



**HAL**  
open science

## La maternité-Rapport de synthèse

Pascal Puig

► **To cite this version:**

Pascal Puig. La maternité-Rapport de synthèse. Revue juridique de l'Océan Indien, 2014, 18, pp.223-246. hal-02545789

**HAL Id: hal-02545789**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545789v1>**

Submitted on 17 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.

### La maternité - Rapport de synthèse<sup>1</sup>

**Pascal PUIG**

*Professeur à l'Université de La Réunion*

« Chéri chéri chéri, me dit ma femme, mon bocal a accouché ! »

Nous sommes le 23 novembre 2052 et cela fait 9 mois que nous attendons cet heureux événement, 9 mois que nous admirons en temps réel l'hologramme de notre fœtus projeté au milieu du salon à partir des caméras branchées sur la couveuse artificielle du CHU de Saint-Denis qui abrite le fruit de notre amour.

Ma femme avait un désir d'enfant. Je ne sais si c'était souhaitable, mais c'était possible. Nous avions la liberté des moyens.

Le concevoir et le porter à l'ancienne, façon vivipare ? Ma femme ne voulait pas cesser de travailler et mon âge avancé (nous sommes en 2052 !) rendait la conception passablement héroïque.

Le faire porter par une autre ? Non seulement cela coûte cher (autrefois 6000 € la location d'un utérus d'Ukrainienne nous a appris François Violla) et n'est pas remboursé par la sécurité sociale, mais en plus on ne sait jamais à l'avance la réaction d'une mère porteuse... Imaginez qu'elle s'attache ! Il y en a qui ont essayé... ils ont eu des problèmes.

La meilleure solution était de s'adresser au chef du service maternité de Bellepierre et à ses utérus artificiels.

- Pas de problème de conception, nos gamètes congelés et vitrifiés frétilaient comme des merluchons au fond de l'éprouvette ;
- Pas de problème de gestation, ni envie de fraise, ni interdiction de Champagne ;
- Pas de problème d'accouchement, le bocal s'en charge

---

<sup>1</sup> Le style oral de l'intervention a été conservé.

- Pas de problème avec un trublion de mère porteuse ou autre donneur, je doute que chef du service maternité revendique un quelconque droit sur l'enfant qu'il a seulement conçu, couvé et accouché. À propos, notre bébé bocal s'appelle Nemo !
- Et, cerise sur le gâteau de naissance, ma femme accepte de me céder ses trimestres majorés pour la retraite, ce qui me permettra de partir à la retraite à taux plein à l'âge encore très vert de... 89 ans !

Mesdames et Messieurs, n'est-ce pas le *meilleur des mondes* ? Ma femme et moi avons pourtant hésité lorsque nous nous étions replongés dans les actes du colloque qui s'est autrefois tenu à La Réunion en novembre 2012, quarante ans auparavant, et dont j'avais retrouvé la publication dans ma poussiéreuse bibliothèque.

La couverture, délicatement illustrée du tableau de Gustave Courbet, « *l'origine du monde* » (curieusement absent de la galerie de tableaux exposée par François Vialla), titrait : **Colloque international - Maternité et parentalité à La Réunion et dans l'Océan Indien : regards croisés.**

Un sous-titre auquel je n'avais à l'époque prêté aucune attention mentionnait : **L'origine du monde, oui, mais peut-être pas son avenir.**

Je n'avais, à l'époque, pas saisi l'intensité du message.

L'on m'avait pourtant fait l'honneur de me confier le rapport de synthèse alors que j'étais loin d'être la personne idoine pour conclure sur un sujet aussi... féminin, n'étant au mieux que *concerné* par la maternité, mais non *impliqué* (qui a parlé d'omelette au lard ?).

Voyons de plus près ce qui ressort de ce colloque, un colloque certes marathon, car étalé sur trois jours - pluridisciplinarité oblige -, mais un colloque qui a pris le temps de la réflexion, de la discussion, de l'échange, et dont le rythme, contrairement à la plupart des colloques, ne s'apparente pas à une course contre la montre.

Je tiens à féliciter très vivement les dynamiques organisatrices de cette belle manifestation, Cathy Pomart, Sophie Geoffroy et Céline Kuhn, pour leur initiative, leur pugnacité (et il en fallait pour surmonter les innombrables difficultés de la pluridisciplinarité !) et le choix des thèmes ainsi que des intervenants.

Des intervenants qui se sont tous impliqués pleinement dans cette manifestation en livrant le meilleur de leur science et de leur expérience. Je tiens à leur adresser des remerciements très appuyés, plus appuyés encore à l'endroit des participants venus de loin.

La maternité évoque d'emblée certaines évidences.

Nous sommes tous issus d'une mère et d'un père. Dans *La vie devant soi* de Romain Gary, Momo observait : « *tout ce que je savais, c'est que j'avais sûrement un père et une mère, parce que là-dessus la nature est intraitable* ».

Si l'identité du père peut être incertaine, celle de la mère ne l'est pas : *mater semper certa est !*

La maternité est à l'origine du monde tel que nous le connaissons, au moins depuis Adam et Ève, et nous ne voyons pas comment elle pourrait ne pas être son avenir. C'est probablement pourquoi, dans l'inconscient collectif alimenté par les contes de fées, que nous a poétiquement rappelé Céline Kuhn, le Prince et la Princesse se marièrent et eurent toujours beaucoup d'enfants. On ne naît pas mère, on le devient... par un certain déterminisme social.

La maternité s'inscrit dans le temps, celui de l'humanité dont elle engendre les générations, passées et futures, celui de la mère également qu'il convient d'accompagner dans cette œuvre, sinon cette épreuve.

Le droit s'en fait évidemment l'écho, spécialement le droit social, au travers de multiples dispositions et dispositifs protecteurs qui tendent, pour certains d'entre eux liés à l'accueil de l'enfant et non à la grossesse, à être étendus au père au nom du sacro-saint principe de non-discrimination. Le rôle du père a changé, il est naturel que le droit accompagne cette évolution.

Les rapports du droit et de la maternité ont évolué avec la science et la société ou, devrais-je dire, « les sociétés » après les propos éclairants d'Éléonore Cadou sur les sociétés de la Zone Océan indien. Le mystère de la conception a pendant longtemps conduit le droit à s'appuyer sur des présomptions. C'est pourquoi l'enfant légitime a, depuis toujours, bénéficié des faveurs de la loi, encourageant du même coup, en pratique, les imaginations les plus débridées.

Sous l'Ancien Régime, l'Église catholique n'enseignait-elle pas que le diable pouvait commanditer certaines de ses créatures, les incubes (démons masculins, par opposition aux succubes, démons féminins, diablasses), pour qu'elles fécondent des femmes pendant leur sommeil sans qu'elles s'en rendent compte ?

De la même façon, sur la durée de la grossesse, on sait que la loi considère aujourd'hui et depuis 1804 que l'enfant est présumé avoir été conçu dans le mariage s'il naît soit 180 jours au moins après la célébration du mariage, soit 300 jours au plus après sa dissolution. Ces délais, fondés sur les constatations scientifiques relatives à la durée de la gestation, ont été posés par le législateur afin d'éviter que les juges ne fixent eux-mêmes la durée de la grossesse en fonction, soit de l'apparence physique de la femme, soit de l'état de l'enfant à sa naissance. Sous l'Ancien droit, où de telles appréciations étaient encore possibles, certains juges avaient retenu des grossesses de plus de 12 mois... Actuellement encore, le droit islamique connaît la théorie de « *l'enfant endormi* » qui, après avoir été

conçu par le mari de la mère, a été tellement éprouvé par le décès de celui-ci qu'il n'est né que très longtemps après.

