



Le droit en matière de reproduction

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. Le droit en matière de reproduction : Une approche critique. Eric Fassin; Elsa Dorlin. Reproduire le genre, bibliothèque centre Pompidou, 2007, 978-2-84246-119-5. hal-01242305

HAL Id: hal-01242305

<https://hal.science/hal-01242305>

Submitted on 11 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit en matière de reproduction : une approche critique

Daniel Borrillo*

Si les juristes ne sont pas unanimes concernant l'existence effective d'un droit à procréer, il est certain, en revanche, que la faculté à refuser la procréation est bien établie dans l'ordre juridique national. Le droit de ne pas procréer existe pour les hommes depuis toujours, la vente de préservatifs masculins n'a jamais été interdite; en revanche, celle de contraceptifs féminins fut lourdement sanctionnée jusqu'à la loi Neuwirth du 28 décembre 1967.

Avec le remboursement de l'ivg en 1982 (date de sa prise en charge par la collectivité à travers la sécurité sociale), l'avortement passe du statut de liberté (simple dépénalisation) à un véritable droit opposable.

Sous son aspect négatif donc (droit à ne pas engendrer), cette prérogative est aujourd'hui incontestable aussi bien pour les hommes que pour les femmes même si, pour les premiers, il demeure, dans l'état actuel du droit, une inégalité du fait de devoir subir une parenté voulue uniquement par la femme. Nous y reviendrons.

Sous l'aspect positif, la reproduction prend la forme d'une liberté dès lors que les personnes concernées disposent de la capacité physiologique de se reproduire par les moyens traditionnels. Rappelons-nous que les inséminations artificielles artisanales sont sanctionnées pénalement par deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende¹.

Puisque l'engendrement par la voie charnelle n'implique pas une demande sociale, cette forme de reproduction n'est pas régulée par le droit, ce qui ne veut nullement dire qu'elle se trouve dépourvue de conséquences juridiques. En effet, le Code civil dispose que « *la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions* (article 311 du CC) ». De même l'article 310 dispose que « *s'il existe entre les père et mère de l'enfant un*

* Juriste, chercheur associé au CNRS, enseignant à Paris-Ouest Nanterre/La Défense.

Mettre à jour ce texte, en tenant compte des développements récents, impliquerait sa refonte. Il est ici publié tel qu'il a été prononcé en 2007 (N.D.A.).

1. Article 511-12 du Code pénal : Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 1244-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». Autrement dit, l'enfant issu d'un rapport incestueux n'aura légalement qu'un parent.

La liberté procréative peut donc être à l'origine de la filiation mais elle ne jouit pas d'un monopole en la matière. En effet, en tant qu'institution sociale, la filiation peut s'établir par la pure volonté d'un ou de deux adultes (filiation adoptive), par la possession d'état (se comporter comme parent durant un laps de temps) ou par la présomption de paternité (assumer l'enfant de sa conjointe comme le sien).

Pendant longtemps, l'appartenance familiale de l'enfant dépendait de la volonté du *pater familias* qui pouvait refuser l'enfant. Par rapport à la mère, tous les enfants étaient des enfants naturels qui se légitimaient par la volonté du mari, comme le note l'adage latin : *Mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant* (la mère est toujours certaine, le père est l'époux de la mère).

Il faut souligner qu'aujourd'hui nous nous trouvons dans la situation inverse : une copulation fertile fait le père, alors que c'est plutôt la volonté qui fait la mère (non seulement parce qu'elle peut interrompre la grossesse sans autorisation du géniteur, mais aussi parce que l'abandon de son enfant à la naissance est un acte légal : accouchement sous X²). Comme le note la doctrine :

« Si, dans l'ancien droit, l'accouchement, acte physiologique, désignait systématiquement la mère, la qualité sacramentelle du mariage devenait déterminante dans l'établissement de la paternité : seul méritait le nom de père celui qui alliait la procréation charnelle et la procréation spirituelle, c'est-à-dire l'époux : l'enfant conçu hors mariage (bâtard) n'avait qu'un géniteur³. »

2. Accouchement sous X : il est inséré, au début de l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, un alinéa ainsi rédigé : « 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

Le droit ne faisait autre chose que reproduire l'idéologie dominante qui rattachait le destin féminin à la nature et le destin masculin à la culture.

