, la France reste à l'écart du modèle de l'*open adoption*, c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique. Ce point de vue implique une remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, une critique de l'accouchement sous X et l'interdiction de l'anonymat en cas de don de gamètes, ainsi que l'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière.

Pour limiter les effets d'une éventuelle reconnaissance de l'homoparentalité, une nouvelle idéologie de type biologique n'hésite donc pas à remettre en question le système du droit civil de la filiation. Ce n'est qu'à la condition de préserver quelque part la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourrait par la suite demander de s'inscrire dans l'ordre de la parenté. La question du biologique reprend ainsi une vigueur renouvelée (et bien plus sophistiquée), d'une part, en assurant une place à l'hétérosexualité au



FILIATION ET PARENTALITÉ : L'ORDRE FAMILIAL CONTESTÉ

sein même de l'homoparentalité et, d'autre part, en fondant la norme non plus sur la volonté mais sur une immanence des origines, appelée désormais « ordre générationnel » ou « ordre symbolique ». Dans le droit fil de cette mouvance naturaliste du droit de la filiation, le projet de révision de la loi de bioéthique prévoyait la levée de l'anonymat des donneurs et donc l'accès aux origines des enfants conçus par assistance médicale à la procréation. Cette mesure n'a finalement pas été retenue dans la nouvelle loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011.

Pour un ordre nouveau des familles

Nous avons vu que la démocratisation de la vie privée a nécessité une reformulation des liens familiaux qui permet d'échapper à l'emprise de l'ancien ordre patriarcal, prétendu naturel. Ce fut le long travail du droit civil depuis sa sécularisation. La contestation actuelle de l'ordre familial « naturel » n'est en définitive que la radicalisation de l'idéologie individualiste moderne, selon laquelle la volonté et non la différence des sexes constitue la base de l'institution matrimoniale et parentale. Une filiation dissociée de la reproduction permettra de justifier un système juridique fondé non pas sur la vérité biologique, mais sur le projet parental responsable. De ce point de vue, peu importe l'agencement familial (traditionnel, monoparental, homoparental, recomposé...), si les prémisses du contrat (égalité dans l'alliance et dans la filiation) sont respectées jusque dans leurs moindres effets. L'État devrait donc traiter sur un plan d'égalité l'ensemble des familles et les autres formes d'intimité. Mais pour cela il faut faire son deuil d'un droit de la famille unique fondé sur ce que Michel Tort appelle le « dogme paternel », et repenser les règles qui gouvernent les familles à partir de la négociation et de la contractualisation. La coexistence du mariage, du Pacs et du concubinage pour tous les couples répondrait à cette exigence tout comme l'ouverture du droit à l'adoption, à l'A.M.P. et aux maternités de substitution au-delà des cas de stérilité. Fondée sur la volonté, l'adoption est une institution plus apte que la vérité biologique à assurer la stabilité des liens familiaux. Contrairement à la filiation charnelle, la filiation choisie trouve son principe dans la liberté non seulement d'accueillir les enfants des autres, mais également d'abandonner ses propres enfants biologiques, ce qui est pour l'heure uniquement possible pour les femmes (accouchement sous X), mais devrait pouvoir s'élargir aussi aux hommes à travers une déclaration formelle de renoncement à la paternité. La généralisation de la filiation adoptive (y compris pour ses propres enfants biologiques) permettrait aussi de mettre la volonté au cœur du dispositif parental. Celui-ci reposerait exclusivement sur la volonté du ou des géniteurs qui donnent l'enfant et celle du ou des adoptants qui l'accueillent. De surcroît, l'adoption est une institution conçue à partir du droit de l'enfant à avoir une famille, contrairement à la filiation biologique qui apparaît plutôt comme un dispositif du droit à l'enfant.