Je ne résiste pas au plaisir de relever ce fameux arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 13 janvier 1637 qui innocentait Madeleine d'Autemont d'Aiguemère, dont le mari était absent depuis quatre ans, de toute accusation d'adultère et déclarait légitime l'enfant qu'elle venait d'avoir : « *s'étant imaginé en songe la personne et l'attouchement du dit Sieur d'Aiguemère, son mari, elle reçut les mêmes sentiments de conception et de grossesse qu'elle eût pu recevoir de sa présence* ». Les médecins avaient d'ailleurs largement contribué à la solution puisque la docte Faculté de Médecine de Montpellier, consultée dans cette affaire, soutenait « *qu'on suppose que la nuit du songe de la dame d'Aiguemère était une nuit d'été, que sa fenêtre était ouverte, son lit exposé au couchant, sa couverture en désordre et que le zéphyr du sud-ouest, dûment imprégné de molécules organiques, d'insectes humains, d'embryons flottants, l'avait fécondé* ».

Le mystère un peu poétique a cédé la place au cartésianisme de la science et le droit de la filiation repose aujourd'hui largement, mais non exclusivement, sur la vérité biologique et son corollaire, l'expertise éponyme qui, depuis un arrêt du 28 mars 2000, « *est de droit, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ».

Si la maternité a toujours entretenu des liens étroits avec la science, l'accélération de ses découvertes pose des problèmes d'éthique et de bioéthique redoutables.

Pour certains, le droit doit s'adapter au fait, spécialement au fait scientifique et à l'évolution des mœurs. Le droit suit l'évolution de la société, en adopte les contours et en accompagne les désirs. C'est ainsi que depuis 1978, plus de quatre millions d'enfants sont nés d'une assistance médicale à la procréation. La technique fascine, nous a expliqué Marion Girer, car elle rend tout ou presque possible.

Pour d'autres, l'adaptation du droit au fait est un mythe<sup>2</sup>. Le droit n'est pas neutre et n'a pas à l'être. Le jugement de valeur est une étape décisive de la réflexion juridique et la politique juridique exprime cette liberté de jugement.

Comme souvent, le droit oscille entre ces deux tendances et recherche un compromis entre, d'une part, des valeurs qu'il serait dangereux de sacrifier et, d'autre part, des impératifs scientifiques et médicaux qu'il est impossible d'ignorer. C'est pourquoi le législateur cède souvent à la tentation d'affirmer des principes protecteurs qu'il s'évertue ensuite à vider discrètement de leur substance au moyen d'exceptions toujours plus nombreuses.

---

<sup>2</sup> C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251.

La maternité évoque également les rapports entre conjugalité et parentalité. Pendant longtemps, conjugalité et parentalité se fondaient dans le mariage. Sous ses différentes formes, le mariage apparaît depuis des millénaires comme le cadre « légal » des relations entre l'homme et la femme et le cadre « naturel » de la procréation. Il est, par nature, l'acte fondateur de la famille. Sa finalité est dans la procréation, donc la parentalité. Son but est la création d'un lien de filiation. La conjugalité se prolonge ainsi par la parentalité, d'où la présomption de paternité elle-même fondée sur le devoir de fidélité.

En cela le PACS et *a fortiori* le concubinage diffèrent fondamentalement du mariage. Le PACS trouve sa fin en lui-même, c'est-à-dire dans la relation sexuelle des partenaires, sans engagement de fidélité, sans projet parental, sans enfant, puisque le PACS n'ouvre par lui-même aucun droit à l'enfant. Le PACS a institué en droit français une dissociation entre conjugalité et parentalité, entre le couple et la famille<sup>3</sup>. La filiation est désormais indépendante du mode de conjugalité, ainsi que le rappelle l'article 310 du Code civil : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ». La distinction n'est plus entre la naissance *en mariage* et *hors mariage*, mais entre les enfants *dont la filiation est légalement établie* et ceux dont elle ne l'est pas. Le lien de filiation est désormais unique et indépendant du mode de « conjugalité » des parents.

L'assimilation est-elle pour autant complète ? Au regard de la filiation elle-même, l'opposition classique demeure en filigrane. La loi peut marteler autant de formules symboliques qu'elle souhaite, il reste – et restera – toujours une différence entre la filiation légitime et naturelle tenant au mariage des parents. Dans un cas les parents sont mariés et l'enfant de la mère est présumé avoir pour père le mari, dans l'autre cas les parents ne sont pas mariés et la filiation paternelle ne saurait être établie aussi simplement. L'établissement de la filiation légitime et celui de la filiation naturelle sont donc gouvernés par des règles différentes que la loi ne peut – et ne pourra – effacer sans abroger le mariage et le devoir de fidélité qui en découle.

De là, les inextricables difficultés du mariage homosexuel. Imagine-t-on une présomption de co-maternité dans le couple homosexuel marié, fondée sur un devoir de fidélité que l'acte de procréation commande, par nature, de transgresser ? Elle devrait donc être irréfragable et aux antipodes de la vérité biologique, fondée sur la seule volonté individuelle. La filiation n'a plus rien de naturel, elle devient volontaire. Ce pas a été franchi par la loi québécoise sur le partenariat enregistré qui a créé des présomptions de co-maternité et de copaternité au sein des couples enregistrés permettant de rattacher l'enfant né de l'un des partenaires à l'autre « parent ».

---

<sup>3</sup> T. REVET, *La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, RTD civ. 2000, p. 173.

La maternité évoque également les rapports entre parenté et parentalité que Cathy Pomart a brillamment analysés.

Le terme « parenté » vient de *pario* qui signifie engendrer. Il renvoie donc à la biologie et à la filiation.

Le terme parentalité est un néologisme dont la signification est plus floue. Il désigne la fonction « parentale » consistant en la prise en charge, la protection et l'éducation de l'enfant<sup>4</sup>. Cette fonction appartient naturellement aux père et mère de l'enfant, mais d'autres personnes peuvent être amenées à l'assumer, tant en droit (délégué de l'autorité parentale, titulaire de la *kafala* en droit musulman...) qu'en fait (le beau-parent, le conjoint ou partenaire du père ou de la mère de l'enfant).

La tentation juridique contemporaine, à laquelle ne résiste pas le mariage homosexuel, est de faire du beau-parent ou du tiers un parent, au risque de fausser les relations familiales et de remettre en cause les fondements mêmes de l'identité individuelle de l'enfant et, spécialement, la sexualisation de ses origines.

Notre droit de la famille accepte aujourd'hui :

- des mensonges (reconnaisances de complaisance) ;
- des artifices (PMA qui font de la mère qui accouche la mère de l'enfant, même si aucun lien ne la rattache à l'enfant, ou qui font du mari de la mère le père de l'enfant alors que celui-ci est né des gamètes d'un tiers donneur) ;
- des détournements de lois et d'institutions (mères porteuses à l'étranger, adoptions...).

Faute de statut du beau-parent, ce qui n'est que « parentalité » et devrait le rester tend à devenir « parenté ». Le droit contemporain tend à créer des liens de filiation, donc des liens de parenté, pour « donner » au couple un enfant et peut-être pas tant pour donner à l'enfant une famille.

La parentalité, qu'elle soit homosexuelle ou hétérosexuelle, n'est pas la parenté. En créant de fausses parentés, ou des parentés artificielles, non seulement on dissout la parenté dans la parentalité (comme on a dissout le mariage dans la conjugalité), mais on fait de la filiation un simple « *lien de droit entre un enfant et des adultes jouant le "rôle" de parents* »<sup>5</sup>.