La réforme de 1972 a aboli la hiérarchie des filiations naturelle et légitime et a instauré le principe de « vérité » ; dans ce dessein, comme l'explique Danièle Huet, le législateur s'y est effectivement employé de deux manières : d'une part, il a élargi l'accès à la vérité biologique en levant les interdits, en refoulant les présomptions et en assouplissant les fins de non-recevoir qui, jusque-là, lui barraient la route⁴ ; d'autre part, il a facilité la preuve de la non-paternité, légitime aussi bien que naturelle, en généralisant le recours aux expertises sanguines et les tests d'ADN. Toutefois, la reproduction ne se confond pas avec la filiation, pas encore...

Outre l'exemple de l'adoption et de la possession d'état, l'accouchement anonyme ou l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec donneur de sperme sont des exemples paradigmatiques de reproduction sans filiation et de filiation sans reproduction.

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. » La Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Odièvre contre France* considère que l'accouchement sous X est conforme à la Convention du même nom : « La Cour note à cet égard que la requérante a aujourd'hui près de trente-huit ans, qu'elle a été adoptée dès l'âge de quatre ans, et que la levée non consensuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale. » L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages ». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français.

3. HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Danièle, *Traité de droit civil. La Famille*, Paris, LGDJ, 1993.

4. HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Danièle, *op. cit.*

De même, dans la filiation par don d'embryon, il existe une dissociation totale entre reproduction et filiation (plus complexe que l'adoption parce que, comme pour le don d'ovocyte, la mère juridique et sociale porte l'embryon et l'accouche).

Toutefois, cette dissociation entre engendrement et filiation est de plus en plus critiquée : la création en 2002 du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et l'évolution jurisprudentielle et légale en matière d'expertise biologique le montrent clairement.

La vérité biologique de l'engendrement éclipse de plus en plus la vérité affective et la volonté individuelle (y compris en matière d'adoption car une remise en cause de cette institution est à l'ordre du jour dans la doctrine des juristes et chez certains psychologues).

Non seulement les preuves génétiques mais aussi les nouveaux modes de procréation ont bouleversé la « culture civiliste de la filiation ». En effet, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000, l'expertise biologique est de droit et elle concerne tout procédé scientifique. Ceci implique que l'expertise biologique est pour les juges du fond un devoir sauf « motif légitime de ne pas y procéder » (par exemple dans les cas de filiation incestueuse ou lorsqu'il existe une possession d'état de plus de cinq ans). Si le droit permet à un individu de refuser de se soumettre à un tel examen, il est toutefois possible pour les juges d'interpréter ce refus comme une présomption de parenté.

Cette tendance à la « biologisation » de la filiation apparaît clairement exprimée dans les propos de l'avocate générale Cécile Petit lors des conclusions relatives à l'expertise biologique devant la Cour de cassation :

« L'incertitude identitaire quant à la filiation est pour un enfant source de graves déséquilibres sur le plan de la construction de sa personnalité. »

Cependant, selon les propos de l'avocate générale, ici, il ne s'agirait pas tant d'incertitude de la filiation que d'incertitude de l'engendrement. En effet, la vérité biologique prime aujourd'hui, même lorsqu'elle met en danger la certitude de la filiation juridiquement établie.

Le recours à l'expertise biologique s'est tellement banalisé que la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 février 2006, a produit un véritable retourne-

ment de la jurisprudence en autorisant comme preuve de l'adultère l'examen comparé des sangs des époux et de leurs enfants (au détriment de la stabilité des filiations). Il faut savoir que si la preuve génétique (ADN) est strictement encadrée par la loi et qu'aucun laboratoire ne peut en principe procéder à l'analyse génétique sans une décision de justice préalable, en revanche chacun a la possibilité de solliciter, de sa propre initiative (sans l'intermédiaire du juge), un examen sanguin auprès d'un laboratoire.

Droit à l'enfant ou droit de l'enfant ?

Les manuels de droit de la famille expliquent que l'AMP n'est pas un droit subjectif mais un acte médical. En effet, apparemment, seuls les couples qui ne peuvent pas engendrer auraient le droit de demander une assistance médicale à la reproduction⁵.

S'il est certain que la lettre de l'article L.2141-2 du Code de la santé publique fait explicitement référence à la stérilité comme condition *sine qua non* de l'AMP, une lecture plus approfondie de cet article nous permet de comprendre la finalité véritable de ce dispositif juridique. En effet, la loi, en se fondant sur une idéologie « naturaliste », cherche à imiter la reproduction biologique plutôt qu'à pallier la stérilité. Ainsi, en partant d'une fiction : la stérilité du couple (la stérilité réelle est toujours celle de l'individu et non pas celle du couple), la loi a créé un véritable droit à la procréation réservé uniquement aux couples de sexe opposé.

