



**HAL**  
open science

## Trouble dans la parenté.

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Trouble dans la parenté.: Accouchement sans maternité et maternités masculines. La Revue des juristes de Sciences Po, 2018, Printemps (15). hal-01827852

**HAL Id: hal-01827852**

**<https://hal.science/hal-01827852>**

Submitted on 13 Jul 2018

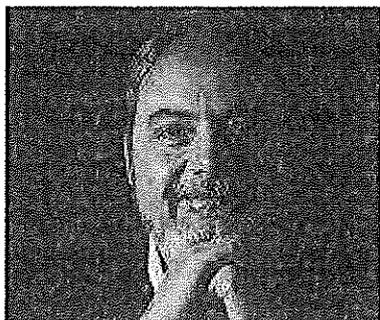
**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

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.

**DANIEL BORRILLO**

*Trouble dans la parenté*  
*Accouchement sans maternité et maternités masculines*

---



**DANIEL BORRILLO**

*Avocat au barreau de Buenos Aires depuis 1986, Daniel Borrillo est docteur en droit par l'Université de Strasbourg, maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de Paris Nanterre et membre du LEGS (Laboratoire du genre et des sexualités de l'Université Paris Lumière) et chercheur associé au CNRS (CERSA/Paris II). Spécialiste des questions de genre et de sexualités, il est l'auteur de plusieurs ouvrages parmi lesquels, *L'homophobie* (PUF 1998), *Orientation sexuelle et droit privé (La documentation française 2003)*, *Droit des sexualités* (PUF 2009), *Bioéthique* (Daloz 2011) et *La Famille par contrat* (PUF 2018).*

**INTRODUCTION**

En tant que principe irréfragable permettant d'établir juridiquement la maternité, l'adage latin « *mater semper certa est...* » est tombé en désuétude à double titre. D'une part, parce que la maternité a cessé d'être le monopole du genre féminin dès lors qu'un transsexuel *F-to-M* qui a conservé son utérus, tout en rectifiant son sexe à l'état civil, peut devenir mère. D'autre part, puisque la gestation pour autrui (GPA) permet à une femme de porter un enfant entièrement conçu avec les gamètes d'un autre couple, après fécondation in vitro et transfert de l'embryon dans son utérus<sup>1</sup>. Ainsi, celle qui accouche n'est plus nécessairement la mère et un homme peut, en revanche, le devenir. Ces cas de figure obligent le droit à la fois à repenser ses règles s'affranchissant des fondements naturels du sexe et de la filiation et à chercher la source de la parenté non

---

<sup>1</sup> La GPA peut impliquer jusqu'à cinq personnes, les deux membres du couple d'intention, les deux donneurs des gamètes (spermatozoïde et ovules) et la femme qui porte l'enfant dans son ventre.

pas dans un quelconque soubassement biologique mais dans l'autonomie individuelle et le projet parental, c'est-à-dire la volonté procréatrice<sup>2</sup>. A partir de ces exemples paradigmatiques de la maternité pour autrui et de la transparentalité<sup>3</sup>, nous proposons d'interroger la pertinence des principes juridiques en matière d'agencement familial et d'assumer - à la fois dans un souci de justice et de protection de l'intérêt de l'enfant - pleinement la dimension conventionnelle du droit civil de la parenté.

### **ACCOUCHEMENT SANS MATERNITE : LA GPA**

Figure paradigmatique de la contractualisation des liens de filiation, la GPA nous invite à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, à la parenté et à la filiation, trop attachées encore à une conception canonique de la famille. Désormais, on peut faire famille individuellement (monoparentalité) ou à plusieurs dans un cadre hétérosexuel ou homosexuel. Les nouvelles techniques procréatives ont mis le projet parental au cœur du dispositif juridique dans lequel la dimension spirituelle (volonté d'être parent) prévaut sur les compétences corporelles (engendrement). La volonté procréatrice deviendrait ainsi la principale source des nouvelles formes de procréation. Toutefois, le droit français interdit cette pratique malgré une opinion publique favorable<sup>4</sup>. Outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat<sup>5</sup>, la GPA peut également constituer une atteinte à la filiation dès lors qu'elle est réalisée sur le territoire national. Bien que le Code pénal ne typifie pas la gestation pour autrui en tant qu'infraction autonome, l'article 227-13 sanctionne toutefois la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation qui porterait atteinte à l'état civil d'un enfant. Ainsi, la GPA tombe sous le coup de la loi pénale, puisqu'elle considère comme étant la mère légale une personne différente de la femme qui l'a mis au monde. Cela revient à dissimuler un accouchement (celui de la mère porteuse) et à en simuler un autre (celui de la mère d'intention), ce qui constitue un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. De surcroît, la GPA peut être considérée comme une entrave à l'exercice d'autres droits tels l'acquisition de la nationalité française. Ainsi, dans un arrêt du 21 décembre 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a validé la décision du ministre de l'Intérieur de rejeter la demande de naturalisation du requérant au motif, notamment, que ce dernier avait « *méconnu un principe essentiel du droit français en ayant eu recours à l'étranger à la gestation pour le compte d'autrui* »<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> D. Borrillo, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté* : PUF, coll. Génération Libre, 2018.