La maternité évoque enfin un pluriel. Il n'y a pas *une* maternité, mais *des* maternités, toutes différentes les unes des autres : maternités naturelles et moins naturelles, maternités précoces ou tardives, maternités provoquées (PMA), subies

---

<sup>4</sup> P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, n° 1431.

<sup>5</sup> *Ibid.* n° 1434.

(viol) ou refusées (contraception, IVG...), maternités pour soi, pour le couple, pour autrui, de substitution, maternités « greffées » et volontaires (adoption...), maternités détournées, etc.

Mais derrière cette diversité foisonnante se dressent certaines constantes que les communications et débats de ce colloque ont permis de mettre en lumière.

La maternité naît d'abord d'un désir. Elle s'épanouit ensuite au travers de l'autre. Elle livre enfin sa promesse originelle en donnant la vie. La maternité est donc tout à la fois un désir (I), une liberté (II) et une vie (III).

## **I.- Un désir**

La maternité est d'abord un désir. Tout commence, en principe, par le désir de l'autre, c'est-à-dire de son partenaire, pour se poursuivre par le désir d'un autre – non d'un autre partenaire ! –, mais d'un enfant.

Le désir de l'autre (A) précède, mais pas toujours il est vrai, le désir d'un autre (B).

### **A.- Le désir de l'autre**

Le désir de l'autre est le désir d'entretenir des relations sexuelles avec son partenaire. Généralement, et depuis l'aube des temps, la maternité commence par là. On nous a même fait croire, par le truchement d'une pomme, que cet amour-là était coupable... Mais si nous sommes là aujourd'hui, c'est que nos parents ont su fort heureusement surmonter cet obstacle moral.

Notre société judéo-chrétienne a toujours éprouvé un certain malaise à l'égard du désir sexuel, préférant l'évoquer en termes de devoir, spécialement de devoir conjugal (*debitum conjugale*), la fameuse *copula carnalis* (l'union des chairs).

Encore faut-il distinguer cette union des chairs dans le mariage et dans le PACS.

#### **1/ Dans le mariage**

La communauté de lit – ou devoir conjugal – n'est consacrée par le Code civil que sous les traits pudiques et désincarnés du devoir de communauté de vie.

Le droit canonique était plus explicite puisqu'il considérait que chaque conjoint avait un droit de servitude sur le corps de l'autre et que le mariage n'était définitivement formé et, dès lors, indissoluble, qu'à partir du moment où il était consommé. La consommation était une condition de perfection du mariage. Au



Moyen-Age, certains maris, qui refusaient de connaître charnellement leur épouse, avaient même été condamnés sous astreinte à honorer leur épouse deux fois par semaine...

Aujourd'hui encore, le refus d'accomplir ce devoir constitue, en principe, une faute pouvant justifier le prononcé du divorce et la condamnation à des dommages-intérêts.

Par exemple, un divorce a été prononcé au profit de la femme au motif que la non-consommation du mariage résultait du manque d'initiative du mari lequel n'avait pas recherché, durant les six mois de vie commune, à triompher d'une défaillance peut-être passagère (Civ. 2<sup>e</sup>, 29 mars 1973).

Mais il convient d'être nuancé dans ce domaine qui touche d'aussi près l'intimité du couple. L'abstention, tout d'abord, peut être justifiée par des raisons médicales, d'âge avancé ou même, par un accord entre les époux dont la jurisprudence a admis la validité. Encore faut-il le prouver. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 1997 approuve les juges du fond d'avoir prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse au motif que son refus pendant plus d'une année de « *relations intimes n'était pas justifié par des raisons médicales suffisantes* ».

L'abstention peut même devenir un devoir, sanctionné du crime d'empoisonnement, lorsque l'un des conjoints risque de compromettre la santé de l'autre (maladie vénérienne, VIH...).

À l'inverse, l'exécution de ce devoir peut devenir fautive. Pendant longtemps, au nom du devoir conjugal, la jurisprudence refusait de sanctionner le viol commis entre époux. Elle est heureusement revenue sur sa position en 1984 en acceptant de qualifier de viol les relations sexuelles imposées par un époux à sa femme (l'inverse s'étant rarement produit...). La jurisprudence décide désormais que la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire (Crim., 11 juin 1992). Autre illustration : un arrêt de la Chambre criminelle du 16 mai 2007 où est rejeté le pourvoi faisant valoir « *que l'élément de contrainte ne saurait se déduire du fait, pour l'épouse, d'accepter, dans le cadre du devoir conjugal, "en se laissant faire", des rapports sexuels non désirés avec son mari* ». Forcer le désir de l'autre peut donc être constitutif d'un viol !

## **2/ Dans le PACS**

Aux termes de l'article 515-1 du Code civil, le PACS a pour objet d'organiser la « *vie commune* » des partenaires. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 novembre 1999, a précisé que « *la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; qu'elle suppose, outre une*

*résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit visent à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ».*

L'hypocrisie de la loi était d'avoir cherché à dissimuler la véritable nature des relations entre les partenaires d'un PACS en affirmant que le PACS n'est pas un mariage et qu'il n'envisage pas de relations charnelles entre les partenaires.

Mais si le PACS n'est pas un mariage, comment expliquer qu'il ne puisse pas être conclu entre 3 ou 4 personnes ? Tout simplement par rejet de la polygamie ! Comment expliquer qu'il ne puisse pas être conclu entre ascendants et descendants ou entre frères et sœurs ? Par l'interdiction de l'inceste ! Comment expliquer qu'une personne déjà mariée ne puisse pas conclure un PACS sans violer l'obligation de fidélité qui s'impose aux époux ? Tout simplement parce que le PACS scelle une union sexuelle et oblige les partenaires à avoir une relation sexuelle entre eux, comme le mariage.

Le PACS est bien une forme de mariage. Le législateur n'a pas eu le courage politique de l'affirmer. Il est revenu au Conseil constitutionnel le soin de le dire haut et fort. De cette réécriture de la loi découlent plusieurs intérêts :

- Un intérêt symbolique est tout d'abord attaché à cette qualification d'union sexuelle : le PACS, même si le législateur s'en est défendu, est bel et bien l'équivalent d'un mariage.
- À cet intérêt symbolique s'ajoute au moins un intérêt pratique : le refus d'avoir des relations sexuelles avec son partenaire pourrait être considéré comme une faute justifiant, le cas échéant, la condamnation au paiement de dommages-intérêts lors de la rupture du pacte.

Mais si le PACS est *un* mariage, il n'est pas *le* mariage<sup>6</sup>, faute d'obligation de fidélité. Le mariage ouvre sur la maternité, le PACS ne l'accueille qu'incidemment.

La maternité commence par le désir de l'autre et se poursuit par le désir d'un autre, le désir d'un enfant.

### **B.- Le désir d'un autre (le désir d'enfant)**

Le désir d'un autre est le désir d'enfant dans sa double composante positive (je veux un enfant) et négative (je ne veux pas d'enfant).

---

<sup>6</sup> Selon l'éclairante opposition de T. REVET (chron. préc.).

## 1/ Je veux un enfant

« *Je veux un enfant et j'y ai droit* » ! Le passage du désir au droit s'accomplit dans l'inconscient collectif et se traduit dans le discours de certaines femmes, ainsi que nous l'a expliqué le Pr. Boukerrou. Ce droit est-il réel ? Existe-t-il un droit à l'enfant ? Un *droit à la maternité* ?

