

Le droit de refuser sa maternité

Céline Kuhn

► **To cite this version:**

Céline Kuhn. Le droit de refuser sa maternité. Revue juridique de l’Océan Indien, Association “ Droit dans l’Océan Indien ” (LexOI), 2014, pp.133–144. hal-01213566

HAL Id: hal-01213566

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01213566>

Submitted on 29 Apr 2020

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.

Colloque

DROIT DES PERSONNES – DROIT DE LA FAMILLE

Le droit de refuser sa maternité

Céline KUHN

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion

Membre de l'Espace éthique de La Réunion

Résumé :

Une femme peut-elle refuser sa maternité ? Le Droit français consacre-t-il le droit de refuser sa qualité de mère ? L'étude de notre corpus montre que la femme a le pouvoir de décider d'être mère. La maternité n'est pas conçue comme une fatalité, la femme a le choix tant d'être mère (être enceinte) que d'être la mère de l'enfant qu'elle a porté. Ce choix apparaît discrétionnaire et unilatéral, le père étant le grand absent du dispositif légal : seule la volonté de la femme compte. L'exclusivité qui lui est conférée rappelle l'exclusivité du propriétaire. La femme en décidant du « sort » de sa maternité ne ferait qu'exercer son pouvoir de disposer de son corps ou de disposer de son Etat.

Summary :

Can a woman refuse maternity? Does French law make it possible for women to do so? The study of our corpus shows that women decide whether they want to become mothers or not. Maternity is not a fatality, as a woman has the choice both to be pregnant and to be a mother to her progeny. This choice seems discretionary and unilateral, as the father plays no role in these legal provisions : the decision only pertains to the woman. The exclusive rights women hold resemble those granted to owners. This article argues that, by deciding what would happen of their maternity, women would only be exercising their right of control over their own body.

On ne naît pas mère, on le devient¹.

Le caractère inné de la maternité est des plus contestables. Être mère, être une maman est une expérience qui se vit, qui se construit à chaque instant. Et pourtant, maternité semble rimer avec déterminisme féminin. La vocation à la maternité des femmes a façonné leur rôle social. L'image de la femme est alors réduite à celle d'une matrice et la maternité se confond avec la nature féminine.

¹ Adaptation du fameux extrait du livre « Le deuxième sexe » de Simone de Beauvoir.

Aussi, la stérilité féminine dans les sociétés traditionnelles, mais également occidentales est vécue comme une malédiction, un mauvais sort... N'oublions pas la fin des contes de fées, le prince et la princesse se marièrent et eurent beaucoup d'enfants...

Avoir ou ne pas avoir d'enfant ? La réponse à cette interrogation est souvent empreinte de passion. En effet, le refus d'avoir un enfant comme la volonté d'avoir un enfant semble relever de l'irrationnel voire du caprice, ne parle-t-on pas du désir ou de l'envie d'enfant ? Par conséquent, comment le Droit peut-il saisir de telles situations ? Plus particulièrement, quelle réponse le Droit apporte-t-il au non-désir d'enfant ? Consacre-t-il un droit de refuser la maternité ? Et si oui, comment le justifier ?

Refuser sa maternité recouvre juridiquement deux réalités distinctes : il s'agit d'une part, de refuser d'être mère (I), mais également d'autre part, de refuser d'être la mère (II) de l'enfant que l'on a porté.

I.- Refuser d'être mère

Le Mouvement de Libération des Femmes des années 1970 proclame haut et fort que la maternité ne résume pas le féminin : les femmes ne sont pas que des mères et peuvent même choisir de ne pas l'être. Le droit de refuser d'être mère appartient à notre *corpus* (A), il ne fait qu'affirmer le pouvoir de la femme sur son corps (B).

A.- Un droit dans notre corpus

Le Droit accompagne les évolutions de la société, il s'adapte aux faits². Aussi, notre *corpus* a intégré que le féminin et le maternel n'étaient pas des synonymes, consacrant pour la femme le droit de refuser d'enfanter. Nombreuses en sont les manifestations que l'on se place avant (1) ou après la conception (2)

1/ Avant la conception

La contraception permet de concrétiser un non-désir d'enfant : la femme va faire le choix d'empêcher la conception. Cet empêchement peut prendre techniquement des formes plus au moins radicales : de la prise de contraceptifs, produits pharmaceutiques, à des décisions définitives ou difficilement réversibles comme la stérilisation réalisée par la ligature des trompes³.

² Ch. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit aux faits », *D.* 1977. 251.