Au-delà de la question de la stérilité, soulignons que le droit permet également, depuis la réforme à la loi bioéthique de 2004, l'accès à l'AMP aux

5. Acte régulé par le Code de la santé publique, lequel établit dans son article L.2141-2 : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation. »

couples confrontés au problème de la transmission d'une maladie particulièrement grave entre eux ou à leur enfant. L'AMP avec donneur de sperme ou donneuse d'ovocytes est un système qui écarte légalement la vérité biologique au profit du projet familial. De surcroît, la réforme de 2004 prévoit la possibilité, pour les embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental, qu'ils soient accueillis par un autre couple hétérosexuel qui les adoptent. Les couples de même sexe ne peuvent pas y prétendre, la loi préfère incinérer les embryons que de les donner à un couple homosexuel.

La réforme de 2004 aurait pu constituer une bonne occasion pour rouvrir la discussion sur l'accès à l'AMP pour l'ensemble des couples, mais malheureusement la question du clonage a monopolisé le débat. Cette réforme aurait pu permettre d'élargir la fiction du « couple stérile » aux couples de même sexe. Ce ne fut nullement le cas. De surcroît, en 2006, une mission parlementaire a confirmé ce refus. Afin de justifier l'absence de mesures juridiques relatives à l'homoparentalité, la députée Valérie Pécresse (UMP), rapporteure de la Mission parlementaire d'information sur la famille et les droits des enfants, a avancé l'argument selon lequel il serait impossible de « toucher aux fondamentaux de la filiation qui, jusqu'à preuve du contraire, consistent en un père, une mère et l'enfant ». Cette justification n'est pas convaincante. Elle est non seulement contraire aux réalités sociologiques (comme le montre par ailleurs ce même rapport) mais aussi faux du point de vue juridique. Le rapport parlementaire va jusqu'à considérer l'homoparentalité comme une « filiation fictive sans réalité ni vraisemblance biologique ».

Or, à la différence du droit canonique, la règle civile est affranchie du biologique, elle peut même s'y opposer et institutionnaliser un « mensonge salutaire ». Il en va ainsi, comme nous l'avons souligné, de l'empêchement d'établir une double filiation lorsque l'enfant est issu d'une relation incestueuse ou encore de l'impossibilité de créer un lien de filiation à l'égard d'un tiers donneur de sperme lorsque le couple recourt à l'assistance médicale à la procréation. Autrement dit, le droit ne se trouve pas déterminé par les contingences de la biologie. S'opposer à l'homoparentalité, en invoquant la dimension biologique de la filiation ou son nécessaire caractère bisexué (ce qui revient au même), pourrait constituer une atteinte aux droits fondamentaux.

Au nom de la vérité biologique ou de l'intérêt de l'enfant à avoir deux parents de sexe différent, va-t-on dans le futur supprimer l'adoption par un individu seul ?

Va-t-on assigner un père à l'enfant né d'une mère célibataire contre la volonté de celle-ci ?

Va-t-on lever le secret sur les origines biologiques et imposer au donneur la présence d'un enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec donneur ?

Va-t-on libéraliser le marché de tests génétiques afin de rendre effectif le droit aux origines pour l'ensemble de la population ?

Va-t-on désormais faire de la capacité reproductive du couple une condition pour l'accès au mariage puisque comme le souligne la mission parlementaire « le mariage s'est construit autour de l'enfant » ?

Alors que l'homoparentalité s'accommode des exigences de la vision civiliste de la filiation (vision moderne), son refus, en revanche, mettrait en danger les principes qui la fondent. La modernité que nous connaissons, la modernité occidentale qui mène à la démocratie, se fonde politiquement et juridiquement sur la notion d'autonomie de l'humain. Autonomie, du grec : *autos nomos*, l'homme qui est loi (*nomos*) à lui-même (*autos*). L'homme est donc souverain et établit sa propre loi au lieu de la recevoir d'en haut et de l'autre, c'est-à-dire de la loi naturelle, d'un invariant anthropologique, de l'ordre symbolique ou tout autre principe transcendantal. L'homme est libre parce qu'il n'est plus obligé d'obéir à des règles qui lui sont imposées de l'extérieur (*eteros nomos*, hétéronomie), par l'Église ou par des experts qui prétendent connaître mieux que nous-mêmes ce qui est bien pour nous et nos enfants.

Une question de santé publique ?