L'une des tendances contemporaines du droit est d'ériger les désirs individuels en droits subjectifs, en *droits à...* pour les soumettre au pouvoir des volontés individuelles.

On sait combien la définition du droit subjectif est controversée chez les juristes. Intérêt juridiquement protégé pour Jhéring, pouvoir de volonté selon Savigny, « appartenance-maîtrise » pour Dabin, prérogative reconnue à l'individu... quelle que soit la définition retenue, la maternité s'accorde mal avec cet habit très – trop ? – subjectif dont certains entendent la revêtir.

De ce point de vue, médecin et juriste sont tombés d'accord.

Pour le Pr. Boukerrou, la maternité n'est pas un droit, mais « *une fonction normale de l'organisme qui peut dysfonctionner* ».

Pour le Pr. Vialla, la maternité n'est pas un droit, mais une « *liberté fondamentale* », car ce prétendu droit ne saurait être rendu opposable. Le prétendu droit à la maternité a probablement un titulaire : la mère (mais à partir et jusqu'à quel âge ?), voire les mères ou les pères si l'on se projette dans le mariage homosexuel. Mais ce prétendu droit a-t-il un débiteur, quelqu'un à qui il puisse être opposé et qui serait tenu d'y satisfaire ? Serait-ce l'État, le médecin ? Ceux-ci seraient-ils tenus d'une obligation de moyens ou de résultat ? Quelle serait la sanction en cas d'inexécution ? Dommages-intérêts ou exécution forcée en nature ? L'adoption doit-elle devenir un mode d'exécution forcée des obligations ?

Je partage entièrement ces réticences. Il n'existe pas un droit à la maternité parce que la maternité est d'essence naturelle et qu'elle appartient de façon égalitaire à toutes les femmes. La maternité constitue en cela une liberté de la femme.

Passer de la liberté au droit suppose l'admission d'une revendication et d'une action en justice pour la défendre. Or, les revendications actuelles ne peuvent porter sur la maternité elle-même, mais seulement sur certains moyens susceptibles de la développer : PMA, adoption, mères porteuses, etc.

Il existe sans doute, sous certaines réserves que nous ont développées plusieurs intervenants, un droit à la PMA ou un droit à l'adoption, mais ces droits n'ont rien de fondamentaux. Ils sont techniques et encadrés par le législateur comme l'est, par exemple, celui du chômeur à l'égard de l'assurance-chômage et du Pôle emploi ou du malade à l'égard de l'assurance-maladie. Marion Girer a fort

bien démontré que la loi refusait le recours à l'AMP en cas de « stérilité sociale » au motif que le droit à l'AMP se calque sur une liberté naturelle qui n'a pu aboutir. Le droit singeant ici la nature, le droit à l'AMP n'est ouvert qu'aux couples. Les mêmes raisons conduisent à refuser la conservation d'ovocytes « de convenance ».

## 2/ Je ne veux pas d'enfant

La femme peut-elle refuser d'être mère ? Céline Kuhn nous a développé la contraception, l'IVG, la stérilisation, autant de moyens permettant à la femme ne désirant pas d'enfant de refuser sa maternité.

Rien de nouveau ici si ce n'est le fondement présenté par Céline Kuhn qui en a surpris plus d'un dans la salle. L'accès à ces méthodes médicales et chirurgicales révèle (rait) le droit de la femme - et de la femme seule, majeure comme mineure - à disposer de son corps. Nous serions ainsi propriétaires de notre corps et l'IVG serait une sorte d'*abusus*, d'acte de disposition, à condition d'admettre que l'embryon n'est qu'une partie de la mère, *pars vicerum matris*.

Cette thèse, dont il est aisé de retrouver la source doctrinale<sup>7</sup>, s'appuie sur de solides arguments. Le corps humain est le substrat de la personnalité, laquelle est unique puisqu'elle n'existe qu'en un seul exemplaire. Elle constitue ainsi une valeur en ce qu'elle est rare et précieuse et mérite, à ce titre, l'établissement d'une relation d'exclusivité avec la personne, un monopole, donc une propriété. C'est ainsi que l'on est propriétaire de son corps comme on l'est de ses éléments et produits : la voix, la vie privée, l'image, etc.

Cette thèse n'implique pas pourtant que le propriétaire puisse tout faire avec son corps. En particulier, il ne peut pas l'aliéner, car le lien qui unit le corps à la personne est indissoluble. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une personne soit propriétaire de son corps sans en avoir conscience (enfant, incapable). Ces personnes sont titulaires de droits même si elles ne peuvent toujours les exercer (incapacités). Un enfant de trois mois peut ainsi hériter d'un immeuble ou d'une entreprise sans avoir la moindre conscience du bien dont il s'agit.

Cette thèse s'oppose néanmoins à une autre, plus courante, selon laquelle nul n'est propriétaire de son corps, car le corps est la personne. Je ne suis pas propriétaire de mon corps parce que mon corps c'est moi. Or, la propriété suppose une altérité entre le sujet et l'objet.

D'où le principe d'indisponibilité du corps humain qui ne se confond pas avec celui d'extra-patrimonialité de ses éléments et produits.

Les débats ont aussi révélé la profonde inégalité qui règne entre l'homme et la femme sur le désir d'enfant. C'est la femme - et la femme seule - qui décide !

---

<sup>7</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, 2006.

Le refus d'être mère n'est pas constitutif d'une faute au regard du divorce (C. civ., art. 242)

En matière d'accouchement sous X, Madame Le Boursicot nous a confirmé que le père était souvent le dernier informé. S'agissant du droit d'accès aux origines personnelles de l'enfant, tout dépend des révélations de la mère !

À une époque où l'on brandit volontiers l'étendard des droits fondamentaux et l'un de ses principes majeurs, celui d'égalité, il faudrait sans doute rétablir un certain équilibre entre le droit de la femme et celui de l'homme. Le débat et les suites du mariage homosexuel y contribueront peut-être... Mais ici encore, le droit se calque sur la nature : c'est la mère qui porte, c'est elle qui décide !

## **II.- Une liberté**

La maternité apparaît comme l'expression, sinon d'un droit, du moins d'une liberté : liberté d'être mère, de ne pas être mère, de garder ou non l'enfant, liberté de choisir le père, ou les pères ou les mères, liberté de choix du moment de sa maternité, liberté de choix des moyens scientifiques et médicaux de la maternité... Une liberté qui s'accroît avec les progrès de la science et l'évolution des mœurs et qui rend, dans le même temps, son exercice plus difficile, plus périlleux, plus risqué.

Plus on est libre, plus on a le choix, et plus il est difficile de choisir et d'assumer ses choix. Au fur et à mesure que croît cette liberté s'alourdit son corollaire indissociable, la responsabilité.

De quelle(s) liberté(s), et donc de quelle(s) responsabilité(s), s'agit-il ?

- Il s'agit tout d'abord de la liberté de la recherche scientifique. Le législateur peut essayer d'encadrer la recherche et d'enrayer ses dérives, les injonctions de la loi, ses recommandations et mises en garde restent le plus souvent vaines. L'évolution de la science, qui n'est pas nécessairement signe de progrès, est inéluctable. La curiosité scientifique en est la source, l'expérimentation en fournit les moyens. Ce qui ne se fait pas en France se fait ailleurs. La science crée de nouvelles libertés et engendre de nouveaux risques.

C'est pourquoi une autre liberté vient en contrepoids.