³ V. l'article L2123-2 du Code de la Santé publique.

Après la conception, le droit de refuser d'enfanter peut encore s'exprimer, la conception n'en étant pas une cause de déchéance (2)

2/ Après la conception

Le Droit français autorise le recours à l'interruption volontaire de grossesse. La Loi Veil n° 75-17 promulguée le 17 janvier 1975⁴ dépénalise l'avortement sous certaines conditions. Les textes envisagent alors deux situations différentes : l'IMG, l'interruption médicale de grossesse qui permet de mettre un terme à la grossesse pour une raison médicale⁵ et l'IVG, l'interruption volontaire de grossesse avant la fin de la douzième semaine de grossesse laquelle consacre un non-désir d'enfant⁶. Cette dernière forme d'interruption de grossesse vise à répondre à une situation exceptionnelle. Pour le législateur, elle doit conserver une certaine *marginalité* comme l'exprime implicitement l'article L. 2214-2 du Code de la Santé publique : « *En aucun cas l'interruption volontaire de grossesse ne doit constituer un moyen de régulation des naissances* ».

Ainsi, la loi encadre l'avortement, car tout avortement n'est pas légal, seules les interruptions de grossesse qui remplissent les conditions posées par les textes ne sont pas illicites. À défaut, ces opérations constituent des infractions pénales. L'article L. 2222-2 du Code de la santé publique le rappelle en disposant que : « *L'interruption de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, dans l'une des circonstances suivantes :*

1° Après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi, sauf si elle est pratiquée pour un motif médical ;

2° Par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ;

3° Dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi, ou en dehors du cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.

Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines ».

⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 74-54 du 15 janvier 1975 de conformité à la Constitution : JO du 16 janvier 1975, p. 671.

⁵ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique : « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

⁶ Article L. 2212-1 du Code de la santé publique : « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ».

En outre, l'article L. 2222-4 du Code de la santé publique complète le dispositif puisque « *(l)e fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle. En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte.*

La prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilée au délit susmentionné ».

À la lecture de ces textes, seule l'interruption de la grossesse d'autrui en dehors des prescriptions légales peut donner lieu à des poursuites. Si la femme après le délai de douze semaines arrive à pratiquer un autoavortement, elle ne sera pas poursuivie, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 ayant dépenalisé l'autoavortement.

Le droit à l'avortement a connu et continue de connaître des évolutions. Ainsi, la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 a consacré ce droit des femmes en modernisant la loi Veil, mais également en l'inscrivant dans une perspective fondamentale⁷. En effet, le droit à l'interruption volontaire de grossesse participe du droit inaliénable à disposer de son corps (B).

B.- Un droit sur son corps

Le droit de refuser d'être mère constitue une manifestation du pouvoir de la femme sur son corps : le régime juridique de la prise de contraceptifs ou celui de l'avortement en témoignent (1), remettant en cause le principe classique de l'indisponibilité du corps (2).

1/ le régime juridique applicable

Le droit de refuser d'enfanter appartient à la femme et à la femme seule, l'homme – le géniteur n'a pas le droit de cité. La femme choisit seule d'utiliser un moyen de contraception qu'elle soit mariée ou pas. Les contraceptifs sont des produits pharmaceutiques réglementés et lors de leur prescription, l'on ne

⁷ « *Il s'agit de faire progresser à nouveau, près de trente ans plus tard, le droit des femmes à disposer de leur corps et à maîtriser leur fécondité. Pour cela, il faut rendre la loi cohérente avec l'évolution de la société et des besoins des femmes -de toutes les femmes-, y compris les plus fragiles ; et il faut leur faciliter l'accès aux progrès réalisés dans le domaine des contraceptifs et des nouvelles techniques d'IVG, en particulier médicamenteuses* ». Voir l'exposé des motifs du projet de loi du 4 octobre 2000. Dimension fondamentale que la Cour de Strasbourg lui dénie : le droit d'avorter participe du droit de refuser d'enfanter, il demeure une question passionnelle laissée à l'appréciation de chaque État comme nous le rappelle l'arrêt du 16 décembre 2010, *A B C c/ Irlande*, de la Cour EDH qui a estimé que l'article 8 de la CEDH ne consacre pas un droit à l'avortement (Req. n° 25579/05).

s'intéresse qu'à la volonté de la personne qui va les absorber. C'est une décision qui apparaît unilatérale et discrétionnaire. De la même manière, seule la volonté de la femme compte en matière d'interruption volontaire de grossesse comme le précise l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État *Lahache* en date du 31 octobre 1980⁸ : « *les articles (...) du code de la santé publique permettent à toute femme enceinte qui s'estime placée par son état dans une situation de détresse et qui s'est soumise aux consultations prévues par certains de ces articles d'obtenir l'interruption de la grossesse. Si, d'après le dernier alinéa de l'article L. 162-4⁹, "chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre", il ressort de ce texte, éclairé par les travaux préparatoires de la loi, que cette disposition, qui présente un caractère purement facultatif, n'a ni pour objet, ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de sa grossesse* ».