Force est de constater également que, concernant l'AMP, l'objectif de santé publique recherché par cette technique ne profite pas à tous les individus. En effet, une vision universaliste de la loi aurait exigé qu'en 2004 le législateur se penche sur la question des inséminations artificielles faites de manière artisanale par des personnes qui ne peuvent pas accéder légalement à l'AMP, par exemple les femmes seules ou les couples homosexuels. Non seulement ces personnes continuent à encourir des risques sanitaires (transmission du VIH, hépatites...), mais les pratiques

d'insémination artificielle artisanale sont punies pénalement comme nous l'avons souligné. Le Code de la santé publique interdit aussi l'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don.

Plutôt que de donner une réponse réaliste et universaliste, le législateur a privilégié une conception idéologique de la reproduction au détriment d'autres projets parentaux basés sur des agencements familiaux moins traditionnels.

Le système de l'assistance médicale à la reproduction sous la forme médicale ne fait pas autre chose que reproduire un modèle social de la filiation qui exclut celles et ceux qui ne s'accommodent pas dudit modèle (il faut signaler que le statut de coparent ou de beau-parent proposé par le gouvernement, bien qu'il permette d'améliorer la question de l'autorité parentale, ne règle nullement la question de la filiation).

Face à ce régime « biologisant », face à cette vision trompeusement simpliste et nostalgique de la filiation fondée sur la différence des sexes, je propose l'instauration d'un véritable droit subjectif de la procréation, détaché de toute justification naturaliste et basé principalement sur la responsabilité individuelle, indépendamment du sexe des partenaires. Il ne faut pas oublier que la place centrale de la volonté dans le droit de la filiation est due à l'évolution du statut des femmes et de leur capacité à choisir le moment des naissances, le nombre d'enfants et de devenir mère avec un nouveau conjoint ou sans conjoint...

Cela implique non seulement l'ouverture de l'AMP pour tous les individus (seuls ou en couple : mariés, concubins ou pacsés) mais également la légalisation de la gestation pour autrui (GPA) permettant ainsi le contrat de maternité de substitution. Actuellement, le droit pénal considère la GPA comme un abandon d'enfant et punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double ».

Et comme la question dépasse les frontières nationales (de nombreuses personnes accèdent à la maternité de substitution en Amérique du Nord ou se font inséminer en Espagne, aux Pays-Bas ou au Royaume-Uni), il me semble impératif d'engager une réflexion internationale permettant la résolution des conflits en la matière, d'autant plus que la situation actuelle

demeure très inégale. Ainsi, dans l'affaire Blood, une femme qui n'avait pas pu obtenir en Angleterre une insémination *post mortem*, en l'absence de consentement de son mari dans le coma, a néanmoins réussi à obtenir l'autorisation de faire exporter les gamètes de celui-ci pour faire pratiquer l'opération en Belgique. Pour accéder à sa demande, les juges anglais se sont fondés sur le principe de la libre prestation de service, chose qui est heureusement impensable en France. Pour éviter cette vision marchande, il faut ancrer le droit de la filiation dans le droit des personnes et non pas l'abandonner au droit des biens.

Au niveau du droit international conventionnel, la situation n'est pas plus satisfaisante. En effet, ni la Convention de La Haye ni les conventions de la Commission internationale de l'état civil ne permettent de garantir les droits des personnes qui deviennent parents par AMP dans d'autres pays. Dans une telle situation, il est également inutile de se référer aux nombreuses conventions internationales relatives aux droits sexuels et reproductifs. En effet, ceux-ci furent conçus comme des droits à ne pas se reproduire.

Depuis la Première conférence internationale des droits de l'homme des Nations Unies à Téhéran, en 1968, établissant que « les parents ont le droit fondamental de déterminer librement et consciemment la dimension de leur famille et l'échelonnement des naissances », un certain nombre d'instruments internationaux de protections des libertés fondamentales a développé un véritable système des droits sexuels et reproductifs mais exclusivement en tant que faculté négative. De la conférence de Téhéran à la convention de Beijing de 2004 en passant par la première conférence de Beijing de 1995, l'ensemble de documents internationaux régule l'accès à la contraception, le planning familial, la réduction du nombre de grossesses non désirées ou la réduction des maladies transmises au fœtus...

Il reste cependant à construire un système international de droits sexuels et reproductifs dans leur dimension positive, c'est-à-dire un droit à la sexualité non médicalisée et un droit à la reproduction qui permette d'élargir l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée, y compris les maternités de substitution (comme le revendique l'APGL et vient de le reconnaître indirectement la Cour d'appel de Paris), à l'ensemble des individus et des couples.