- Il s'agit de la liberté de conscience de la mère, du père et, plus généralement, des parents ainsi que celle des médecins. Nous jouons à l'apprenti sorcier avec la vie humaine. Seule une conscience individuelle et collective peut en contrarier les dérives.

Une liberté de la science (A), une liberté de conscience (B), pour éviter la ruine de l'âme.

### **A.- Une liberté de la science**

La liberté de la science est difficile à cantonner. Le législateur s'y essaie depuis des années, mais, malgré les mises en garde, malgré les craintes, recule un peu plus à chaque nouvelle réforme tout en brandissant de grands principes pour mieux se rassurer.

Je ne prendrai qu'un seul exemple issu de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, celui de la recherche sur l'embryon conçu *in vitro*.

La recherche sur l'embryon humain conçu *in vitro* a été l'une des questions les plus débattues au Parlement depuis 2004. Deux courants dominants s'y sont affrontés : l'un favorable à une autorisation encadrée des recherches sur l'embryon et ses cellules souches, l'autre prônant le maintien du principe d'interdiction des recherches, assorti de dérogations. Les arguments ne manquaient pas dans les deux camps, sur fond de *lobbying* de certains milieux scientifiques et de certains laboratoires pharmaceutiques.

En 2011, le législateur a toutefois jugé important – fût-ce au moyen d'une très courte majorité de trois voix – de maintenir le principe d'interdiction de la recherche embryonnaire, au moins à titre symbolique, en raison de l'appartenance de l'embryon humain à l'humanité. Mais le régime dérogatoire au principe d'interdiction a été maintenu et refondu. La recherche ne peut être menée que sur des embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une AMP à la condition qu'ils ne fassent plus l'objet d'un projet parental. Les « parents » doivent consentir expressément à faire un don à la recherche et leur consentement est révocable sans motif tant que les recherches n'ont pas commencé.

Le principe d'interdiction aura toutefois fait long feu. À la faveur de la loi n° 2013-715 du 6 août 2013, issue d'une proposition déposée au Sénat dans le cadre d'une niche parlementaire, l'exception est devenue principe<sup>8</sup>. Le nouvel article L. 2151-5 du Code de la santé publique supprime le principe d'interdiction et lui substitue un régime d'autorisation encadré de la recherche sur l'embryon. Malgré cet encadrement dont les conditions ont d'ailleurs été bien édulcorées (à commencer par la bien vague « finalité médicale » qui a remplacé la recherche de « progrès médicaux majeurs »<sup>9</sup>, la liberté de la recherche sur matériau humain a nettement progressé. Et ce n'est pas le Conseil constitutionnel qui, tout en

---

<sup>8</sup> L. LAMBERT-GARREL et F. VIALLA, « L'exception devient principe : à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », *D.* 2013, 1842.

<sup>9</sup> V. J.-R. BINET, « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », *JCP G* 2013, 905 ; comp. X. BIOY, « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », *AJDA* 2013, p. 2204.

rattachant symboliquement la protection de l'embryon au principe de dignité humaine, la freinera<sup>10</sup> !

Mais la liberté de la science ne saurait prospérer sans une liberté de conscience.

## **B.- Une liberté de conscience**

La liberté de conscience pèse, plus qu'elle ne libère, sur le médecin (1) et sur les parents (2).

### **1/ Conscience du médecin**

La conscience du médecin est appelée à se manifester en de multiples occasions lors de l'exercice de son art. Le médecin est confronté à des problèmes d'éthique et de conscience qui mêlent des intérêts contradictoires. Le Pr. Boukerrou nous en a livré quelques illustrations topiques :

Est-il éthique de pratiquer une IVG ?

Faut-il accéder à la demande d'une femme d'obtenir une grossesse alors qu'elle risque d'en mourir ou qu'elle n'a pas la faculté d'élever un enfant ?

Faut-il pratiquer la grossesse pour autrui ?

Faut-il pratiquer une PMA sur une femme de 50, 60 ans ? La patiente veut, le médecin peut... doit-il le faire ?

« *Un homme ça s'empêche* », a rappelé François Vialla !

À cela s'ajoute, de manière générale, la liberté thérapeutique du médecin, la fameuse clause de conscience. La loi elle-même accorde au médecin un très large pouvoir d'appréciation de la légitimité des atteintes à l'intégrité physique de la personne. Souvenons-nous qu'au lendemain des lois bioéthique de 1994, l'article 16-3 du Code civil disposait : « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne* » (nous soulignons). En dehors de toute nécessité thérapeutique pour la personne, aucune opération chirurgicale ne devait pouvoir être réalisée sous peine d'engager la responsabilité civile, voire pénale, de celui qui la pratique. Ce texte avait soulevé d'importantes interrogations et suscité l'émoi de la communauté médicale.

*Quid* de la chirurgie esthétique ? Est-elle condamnée ou faut-il admettre qu'elle conduit à soigner la santé psychique de la personne ? L'argument, sans doute valable lorsqu'il s'agit de chirurgie réparatrice, devient moins convaincant à

---

<sup>10</sup> V. B. MATHIEU, « Recherche sur l'embryon : une jurisprudence en demi-teinte (A propos de la décision n° 2013-674 DC du Conseil constitutionnel du 1<sup>er</sup> août 2013 », *JCP G* 2013, 904.

l'égard de la personne qui se fait refaire le nez, les lèvres ou la poitrine... pour renforcer son apparente séduction ou remporter un banal concours de beauté. *Quid* de la médecine préventive dont l'objectif n'est pas thérapeutique puisqu'il n'est pas de soigner, mais de prévenir une maladie ? *Quid*, enfin, des interventions chirurgicales destinées à stériliser définitivement une femme par la ligature des trompes de Fallope ? La « nécessité thérapeutique » est pour le moins douteuse et, pourtant, malgré le désaccord de la communauté médicale sur la légitimité de cette intervention, de telles opérations étaient pratiquées (entre 25 000 et 30 000 actes de stérilisation par an en France). Aussi la question a-t-elle été posée à la Cour de cassation de leur légalité. Dans un avis rendu le 6 juillet 1998, elle a estimé que « *la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil* ».

L'exigence d'une « nécessité thérapeutique » était-elle excessive ? C'est ce qu'a estimé le Parlement qui, sous la pression des milieux médicaux<sup>11</sup>, a décidé par une loi du 27 juillet 1999 de substituer à l'adjectif « thérapeutique » celui, plus neutre, de « médical ». Désormais, la « *nécessité médicale pour la personne* » suffit à rendre légitime l'atteinte à son intégrité physique. Mais qu'est-ce que la nécessité médicale ? Il faut sans doute y ranger toute opération qu'un médecin estimera nécessaire pour la personne. Les médecins n'ont donc plus rien à craindre de la loi. Reste à espérer que n'aurons rien à craindre des médecins...

On ajoutera, pour clore cette liste non exhaustive de cas « légaux » de conscience du médecin, la question de la limitation du nombre d'embryons à concevoir *in vitro*. La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique invite à limiter le nombre d'embryons à concevoir *in vitro* et à conserver. L'article L. 2141-3 du Code de la santé publique dispose en effet que « *ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre* ». Elle ne donne qu'une directive à laquelle seule la pratique, si elle la respecte, peut donner corps. Mais la loi ne détermine pas elle-même le nombre d'embryons à concevoir et à conserver. Il avait été envisagé, lors des travaux parlementaires, de limiter à trois le nombre d'embryons fécondés, mais cette mesure, qui avait suscité de vives inquiétudes au sein de la communauté scientifique, fut très vite abandonnée. Il est donc probable que l'on continuera dans les faits à rencontrer des situations de fécondation en surnombre d'embryons dont le sort restera à régler. La conscience du médecin en constitue l'unique garde-fou.