La femme a le dernier mot¹⁰. Même après une fécondation *in vitro* qui est conçue en droit français comme le projet d'un couple, la décision de réaliser une interruption volontaire de grossesse n'appartient qu'à la femme. Ainsi, le contexte factuel ou médical ne modifie en rien le régime applicable, le droit de refuser sa maternité demeure une prérogative exclusivement féminine.

Les textes relatifs à la contraception ou à l'IVG des mineures¹¹ confirment le rôle essentiel de la volonté de la *mère* : les dispositions légales permettent d'évincer le consentement des titulaires de l'Autorité parentale et de ne retenir, sans mention d'un âge minimum, que celui de la mineure. L'article L. 2212-7 du Code de la santé publique dispose que : « *Si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne.*

Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4.

Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas,

⁸ CE, 31 octobre 1980 : D. 1981. 38.

⁹ Désormais article L. 2212-4 du Code de la santé publique.

¹⁰ Le même constat s'impose avec l'interruption médicale de grossesse qui est proposée suite à un DAN : la femme décide seule (article L. 2213-1 du Code de la santé publique).

¹¹ V. l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique.

la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix.

Après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures ».

Le rôle fondamental reconnu au consentement de la femme nous éclaire de façon plus générale sur les relations que nous entretenons avec notre corps (2).

2/ La nature juridique du corps

Le Droit s'est longtemps désintéressé du corps, considérant qu'il faisait partie des choses sacrées qui échappaient au pouvoir de la volonté individuelle. Les progrès de la médecine ont modifié la donne et l'ont inscrit presque de force dans l'univers juridique. Mais quelle est sa nature juridique ? Personne-Chose ? La *Summa divisio* impose cette alternative sans troisième voie possible¹². Le législateur français reste muet, aucun texte ne précise la nature juridique du corps humain. Toutefois, les règles applicables et particulièrement celles relatives à l'inviolabilité semblent témoigner de son statut réel. Le rôle essentiel du consentement inscrit la personne et son corps dans une relation de maître à objet dont le droit de refuser d'être mère est une illustration. Cette relation permet alors d'expliquer pourquoi seul le consentement de la femme est requis : elle est maître de son corps, elle est le seul maître de son corps.

Le refus d'être mère revêt une double réalité.

D'une part, c'est le détachement de la sexualité de l'enfantement, les femmes ont gagné le droit au plaisir que les hommes avaient acquis depuis très longtemps sans qu'aucun texte n'ait eu à le consacrer, l'acte sexuel n'ayant plus uniquement pour les femmes une vocation reproductive, et en cela, on a parlé de libération sexuelle ;

D'autre part, c'est une dérogation au principe de l'indisponibilité du corps humain, car la femme décide du destin de son corps¹³. Elle dispose d'un véritable monopole d'exploitation tant juridique que factuelle¹⁴ : son corps est sous son emprise, il se découvre objet de propriété. L'indisponibilité nie l'influence de la volonté individuelle, le sujet est passif et subit. Or, le régime juridique du corps humain, de ses éléments et de ses produits affirme le contraire. Toute personne physique est propriétaire de son enveloppe corporelle et les manifestations du refus d'être mère ne sont que des illustrations de cette réalité juridique dans un contexte particulier. Ainsi, l'interruption volontaire de grossesse pourrait être qualifiée

¹² E. LAZAYRAT, J.-P. MARGUENAUD et J. ROCHFELD, « La distinction des personnes et des choses », *Dr famille*, n° 4, avril 2013, étude 5.

¹³ Cette idée transcrit juridiquement le slogan féministe des années 70 : « Notre corps nous appartient ».

¹⁴ F. ZENATI et Th. REVET, *Les personnes*, n° 277 et s., p. 239 et s., Paris, PUF, 1^e éd., 2006.

d'abandon. La femme disposerait de son corps en décidant d'en abandonner une partie, d'en perdre la propriété sans organiser le transfert. Une autre qualification est envisageable puisque l'avortement pourrait constituer un exemple d'*abusus*¹⁵. L'*abusus* est une exploitation de la chose qui en entraîne la destruction de tout ou partie. Juridiquement, l'embryon ou le fœtus n'étant que des morceaux du corps de la mère¹⁶, *pars viscerum matris*, en consentant à un avortement, la femme réalise une destruction d'une partie de son corps.