<sup>3</sup> Le terme transparentalité est utilisé de manière générale lorsque dans les familles l'un des parents au moins est une personne transsexuelle ou transgenre.

<sup>4</sup> Dans un sondage Ifop pour le journal catholique *La Croix* paru le 03/01/2018, 64% des français se disent favorables à la GPA [<https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/SONDAGE-Francais-bioethique-2018-01-03-1200903298>]

<sup>5</sup> C. civ., Art. 16-7 : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* »

<sup>6</sup> CA Nantes, Formation des chambres réunies, 21 déc. 2017 n°16NT01141: Inédit au recueil Lebon. Légifrance :

Cependant, grâce à une condamnation de la CEDH<sup>7</sup>, la GPA réalisée légalement à l'étranger produit des effets en France par la transcription à l'état civil de la filiation paternelle et l'adoption ultérieure de l'enfant du conjoint du père d'intention<sup>8</sup>. Ainsi, lorsque les contrats de maternité de substitution sont reconnus par d'autres Etats démocratiques et des ressortissants français s'y rendent pour accéder à ce type de service, la filiation qui en découle s'impose à notre état civil par les règles du droit international privé. Et ceci d'autant plus légitimement que dans certains pays, comme les Etats-Unis, les femmes porteuses sont particulièrement protégées contre tout type d'abus. Outre le fait qu'elles doivent déjà avoir un enfant pour que l'impact émotionnel propre à l'expérience maternelle ne leur soit pas étranger, elles sont obligées d'être représentées par un avocat. Le contrat doit de surcroît être homologué par un juge. Tous les frais médicaux et juridiques sont à la charge du couple commanditaire.

On peut ainsi déduire que la GPA constitue une nouvelle liberté positive faisant écho à une vieille liberté négative, celle de ne pas procréer (contraception, IVG, accouchement « sous X »...). Le parallèle entre l'IVG et la GPA nous semble éclairer des enjeux à la fois philosophiques et juridiques<sup>9</sup>. Ainsi, les deux pratiques relèvent de la libre disposition du corps et de la liberté de procréer ou de ne pas procréer. La GPA apparaît non seulement comme l'expression de la liberté procréative des commanditaires qui désirent l'enfant mais aussi et surtout de la femme qui le porte pour leur compte. En France, on présente souvent la GPA comme une pratique immorale. Or, dans une société démocratique, comme le souligne Ronald Dworkin, l'Etat n'a pas à se substituer aux individus en relation à la valeur que chacun accorde à sa vie, il doit se limiter à garantir les droits et les libertés fondamentales<sup>10</sup>. Si une femme a le droit de mettre fin à la vie de l'embryon qu'elle porte, rien ne devrait l'empêcher de mener à terme une grossesse et de donner l'enfant au commanditaire : qui peut le plus peut le moins (*a maiore ad minus*, dit le vieil adage latin). Ceci est d'autant plus valable que, grâce à la fécondation in vitro avec transfert d'embryon, la femme porteuse ne participe nullement à la « fabrication » de l'enfant, elle ne fait que l'héberger. Et, quand bien même il s'agirait de son propre enfant, l'interdiction de la GPA peut être qualifiée d'incohérente, et elle l'est certainement puisque le droit autorise depuis longtemps

---

[<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000036253243&fastReqId=1438873791&fastPos=1>]

<sup>7</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> Section, *Menesson c/ France et Labassée c./France*, 26 juin 2014. Confirmé par l'arrêt *Laborie c./France*, 5<sup>ème</sup> Section du 19 janvier 2017.

<sup>8</sup> Comme l'avait déjà confirmé la Cour de cassation : « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (Cass. 1<sup>er</sup> civ, 5 juillet 2017 : ECLI:FR:CCASS:2017:C100826).

<sup>9</sup> M. Jouan, *L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice* : Travail, genre et sociétés, vol. 38, no. 2, 2017, pp. 35-52.