## **2/ Conscience des parents**

La liberté de conscience du ou des parent(s) constitue également un important facteur dans la mise en œuvre des techniques scientifiques entourant la

---

<sup>11</sup> Cf. D. THOUVENIN, *D.* 2000, chron. p. 485, spéc. p. 487 *in fine*.



maternité. Ainsi en est-il, tout d'abord, du refus d'être mère par le choix d'une IVG. Céline Kuhn nous a en effet rappelé que la mère décide souvent seule, en son âme et conscience, de recourir à une interruption volontaire de grossesse. En amont, la même liberté de conscience autorise la femme enceinte à recourir au diagnostic prénatal. Face au risque croissant de dérives, le législateur de 2011 a réorganisé la procédure du DPN, avec le souci de donner à la femme une information claire et complète sur la gravité et la relativité de ce type de diagnostic. L'Assemblée nationale avait bien tenté de limiter la prescription du DPN en prévoyant de ne le proposer à la femme que si « *les conditions médicales le nécessitent* ». Mais le Sénat s'est opposé à cette restriction. Il a rétabli le principe d'une proposition de diagnostic à toutes les femmes enceintes, au motif que le choix doit leur appartenir. Fruit d'un compromis, le texte définitivement adopté renvoie donc à la conscience éclairée de la mère en prévoyant que « *toute femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande, à des examens de biologie médicale et d'imagerie permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse* » (CSP, art. L. 2131-1-II). Une nouvelle information lui est ensuite délivrée une fois les examens réalisés afin de lui permettre d'en comprendre les résultats. En cas de risque avéré, la femme enceinte et, si elle le souhaite, l'autre membre du couple, sont pris en charge par un médecin et, le cas échéant ou à sa demande, orientés vers un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal où ils reçoivent, sauf opposition de leur part, des informations sur les caractéristiques de l'affection suspectée, les moyens de la détecter et les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né. Hors urgence médicale, la femme se voit alors proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse (CSP, art. L. 2213-1, al. 3).

Le dispositif met clairement l'accent sur l'information et la conscience de la femme enceinte pour espérer réduire les risques de dérives du DPN et lutter contre l'élimination massive de certaines maladies ou affections, en particulier la trisomie 21, par un recours systématique à l'avortement. Reste que, selon certaines statistiques, 96 % des cas de trisomie détectés en France donnent lieu à une interruption de grossesse. Faut-il pour autant le condamner ? Le désir d'enfant « parfait » n'est-il pas légitime ? Le législateur a préféré abandonner sa compétence normative au profit de la conscience<sup>12</sup>, médicalement éclairée, de la femme enceinte pour trancher des questions relevant de la sphère intime de la personne. Dans ces domaines sensibles, la liberté individuelle doit être préservée. La régulation par l'information vaut mieux que l'injonction ou l'interdiction. La liberté, à condition d'être éclairée, est le ferment de la responsabilité, notamment parentale.

---

<sup>12</sup> V. D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, T. 235, 1993.

Peut-être est-ce cette idée qui, en filigrane, a conduit le législateur de 2011 à supprimer la condition de stabilité du couple candidat à une AMP, élargissant ainsi le cercle des personnes pouvant y recourir. On sait qu'auparavant, seuls les couples mariés ou les couples hétérosexuels justifiant de deux ans de communauté de vie pouvaient avoir recours à l'assistance médicale à la procréation (CSP, art. L. 2141-2). La loi nouvelle maintient les exigences d'un couple, hétérosexuel, en âge de procréer, mais supprime la condition de deux ans de communauté de vie pour les couples non mariés, abandonnant ainsi à la conscience du couple la décision de procréer au moyen de la science. Reste que l'on pourra toujours se demander avec Marion Girer comment vérifier qu'il s'agit bien d'un couple...

Enfin, c'est aussi la maternité pour autrui à l'étranger, ce « tourisme procréatif » dont Elise Ralser nous a révélé les arcanes, qui repose à la fois sur la diversité des droits nationaux et la conscience des « parents ». Faut-il entrer en résistance, comme le fait encore la Cour de cassation à l'endroit des couples homosexuels ? Ou faut-il s'aligner et autoriser la maternité pour autrui ? À titre gratuit, au nom de l'extra-patrimonialité du corps humain, ou à titre onéreux, au nom du principe selon lequel tout travail mérite salaire ? Après le « mariage pour tous », ce sera probablement l'occasion d'un nouveau combat sur fond d'égalité et de non-discrimination... Mais que deviendra alors l'intérêt de l'enfant, celui vers lequel est conçue la maternité ?

### **III.- Une vie**

La maternité est enfin une vie, celle de l'enfant, l'enfant sur l'intérêt duquel est centré tout le droit de la famille. Notre droit de la famille est un droit pédocentrique. L'intérêt supérieur de l'enfant en constitue la boussole qui définit le principe de toute solution.

Apprécier cet intérêt se révèle souvent être un exercice difficile, voire divinatoire. L'intérêt de l'enfant est une notion floue et évolutive, ainsi que nous l'a rappelé Cathy Pomart. La difficulté s'accroît lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt d'un enfant à naître, car il faut alors développer une conception abstraite de cet intérêt, conception sur laquelle un consensus social ne s'opère pas nécessairement. Il s'opère d'autant moins que l'intérêt de l'enfant à naître heurte celui de personnes bien nées et vivantes.

Le droit *de* l'enfant se heurte au droit *à* l'enfant.

Deux tendances contradictoires se manifestent ainsi s'agissant de la troisième personne qu'est l'enfant. Placé au centre du droit, l'enfant est sacralisé (A). Identifié comme objet de désir, l'enfant est réifié (B).

## **A.- L'enfant sacralisé**

L'intérêt de l'enfant, fut-il à naître, n'est pas exclu de la réflexion juridique, loin s'en faut. Marion Girer l'a développé : l'AMP n'est jamais de convenance ; elle répond toujours à une finalité thérapeutique et tend à se calquer sur la nature tant l'intérêt de l'enfant est présumé coïncider avec la situation naturelle. D'où l'exclusion, par la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011, de l'homoparentalité médicalement assistée et de la monoparentalité médicalement assistée (notamment refus de la procréation post-mortem). La même préoccupation a conduit la Cour de cassation<sup>13</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>14</sup> à refuser l'adoption, au sein d'un couple homosexuel, de l'enfant du partenaire au motif que cette adoption priverait le parent par le sang de l'autorité parentale (art. 365 C. civ.). C'est encore le principe « naturel » d'altérité sexuelle qui fonde le refus par la Cour de cassation de reconnaître les adoptions homoparentales prononcées à l'étranger<sup>15</sup>. Pour la Haute juridiction, la sexualisation de l'état civil français doit être maintenue dans l'intérêt de l'enfant.

Mais sacraliser l'enfant, au travers d'une conception « naturelle » et souvent abstraite de son intérêt, n'est pas sans danger ni effet pervers. En témoigne notamment l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1993 qui a provoqué, selon Madame Le Boursicot, un essoufflement de l'adoption internationale. Une trop grande protection de l'enfant, fût-elle parfaitement légitime, bloque les procédures et paralyse le mécanisme. Les candidats à l'adoption se tournent ailleurs. Celui que la loi protège (trop) devient victime de la loi.

Les effets pervers des lois sont nombreux, trop nombreux peut-être en ces domaines où aucune certitude n'est acquise. Ils alimentent alors d'autant plus les velléités d'individualisme où l'enfant, loin d'être sacralisé, est réifié en objet de désir.