Un enfant n'est-il pas le fruit des entrailles ? Si l'on reste sur cette idée de fruit, tant qu'il n'y a pas eu détachement, le fruit demeure un élément du capital, de la chose frugifère. Seul son détachement, sa séparation d'avec le capital, lui fait gagner son autonomie juridique. Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 29 juin 2001¹⁷ ne disent pas autre chose lorsqu'ils s'opposent « à ce que l'incrimination réprimant l'homicide involontaire d'autrui soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ». L'enfant à naître n'est pas encore une personne juridique, il demeure de la non-personne tant qu'il n'est pas né et par conséquent, l'on ne saurait lui reconnaître le statut de victime. De la même manière, le seul fait du déni de grossesse n'engage pas la responsabilité de la femme envers l'enfant et n'est pas en soi constitutif d'une infraction pénale. Ainsi, lorsque le refus d'enfanter prend cette forme pathologique, il ne peut être qualifié de violences volontaires, de non-assistance à personne en danger voire de maltraitances. Néanmoins, cet État psychologique qui conduit la femme a nié sa réalité biologique est souvent un préalable à l'infanticide lequel est une infraction pénale. En principe, le déni de grossesse ne constitue pas un cas d'atténuation de la responsabilité pénale. Pourtant, la Cour d'Assises de Gironde dans un arrêt du 7 septembre 2012 prenant en compte le déni de grossesse dont avait souffert une jeune femme l'a acquittée de l'infanticide qu'elle avait commis.

Le corps est chose. Cette nature juridique permet de comprendre la teneur des pouvoirs que nous avons sur notre corps et que la femme détient sur sa maternité. Le droit au non-désir d'enfant¹⁸ marque clairement une rupture avec le principe classique de l'indisponibilité du corps humain : la volonté individuelle a une emprise sur le corps, emprise qui est juridiquement affirmée.

L'autre facette du refus de la maternité, le droit de refuser d'être la mère, s'attaque quant à lui à un autre principe classique : l'indisponibilité de l'État (II).

¹⁵ *Op.cit.*, n° 273, p. 234.

¹⁶ La nature juridique de l'embryon et du fœtus demeure incertaine. Aucun texte ne tranche et le débat reste ouvert : une personne ? une chose ? La Cour EDH dans son arrêt du 28 août 2012 (*Costa et Pavan c/ Italie*, (Requête n° 54270/10)) rajoute encore au mystère en considérant que « la notion d'« enfant » ne saurait être assimilée à celle d'« embryon » ». Distinguer l'embryon de l'enfant permet-il implicitement de qualifier l'embryon de chose ?

¹⁷ Ass. Plén., 29 juin 2001 : Bull. 2001, n° 8, p. 19.

¹⁸ D. COHEN, « Le droit à ... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 393-400.

II.- Refuser d'être la mère

Le refus de la maternité peut se manifester par un refus d'être la mère de l'enfant que l'on a porté. Même si la femme se reconnaît femme enceinte, elle ne souhaite pas devenir la mère de l'enfant, elle en refuse la filiation (A). Si la qualité de mère apparaît soumise à la volonté de la femme, peut-on aller plus loin et consacrer de façon absolue le fait que l'enfant soit exclu de sa famille biologique (B) ?

A. - Le refus de la filiation

Ce non-désir de filiation se manifeste avec l'accouchement sous X dont le régime juridique place la volonté de la femme au cœur du dispositif. Elle peut décider seule (1) de rompre tout lien - juridique - avec le nouveau-né (2).

1/ Le régime juridique

L'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles dispose que :
« Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur.

Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département siège de l'établissement.

Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance.

Pour l'application des deux premiers alinéas, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

Les frais d'hébergement et d'accouchement dans un établissement public ou privé conventionné des femmes qui, sans demander le secret de leur identité, confient leur enfant en vue d'adoption sont également pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement ».

Le texte insiste sur la volonté de la femme, il n'est pas fait référence au consentement du père. Là encore, la loi fait le choix d'une atteinte à l'égalité homme-femme en faveur de la mère (2).