<sup>10</sup> R. Dworkin, *Life's Dominion : An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* : Alfred Knopf, New York, 1993.

l'accouchement « sous X », autrement dit l'abandon légal de l'enfant<sup>11</sup>. Si une femme a la faculté de disposer de la vie de l'embryon et de renoncer à reconnaître sa propre progéniture, il est permis de s'interroger sur la justification de la prohibition de la GPA.

Dès lors qu'on la place dans cette perspective, la GPA apparaît comme une sorte d'*habeas corpus* du XXI<sup>ème</sup> siècle c'est-à-dire comme l'expression de deux principes fondateurs de l'Etat libéral : s'appartenir à soi-même et avoir le contrôle sur son propre corps. De plus, la GPA en tant que droit fondamental à la vie privée, rentrerait dans cet espace intime où le droit individuel doit prévaloir face à la souveraineté collective. Autrement dit, il revient à la femme qui prête le service et à elle seule de décider d'une question existentielle si fondamentale. La GPA peut également être abordée d'une manière moins déontologique en suivant notamment la théorie de l'avantage comparatif, selon laquelle au sein d'une société libre chacun se spécialise dans la production pour laquelle il dispose du plus fort rendement : en matière de gestation (en attendant l'utérus artificiel)<sup>12</sup>, ce sont très majoritairement les femmes qui conservent le monopole de la grossesse et elles devraient, par conséquent, être toujours les principales bénéficiaires. Or, l'interdiction de cette pratique perpétue une discrimination fondée sur le genre car elle fait profiter gratuitement aux hommes du travail reproductif au détriment des femmes. C'est pourquoi, la GPA pourrait également être considérée comme la forme la plus féministe des reproductions, non seulement parce qu'elle affirme le droit des femmes de disposer d'elles-mêmes mais aussi puisqu'elle permet de mettre un prix à un travail effectué auparavant gracieusement. Ceci n'empêche nullement le choix d'une GPA altruiste en vertu de l'argument *a minori ad maius* : si l'on admet la rémunération à plus forte raison on ne peut qu'autoriser la gratuité. Toutefois, ce n'est pas à l'Etat d'en décider. Il doit simplement se limiter à organiser cette liberté de telle sorte que tout abus soit fermement sanctionné mais, une fois celui-ci écarté, c'est à la femme de déterminer de la dimension onéreuse ou bénévole de la pratique.

L'analogie avec l'esclavage semble ici pertinente non pas pour s'opposer à la GPA, comme le fait souvent la pensée conservatrice, mais au contraire pour la promouvoir. Dans l'état actuel des choses, la grossesse constitue un travail reproductif non rémunéré dont la justification prend racine dans une vision naturalisée de la maternité. Dans le futur - reconnues comme libres propriétaires de leur force de travail (la gestation) - les femmes pourront, grâce à la GPA, fragiliser la domination masculine multiséculaire, en dénonçant la subordination des corps féminins comme le seul moyen d'assurer gratuitement la reproduction de l'espèce humaine. De surcroît, la légalisation de la GPA permettra de désacraliser le ventre et la maternité en

---

<sup>11</sup> C. civ., art. 326 : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ».

<sup>12</sup> H. Atlan, *L'utérus artificiel* : Seuil, coll. La librairie du XXI<sup>ème</sup> siècle, 2005.

affaiblissant le mythe de l'instinct maternel<sup>13</sup> et l'utérocentrisme. Au slogan politique des années 1970, « un enfant si je veux quand je veux », il faudrait ajouter en 2018 : « pour moi ou pour autrui » ... Marlène Jouan a raison d'affirmer qu' « *un examen de la gestation pour autrui à l'aune de la gestation pour soi encadrée par le droit à l'avortement, qui fait au contraire consensus, permet une analyse plus fine, et résolument non paternaliste, des raisons pour lesquelles l'autonomie des mères porteuses est en effet menacée, mais aussi des conditions auxquelles elle peut être préservée ou restaurée* »<sup>14</sup>.

Si la correspondance avec l'IVG nous semble éclairer la dimension individuelle de la pratique de la GPA, l'analogie avec l'adoption est également pertinente pour mieux comprendre la parenté. Toutes deux constituent effectivement des formes de filiation élective contrairement à la filiation charnelle dans laquelle l'accouchement impose la condition maternelle (*mater semper certa est*)<sup>15</sup>. Dans ces deux cas de figure, la mère légale n'est pas la femme qui a accouché de l'enfant mais celle qui l'a voulu. Comme l'ont souligné les juges de la Cour suprême de Californie : « *le critère déterminant la maternité est celui de la volonté du couple d'intention sans lequel l'enfant n'aurait jamais existé* »<sup>16</sup>.