## **B.- L'enfant réifié**

La réification de l'enfant n'est que le prolongement du mouvement contemporain de réification de la personne humaine. Le plus paradoxal est que cette tendance à considérer la personne comme un moyen et non comme une fin, à l'appréhender comme une chose, un instrument, se réalise sur fond de droits fondamentaux.

Conçus pour protéger la personne humaine, les droits fondamentaux servent aujourd'hui d'autres fins moins avouables. Ils sont le voile derrière lequel

---

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *Bull. civ.* I, n° 71.

<sup>14</sup> Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010.

<sup>15</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012, n° 11-30261.

s'abritent des aspirations individualistes, ils habillent d'un beau discours des tendances égoïstes.

De manière générale, les atteintes à la personne encadrées par le droit n'ont jamais été aussi nombreuses que depuis l'affirmation des principes de respect et de dignité de la personne humaine, comme s'il fallait se rassurer face aux atteintes et aux risques de dérives toujours plus nombreux engendrés par la société contemporaine.

L'enfant n'y échappe pas. Le mouvement de réification l'atteint au stade de la conception, mais aussi, une fois conçu, tant qu'il n'est pas né vivant et viable. Exceptionnellement, il concerne l'enfant né vivant et viable.

En voici quelques illustrations non exhaustives concernant l'enfant à concevoir (1), l'enfant conçu (2) et l'enfant né (3).

## **1/ L'enfant à concevoir**

L'enfant à concevoir est déjà partiellement réifié au travers de l'admission du « bébé médicament ». Il pourrait l'être davantage encore si le législateur venait à admettre l'adoption par un couple homosexuel, à libéraliser l'AMP ou à légaliser le recours aux mères porteuses. L'enfant sur commande est à portée de loi.

### **a) L'enfant médicament**

En admettant le « bébé médicament », la loi du 6 août 2004 réformant les lois de bioéthique a franchi un pas supplémentaire vers l'instrumentalisation de l'enfant, sa réification, même si les parents doivent être en principe animés d'un désir de parenté. La loi du 6 août 2004 admet en effet la possibilité de recourir à ce que les journalistes ont appelé le « bébé du double espoir » ou « bébé médicament ». Il s'agit pour les parents dont un des enfants est atteint d'une maladie incurable de concevoir un embryon pour lequel il sera pratiqué un diagnostic préimplantatoire afin qu'il soit indemne de la maladie. On opère ainsi une sélection des embryons afin d'en implanter un qui soit sain. À sa naissance, il sera possible de prélever dans le cordon ombilical des cellules-souches qui permettront peut être de guérir l'enfant malade.

À cette fin, il a été inséré dans le CSP un article L. 2131-4-1 ainsi rédigé :

*« Par dérogation au sixième alinéa de l'article L. 2131-4, et sous réserve d'avoir épuisé toutes les possibilités offertes par les articles L. 1241-1 à L. 1241-7, le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé lorsque les conditions suivantes sont réunies :*

*- le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ;*

- le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon *in utero*, conformément à l'article 16-3 du Code civil ;

- le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

La réalisation du diagnostic est soumise à la délivrance d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine, qui en rend compte dans son rapport public conformément à l'article L. 1418-1. Cette autorisation est subordonnée au respect des dispositions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2141-3 ».

La possibilité de pratiquer ce diagnostic préimplantatoire paraît très encadrée, mais il ne faut s'y tromper. Par exemple, que doit-on entendre par « *une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert* » ? On peut, en effet, estimer que le prélèvement de cellules souches dans le cordon remplit cette condition, mais, si ce prélèvement ne suffit pas et qu'il faille par exemple envisager des dons de moelle osseuse de l'enfant né du transfert au profit de son aîné, considérera-t-on qu'il y a atteinte à son intégrité physique ?

La difficulté tient ici à trouver un équilibre entre le respect de l'embryon et le droit pour les malades à ce que la médecine avance et trouve des thérapies. Il n'en reste pas moins qu'une nouvelle atteinte est portée à la protection de l'embryon par la loi.

Ce bébé du double espoir n'est en principe rien d'autre qu'un moyen technique de sauver une vie menacée. Mais Cathy Pomart nous a remarquablement montré les possibles détournements de cette institution, non sans en reconnaître le caractère compréhensible. Ici comme ailleurs, dès lors qu'il est question de souffrance, il faut se garder de juger hâtivement les comportements individuels.

## **b) L'enfant sur commande**

Les thuriféraires du mariage pour tous et, surtout, de ses corollaires à venir que sont l'adoption, l'AMP et les mères porteuses n'hésitent pas à brandir l'étendard des droits de l'homme, en particulier les principes d'égalité et de non-discrimination, au soutien de leurs prétentions. C'est d'ailleurs tout l'intérêt des droits fondamentaux que de permettre, sous couvert de beaux principes que personne ne songerait à contester, de démontrer et de revendiquer tout... ou son contraire. Il ne serait donc pas étonnant que, d'ici quelques années, le mariage

pour tous ait ouvert la voie de l'adoption pour tous, de l'AMP pour tous et des mères porteuses pour tous. On aura alors oublié qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est fondée sur des justifications objectives et raisonnables. On aura satisfait le désir d'enfant en transformant une liberté en un droit subjectif. On aura « donné » à un couple, voire à une personne seule, l'objet de son désir. Enfin, on aura réifié l'enfant sur l'autel des aspirations individuelles transformées en droits.

La réification vise l'enfant à concevoir, mais aussi l'enfant conçu.

## **2/ L'enfant conçu**

Qu'il s'agisse d'embryons congelés ou d'atteinte involontaire sur fœtus, l'enfant simplement conçu est loin d'être reconnu comme personne humaine. Son statut l'identifie davantage à une chose.

### **a) Embryons congelés**

Le tribunal administratif d'Amiens a dû se prononcer, le 9 mars 2004, sur la réparation du préjudice subi du fait de la perte d'embryon congelé<sup>16</sup>.

Dans cette affaire, un couple avait eu recours à la PMA. Après une ponction ovocytaire, le praticien réussit à obtenir 27 embryons ; il en sélectionna 12. Trois embryons furent réimplantés, ce qui conduisit à la naissance de filles jumelles. Les 9 autres embryons surnuméraires furent congelés en vue d'une future réimplantation. Mais, à la suite d'une fissure de l'enveloppe de la bonbonne d'azote liquide contenant les ovocytes, la température passa brutalement de – 196 degrés à – 15 degrés, ce qui rendit les embryons inutilisables.

Les « auteurs » des embryons ont agi en responsabilité contre le centre hospitalier et ont réclamé l'indemnisation de leur préjudice matériel et moral du fait de la perte des embryons. Le tribunal administratif d'Amiens a estimé que *« les ovocytes surnuméraires ne sont pas des personnes ; que, par suite, les époux T... ne sont pas fondés à se prévaloir de l'existence d'un préjudice moral résultant selon eux de la perte d'être chers »*.

Ainsi, parce que l'embryon congelé n'est pas une personne, sa perte ne peut pas être à l'origine d'un préjudice moral. Mais s'il n'est pas une personne, qu'est-il ? Une chose ? Pourtant, la perte de certaines choses n'ouvre-t-elle pas droit à indemnisation ? L'embryon congelé serait-il une chose sans valeur ?

La Cour administrative d'appel de Douai a, le 6 décembre 2005<sup>17</sup>, confirmé cette décision estimant que *« la perte d'embryons dont les requérants ne peuvent*

---

<sup>16</sup> TA Amiens, 9 mars 2004 : D. 2004, 1051, note X. LABBEE.