2/ L'abandon de l'enfant

La femme peut choisir d'accoucher dans l'anonymat et ainsi de rompre le lien mère-enfant si fondamentale pour le Droit¹⁹. Pour la loi, cette femme n'aura jamais accouché : sa maternité est juridiquement effacée. Cela aboutit à traiter l'enfant comme une *res derelicta* selon Jean HAUSER²⁰, une chose abandonnée. La référence aux *res derelictae* peut sembler déplacée, pourtant elle témoigne d'une même réalité : l'abandon. Le Droit lutte contre l'abandon qui n'est conçu que comme une étape transitoire dans l'attente de l'établissement du lien juridique souhaité : la filiation dans le cas des enfants nés sous X qui ont vocation à être adoptés.

La femme peut demander à accoucher anonymement. L'arrêt du 13 février 2003 *Odièvre c/ France*²¹ rendu par la Cour EDH a admis la compatibilité du droit d'accoucher sous X tel qu'il est organisé par la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État avec l'article 8 de la Convention qui pose le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale. En effet, le législateur français conscient de l'importance de la question des origines a essayé de réaliser « un compromis entre le droit des femmes et celui des enfants²² »²³. Rien n'est obligatoire, mais tout devient possible. La mère qui a accouché sous

¹⁹ La relation au corps de la mère est regardée quand il s'agit d'envisager l'existence juridique de l'enfant (l'accouchement), mais également en matière de filiation dans le cas de l'enfant d'une femme mariée (présomption de paternité).

²⁰ *RTD civ.* 2003, p. 488, obs. J. HAUSER.

²¹ Cour EDH, 13 février 2003 : *D.* 2003. IR. 739 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003. Chron. 1240 ; *JCP* 2003. II. 10 049, note F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE.

²² V. NEIERTZ, Rapport n° 3086 sur le Projet de loi enregistré le 23 mai 2001, p. 8.

²³ Cour EDH, 25 septembre 2012 : dans cet arrêt, la Cour sanctionne le système italien qui n'offre pas de réversibilité du secret, le dispositif français étant montré en exemple : *Godelli c/ Italie*, req. n° 33783/09, *D.* 2012. 2309 : « La Cour note qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt *Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever

X peut laisser dans le dossier de l'enfant des renseignements que celui-ci pourra consulter, on passe de l'anonymat à la confidentialité²⁴.

Mais retrouver sa mère biologique signifie-t-il retrouver une mère ? Et comment cet enfant pourrait-il construire des liens avec sa famille biologique (B) ?

B.- Quelle famille biologique ?

La femme semble pouvoir disposer de son État (1), mais peut-elle de façon absolue couper l'enfant de sa famille biologique (2) ?

1/ La disponibilité de l'État

Seule la volonté de la femme entre en ligne de compte en matière d'accouchement anonyme. Ainsi, une femme mariée peut très bien accoucher sous X sans avoir à obtenir l'accord de son conjoint. De même, une femme ayant recours à une PMA pourrait encore accoucher sous X car le texte de l'article 311-20 du Code civil ne semble créer d'obligation de filiation qu'à l'égard de l'homme et non de la femme : « *Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant* ».

La volonté individuelle a une véritable emprise sur l'État qui est pourtant réputé indisponible. Par un acte juridique unilatéral abdicatif, la femme nie sa maternité : elle refuse d'être la mère de l'enfant qu'elle a porté et lui interdit d'avoir un lien juridique avec elle. Manifestation d'un droit discrétionnaire, opposable aux tiers, l'accouchement sous X constitue une dérogation au principe classique d'indisponibilité de l'État.

Face à la toute-puissance de la volonté maternelle, l'on assiste à une prise en compte progressive des intérêts des autres protagonistes : le Droit n'est plus centré sur la femme et envisage également la question de l'accouchement sous X sous l'angle de la famille – de la famille biologique (2).

2/ La famille biologique

Une fois l'enfant né, il a une autonomie physique et juridique. L'accouchement sert à identifier l'enfant et à tracer sa filiation : *Mater semper certa est*, présomption de paternité... etc. Le lien mère-enfant créé par l'accouchement a toujours été utilisé afin d'inscrire l'enfant dans une société, dans

le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (...) ».

²⁴ Conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 147-6 et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles : décision QPC du Conseil constitutionnel en date du 16 mai 2012 (QPC 2012-248, JORF du 17 mai 2012, p. 9154).

une communauté, dans une famille. L'accouchement sous X rompt cette logique et empêche de construire ainsi l'identification de l'enfant.