La GPA prendrait juridiquement la forme d'un contrat de service *intuitu personae* surtout lorsque la femme qui porte l'enfant n'est pas la gestatrice. Dans le cas où elle apporterait effectivement l'ovule, une clause de repentance devrait être ajoutée au contrat afin que cette mère biologique puisse garder l'enfant si elle le souhaite. Aussi, pour éviter des conflits et dans la mesure où le couple commanditaire correspond avec les parents biologiques, il est possible, notamment aux USA, de demander au juge avant la naissance de l'enfant, une attribution de filiation de telle sorte que les noms des parents d'intention soient inscrits dans l'acte de naissance dès l'accouchement.

#### **MATERNITES MASCULINES**

Concernant la transparentalité, deux situations sont à distinguer, selon que l'établissement de la filiation intervient avant ou après le changement de sexe. Lorsque la filiation est établie avant la rectification du registre, la jurisprudence ne la remet pas en cause. L'acte de naissance des enfants du transsexuel reste le même et aucune mention de la décision de changement de sexe du parent n'y apparaît. La réassignation sexuelle ne produit pas d'effets rétroactifs, particulièrement en matière de filiation.

Lorsque le transsexuel a obtenu la modification de son état civil, sa possibilité de créer un lien de filiation demeure difficile. En effet, comme le souligne Valérie Poure, de

---

<sup>13</sup> E. Badinter, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)* : Flammarion, Paris, 1980.

<sup>14</sup> M. Jouan. Art. cit. p. 38.

<sup>15</sup> M. Iacob, *L'empire du ventre* : Fayard, Paris, 2004.

<sup>16</sup> Cour Suprême de Californie, *Jonhson c/ Calvert*, No. S023721. May 20, 1993.

manière constante, les juges déclarent nulle la reconnaissance maternelle de l'enfant du transsexuel *M-to-F* suite à la transformation de son état civil en raison « *de son caractère mensonger du fait de son impossibilité physiologique de concevoir* »<sup>17</sup>. La nullité ne saurait, en outre, être purgée par la possession d'état, également écartée au motif qu'elle « *est contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et de l'impossibilité physiologique pour le transsexuel de procréer* »<sup>18</sup>.

Au contraire, l'adoption en couple doit pouvoir être accessible aux conjoints, même si l'un d'eux est transsexuel, conformément à l'article 346 du Code civil, puisque le mariage est ouvert à tous indépendamment de l'identité de genre. De même, l'adoption individuelle étant reconnue par l'article 343-1 du Code civil, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un transsexuel seul y ait recours. À plus forte raison, cette possibilité devrait être accordée conformément à la jurisprudence européenne selon laquelle « *est discriminatoire en raison du sexe, une distinction qui trouverait son origine dans la conversion sexuelle* »<sup>19</sup>. Si l'accès aux techniques de reproduction assistées demeure interdit à une personne transsexuelle (tout comme à une femme seule) rien ne l'empêche de faire une insémination artificielle à l'étranger. La PMA reste possible uniquement pour les personnes transsexuelles en couple hétérosexuel. Le père *F-to-M* est alors considéré comme tout autre père qui serait stérile. Dans ce cas on procède à l'insémination de la partenaire par un donneur anonyme.

Depuis que l'identité de genre, en tant que faculté de l'individu à changer son sexe juridique, est acceptée socialement et protégée par le droit, un bouleversement s'est produit non seulement en matière de droits fondamentaux mais également en ce qui concerne la représentation sociale de la parenté<sup>20</sup>. En effet, selon les règles de la filiation, la personne qui accouche est considérée comme la mère de l'enfant. C'est pourquoi, un homme transgenre *F-to-M* de nationalité étasunienne, Trystan Reese, est devenu mère en 2017. Comme en France, la loi américaine n'oblige pas l'individu à se soumettre à une modification physiologique pour changer son sexe juridique à l'état civil. Monsieur Reese a ainsi pu conserver son utérus. La situation n'est pas nouvelle, en février 2012, une affaire analogue avait déjà défrayé la chronique outre-Manche. Comme nous l'avons signalé plus haut, selon le vieil adage latin, *mater semper certa est*, la personne qui accouche est présumée encore et de manière irréfragable, être la mère juridique de l'enfant. Ainsi, un homme transgenre, en conservant ses capacités procréatives, peut légalement devenir la mère de l'enfant. Or, en changeant de sexe, il voudra vraisemblablement être reconnu socialement comme père (et non pas comme

---

<sup>17</sup> V., Poure, *Vers un statut familial de la personne transsexuelle ?* : Recherches familiales, vol. 10, no. 1, 2013, pp. 175-182.

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 mai 2005 : *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, commentaire n° 153, observations P. Murat.