<sup>17</sup> D. 2006, IR, p. 180.

*sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquels est attachée une valeur patrimoniale, n'est source de préjudice indemnisable que pour autant que ce couple poursuit un projet de procréation auquel cette perte porte atteinte* » ; qu'en l'absence d'un tel projet, les demandeurs ne peuvent se prévaloir « *de la perte d'une chance d'être parent et du préjudice lié à la difficulté de mener une nouvelle PMA* ». L'embryon congelé n'est donc pas une personne, mais une chose. Il n'est pas non plus une chose sacrée comme l'est, par exemple, le cadavre humain. Il n'acquiert de valeur économique qu'au travers du projet parental dont il est l'objet. En son absence, il n'est rien, *res nullius*.

## **b) Homicide involontaire sur fœtus**

La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 a intégré, dans le Code pénal, une section intitulée « De la protection de l'embryon humain » (art. 511-15 à 511-25 CP). Il y est prévu une série d'infractions pénales visant à garantir l'intégrité de l'embryon. L'existence de textes propres à l'embryon humain laisse à penser qu'il existe un souci particulier de protection. Pourtant, c'est en tirant argument de l'existence de ces textes particuliers que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a refusé d'admettre qu'il puisse y avoir un homicide involontaire sur un fœtus.

Dans une espèce du 29 juin 2001<sup>18</sup>, un automobiliste sous l'empire d'un état alcoolique avait heurté un véhicule conduit par une femme enceinte de six mois. À la suite du choc, cette dernière perdit le fœtus qu'elle portait. L'automobiliste fut condamné pour blessures involontaires sur la personne de la mère, mais fut relaxé pour atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirma cette décision en estimant que « *le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, 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* ».

Dans une espèce du 25 juin 2002, une femme enceinte dont la grossesse était à terme depuis 7 jours entre en clinique pour son accouchement. Placée sous surveillance, elle signale à la sage-femme une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant. La sage-femme refuse d'appeler le médecin. Le lendemain, la même anomalie est révélée jusqu'à l'arrêt total des battements du cœur. Il fut établi ensuite que l'enfant était en parfaite santé et que seules les fautes commises étaient à l'origine de son décès. La Cour d'appel a déclaré la sage-femme coupable d'homicide involontaire mais son arrêt fut cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation appliquant la solution dégagée le 29 juin 2001 par l'Assemblée plénière.

---

<sup>18</sup> D. 2001, 2917, note Y. MAYAUD.

En revanche, lorsqu'à la suite d'un accident de la circulation une femme enceinte de huit mois, grièvement blessée, doit accoucher par césarienne, l'enfant né, mais n'ayant vécu qu'une heure a pu faire l'objet d'un homicide involontaire<sup>19</sup>.

Fondées sur une application discutable du principe d'interprétation stricte de la loi pénale et de l'adage *specialia generalibus derogant*, ces solutions témoignent de l'incapacité de notre droit – au moins pénal – à reconnaître l'enfant simplement conçu comme une personne humaine. La vie de l'enfant à naître n'est pas celle d'une personne. La vie humaine ne coïncide pas avec la personne humaine. La première précède la seconde et c'est le rôle de la maternité de transformer d'abord le néant en une chose puis la chose en une personne.

En refusant de voter l'amendement Garraud qui prévoyait que, lorsqu'une femme enceinte perd son enfant à cause d'un chauffard, celui-ci peut être poursuivi pour « avortement involontaire dû à un accident de la route », la représentation nationale a confirmé le choix jurisprudentiel de laisser l'enfant à naître en dehors de la protection pénale. Mais le paradoxe de ce silence législatif est qu'un animal est aujourd'hui mieux traité pénalement qu'un enfant conçu. Ainsi que le faisait remarquer Jerry Sainte-Rose, « *la situation est actuellement figée. Force est de constater que les pouvoirs publics qui n'ont même pas voulu assurer la protection pénale de la femme enceinte en cas d'interruption involontaire de grossesse, à l'instar de ce qui existe en Italie ou en Espagne, ont choisi de s'aligner sur la position de la Cour de Cassation. Il appartenait, me semble-t-il, à la représentation nationale de trancher le débat.*

*Le principe posé par l'article 16 du Code civil – texte d'ordre public qui affirme que "la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie" – est aujourd'hui vidé de sa substance. Et on ne peut que s'étonner qu'en France, la vie d'un animal domestique qui est un objet soit protégée pénalement contre les atteintes par imprudence (article R. 651-3 du Code pénal) alors que celle de l'enfant à naître, même au seuil de sa naissance, ne l'est pas. Qui est-ce alors que cet enfant ? Un déchet, une chose destructible sans destinée humaine ? »*

Il n'y a, pour l'heure, rien à espérer du côté de la Cour de Strasbourg. Interrogée sur la possibilité d'admettre l'homicide involontaire du fœtus, la Cour a estimé que le point de départ du droit à la vie relève de l'appréciation des États et qu'il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention<sup>20</sup>.

Ce n'est qu'à compter de la naissance que l'enfant acquiert le statut de personne, encore qu'il ne soit pas totalement à l'abri de toute réification.

<sup>19</sup> Crim., 2 déc. 2003 : D. 2004, 449, note J. PRADEL.

<sup>20</sup> Cour EDH, 8 juillet 2004, VO c/ France : JCP 2004, II, 10158, note LÉVINET.



### 3/ L'enfant né

Lorsqu'il est abandonné par sa mère à la naissance qui a choisi d'accoucher sous X, l'enfant n'est-il pas traité comme une *res derelictae*, une chose abandonnée ? Céline Kuhn l'a suggéré, à fort juste titre, même si ce statut n'est que passager et que l'enfant redevient vite une personne dans son droit d'accès à ses origines personnelles.

La maternité est un désir, la maternité est une liberté, la maternité est une vie.

Au terme de ce survol, les évidences se sont envolées.

La maternité n'est plus naturelle, elle devient volontaire, provoquée, contrariée, construite ou artificielle. Autrefois don de Dieu, l'enfant tend à devenir un don de la science que la mère accepte ou refuse.

La maternité suppose encore la rencontre de gamètes mâle et femelle, mais pour combien de temps quand on sait que des chercheurs sont récemment parvenus à obtenir un embryon à partir de deux gamètes femelle ?

La mère n'est plus certaine, parce qu'elle n'est plus toujours celle que l'on croit. *Mater semper certa est* est à renvoyer au Panthéon des maximes latines !

Au terme de ce survol, des craintes se sont avérées.

La maternité tend à entrer, grâce ou à cause de la science, sous l'emprise des volontés individuelles. Autrefois liberté naturelle de la femme, la maternité tend à devenir un droit subjectif, un droit à la maternité que revendiquent les femmes, mais aussi, au nom d'un principe d'égalité passablement dévoyé, les hommes et les couples de toute sorte et de tous âges.

L'adoption est en recul pendant que progressent l'AMP et la gestation pour autrui. L'enjeu n'est seulement celui du droit à *un* enfant, mais celui du droit à *son* enfant.

L'érection de ce droit à la maternité sera achevée lorsque la science sera en mesure de garantir à tout être humain une descendance, sa descendance. Les utérus artificiels gommeront les mères porteuses, la machine suppléera l'humain, la maternité ne sera plus charnelle, mais scientifique. Le meilleur des mondes, avions-nous dit ? Et si l'avenir de l'Homme, ce n'était plus la femme ?