La possibilité de reconnaître un enfant avant sa naissance²⁵ permet dans le cas de l'accouchement sous X de rééquilibrer la donne comme l'illustre l'arrêt du 7 avril 2006²⁶ rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation : « *l'enfant ayant été identifié par M. X... à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel, la cour d'appel, qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré* ». L'identification de l'enfant est assurée, et cela indépendamment de l'accouchement.

Toutefois, en pratique, l'effectivité d'une reconnaissance ante-natale rencontre des difficultés puisqu'elle doit être rattachée à un enfant né vivant et viable, et identifié, ce que l'anonymat de la mère rend difficile, voire impossible. Le père doit retrouver la trace d'un enfant dont le législateur a organisé la « disparition »²⁷.

Si le père y arrive, l'enfant aura une filiation paternelle. L'identité de son père sera connue, celle de sa mère si elle n'a pas souhaité laisser d'éléments l'identifiant, demeurera confidentielle. Or, sur ce point, le droit et le fait risquent de se séparer, car l'enfant connaîtra nécessairement l'identité de sa mère en interrogeant son père. Une fois l'identité connue, la filiation maternelle n'est pas loin. En effet, la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 qui ratifie l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation contient une disposition qui permet aux enfants nés sous X de procéder à une recherche en maternité. Ce texte a modifié l'article 325 du Code civil et l'accouchement sous X n'est plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.

« *L'effet recherché par une femme qui accouche sous X réside principalement dans la garantie de son anonymat. Personne ne doit savoir : ni l'enfant, ni son entourage, ni la Société. Dans une certaine mesure, l'anonymat peut faciliter la croyance en la fiction légale de l'enfant né ex nihilo* »²⁸. Or l'établissement de la filiation paternelle grâce à la reconnaissance ante-natale et la

²⁵ Alinéa 1^{er} de l'article 316 du Code civil modifié par l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 11 et par l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 : « *Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance* ».

²⁶ Civ. 1^{ère}, 7 avril 2006 : Bull. I, n° 195, p. 171.

²⁷ *RTD civ.* 2003. 490, obs. J. HAUSER.

²⁸ C. KUHN, « Être le père d'un enfant né sous X », in *Familles, Liber amicorum Françoise RINGEL*, PUAM, 2007, n° 37, p. 156.

possibilité d'intenter une action en recherche de maternité déstabilisent l'institution. L'anonymat ne peut plus être garanti et le lien de filiation plane au-dessus de la tête de la mère telle une épée de Damoclès prête à s'abattre. Toutefois, cette situation reste marginale, car l'implication du père est rare en matière d'accouchement sous X et son absence explique souvent le choix de la mère.

Nombreux sont les projets ou propositions de loi²⁹ proposant la disparition de l'accouchement anonyme. Ces textes mettent généralement en avant l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui reconnaît à celui-ci « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* »...

La femme dispose du droit de refuser sa maternité.

Avant la naissance, l'enfant n'est pas encore une personne juridique et la mère demeure, dans une certaine mesure, libre de gérer sa grossesse, libre de choisir l'utilisation qu'elle fait de son corps. La maternité en tant que telle constitue une forme d'exploitation factuelle du corps de la femme, un usage, un *usus*.

Avec la naissance et l'accession de l'enfant à la personnalité juridique la donne ne change pas véritablement : la femme peut décider de ne pas en être la mère, notre *corpus* admettant la figure originale de l'enfant né *ex nihilo*.

Si le droit de refuser sa maternité semble être une affaire de femmes - de la femme³⁰, l'explication ne saurait être sexuée. Il ne s'agit pas d'opposer un genre à un autre. La femme apparaît au cœur du dispositif, car sur ce point le Droit suit le fait et plus particulièrement le fait biologique : le corps féminin est matrice et cette réalité ne saurait être niée. Le droit de refuser sa maternité s'inscrit dans la problématique plus vaste de la nature des rapports que l'on entretient avec son corps. Le régime juridique applicable révèle que ce sont des rapports de maître à objet. Cette lecture peut choquer. Cependant, le droit de refuser d'être mère ainsi que le droit de refuser d'être la mère ne sont-ils pas l'expression d'une disponibilité du corps et d'une disponibilité de l'État ? Le concept de propriété n'est vraiment pas loin...

²⁹ V. par exemple la proposition de loi n° 4043 qui a été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011, visant à « la levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret ».

³⁰ Rares sont les décisions qui analysent ce refus en une faute de l'article 242 du Code civil : Bordeaux, 7 juin 1994 : *RTD civ.* 1994. 836, obs. J. HAUSER.