<sup>19</sup> CEDH, 30 avril. 1996, affaire P. c/ S. et Cornwall County Council, *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, commentaire n° 2, note S. Paricard.

<sup>20</sup> L. Hérault (dir.), *La parenté transgenre* : Presses universitaires de Provence, Aix-en-Provence, 2014.

mère) mais, dans la situation actuelle du droit, cela demeure impossible. Un changement du droit de la filiation s'impose donc. Il consisterait à remplacer les termes « mère » et « père » par celui neutre de « parent ». De même, pour le couple, on ne devrait plus parler de « mari » et de « femme » mais de « conjoint ».

D'une manière plus générale, la question se pose sur la pertinence de la mention du sexe dans les actes de naissance<sup>21</sup>. Si le genre n'est plus une question d'ordre public mais renvoie à l'intimité (comme la religion, la race ou les opinions politiques), maintenir cette catégorie dans les pièces d'identité et les livrets de famille ne constituerait-elle une ingérence injustifiée de l'Etat dans la vie privée? Ces modifications du droit permettraient non seulement de résoudre un certain nombre de questions pratiques, surtout pour les personnes intersexes et transgenres, mais aussi de mettre fin à un dispositif essentialiste et discriminatoire. S'appuyant tour à tour sur la foi, la nature, la raison, le sens commun ou l'ordre symbolique, la binarité sexuelle sert effectivement à maintenir la différence des sexes et des sexualités comme différence hiérarchique. Comme catégorie d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. L'assignation des individus à un genre est le résultat d'une grille de lecture de la société durablement fragmentée par le poids identitaire du sexe. Le genre apparaît comme le premier des communautarismes et le plus sournois car présenté comme universel et naturel. C'est précisément cette idéologie (énonciation répétitive d'un état de fait non interrogé et formulé de surcroît comme état de droit) qui a rangé la neutralité et l'objectivité du côté masculin. Le véritable universalisme ne peut donc se fonder que sur un sujet de droit neutre vis-à-vis du genre. Toute personne pourra désormais devenir parent car ce n'est plus la biologie qui définit la fonction mais la volonté et la responsabilité individuelles.

## **CONCLUSION**

La démocratisation de la vie privée nécessiterait comme préalable d'une reformulation des liens familiaux permettant d'échapper à l'emprise multiséculaire de la naturalisation. Ce fut le long travail du droit civil depuis sa sécularisation. La contestation de l'ordre familial « naturel » n'est en définitive que l'accomplissement de la promesse de la modernité selon laquelle la volonté, et non pas la biologie, constitue la base de l'alliance et de la parenté. La filiation dissociée de l'engendrement permet de justifier un système juridique fondé non pas sur la vérité biologique mais sur le projet parental responsable. Peu importe donc l'agencement familial (monoparental, homoparental, transparental, nucléaire, recomposé, traditionnel...), si les prémices du contrat ainsi que ses effets sont respectés (capacité, liberté et égalité). L'Etat devrait donc traiter sur le même plan l'ensemble des familles et les autres formes d'intimité. A cet effet, il conviendrait de faire le deuil d'un droit de la famille fondé sur le dogme

---

<sup>21</sup> D. Borrillo, *Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?* In A. Schuster (dir.), *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century: Forum*, 2011.

paternel<sup>22</sup> et de penser les règles qui gouvernent la vie familiale à partir de la négociation et la contractualisation : on ne naît pas parent, on le devient.

La coexistence du mariage, du PACS et du concubinage répond à cette exigence, tout comme l'ouverture du droit à l'adoption, à la PMA et aux maternités de substitution pour tous, au-delà des cas de stérilité. Mais il ne s'agit pas seulement de garantir l'égalité statique : il s'agit aussi et surtout de revoir nos principes juridiques, sous peine de devenir étrangers à notre propre droit. Si ni l'accouchement, ni la génitalité, nous permettent de déterminer la place des parents, il faut assumer *in fine* que la seule source de la filiation demeure la volonté. C'est pourquoi la GPA aujourd'hui, tout comme l'adoption hier, constituent les formes paradigmatiques nous permettant de construire la parenté sur la base de l'autonomie des individus, et non pas en fonction d'une conception morale, soit-elle religieuse ou républicaine, car, comme nous le rappelait Ruwen Ogien, « elles n'ont pas plus de *valeur épistémologique* que celles de l'astrologie »<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> M. Tort, *La fin du dogme paternel* : Flammarion, Paris, 2005.

<sup>23</sup> R. Ogien, *La morale introuvable* : Raison publique, vol. 22, no. 2, 2017, pp. 15-39.