Ainsi la pure contractualisation des liens familiaux permettrait de laisser dans les mains des principaux intéressés la limitation et le contenu de cette communauté des affects, de volontés désirantes qui est l'essence de la famille. Assumer une théorie contractualiste des affects – aussi bien horizonta-

lement au niveau du mariage que verticalement, par extension de la faculté d'adoption, au niveau de la filiation – n'implique nullement de se désintéresser des vulnérables (mineurs, personnes âgées, domestiques, animaux). Bien au contraire, les techniques particulièrement rodées du droit des contrats quant à l'équilibre des prestations et la protection des plus faibles (contrats d'adhésion, contrat de consommation, clause léonine, théorie de la lésion...) permettent selon nous de garantir plus efficacement les grands principes internationaux et constitutionnels de liberté et d'égalité à l'ensemble des membres de cette communauté affective et patrimoniale qu'est la famille. Si l'adoption, et non la capacité reproductrice, était retenue comme modèle universel de la filiation, cela permettrait de fonder la parenté sur la responsabilité et sur un projet parental réfléchi, et d'éviter ainsi toutes les figures malheureuses des maternités ou des paternités non désirées. Les nouvelles formes d'intimités, les nouveaux modes de relation chers à Michel Foucault peuvent trouver dans le cadre du contrat une concrétisation juridique. Ainsi, la vie de couple cesserait d'être limitée à deux personnes de sexe différent, et l'ordre générationnel ne serait plus borné aux lignées masculine et féminine mais serait ouvert à la parenté unisexuée.

Bibliographie

- J. J. BACHOFEN, *Le Droit maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, trad. de l'all., L'Âge d'homme, Lausanne-Paris, 1996 • J.-P. BAUD, *L'Affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, Paris, 1993 • D. BORRILLO, « La Vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut des beaux-parents ou le "Pacs" de la filiation », in *Droit et Société*, n° 72, 2009 ; *Bioéthique*, Dalloz, Paris, 2011 • D. BORRILLO & P. LASCOURMES, *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, Paris, 2002 • D. BORRILLO & É. FASSIN, *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, P.U.F., Paris, 1999 • J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, Hachette, Paris, 2005 • A. BURGUIÈRE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALÉN & F. ZONABEND, *Histoire de la famille*, Armand Colin, Paris, 1994 • CAI HUA, *Une société sans père ni mari : les Nas de Chine*, coll. Ethnologies, P.U.F., 1997 • P. CARRER, *Le Matriarcat psychologique des Bretons. Essais d'ethnopsychiatrie*, coll. Sciences de l'homme, Payot, Paris, 1994 • J. COMMAILLE & C. MARTIN, *Les Enjeux politiques de la famille*, Bayard, Paris, 1998 • G. DELAISI DE PARSEVAL, *Famille à tout prix*, Seuil, 2008 • A. DUFOUR, *Mariage et société moderne. Les idéologies du droit matrimonial moderne*, Presses universitaires, Fribourg, 1997 • E. E. EVANS-PRITCHARD, « Sexual inversion among the Azande », in *American Anthropologist*, n° 6, vol. 72, 1970 ; *The Azande. History and Political Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1971 • É. FASSIN, « La Nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction », in *Journal des anthropologues*, n° spéc., *Médecine et biologie : chimères et production du social*, n° 88-89, 2002 ; « Naturalisation. Filiation, famille et nationalité », in E. Dorlin & É. Fassin dir. *Reproduire le genre*, Bibliothèque publique d'information, Centre Georges-Pompidou, Paris, 2010 • A. FINE, « Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales », in *Spirale*, n° 21, 2002 • R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, coll. Liber, Seuil, 2003 • I. MAGLI, *Matriarcat et pouvoir des femmes*, éd. Des Femmes, 1983 • R. OGIEN, *La Panique morale*, Grasset, Paris, 2004 • S. PARKER, « The Marriage Act 1753 : a case study in Family law-making », in *International Journal of Law Policy and the Family*, vol. 1, n° 1, 1987 • T. PARSONS, *Structure of Social Action*, McGraw Hill, 1937 • L. ROUSSEL, *La Famille incertaine*, Odile Jacob, Paris, 1989 • F. DE SINGLY, *Libres ensemble. L'individualisme dans la vie commune*, Nathan, Paris, 2000 • I. THÉRY, *Le Démariage : Justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993 • M. TORT, *Fin du dogme paternel*, Aubier, Paris, 2005.