



HAL
open science

Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée

Lisa Carayon

► **To cite this version:**

Lisa Carayon. Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée. Anne-Sophie Hulin; Robert Leckey. L'abnégation en droit civil, Editions Yvon Blais, pp.77-108, 2017, 978-2-89730-241-2. hal-03716820

HAL Id: hal-03716820

<https://hal.science/hal-03716820v1>

Submitted on 22 Sep 2023

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.

Les femmes et la reproduction en Droit français : l'abnégation forcée
in *L'abnégation en droit civil*, A.-S. HULIN et R. LECKEY (dir.), éd. Yvons Blais,
Montréal, 2017, p. 77-108

Lisa Carayon

Maîtresse de conférences en droit.

Université Sorbonne Paris Nord, laboratoire Iris.

UMR 8156 CNRS - 723 Inserm - EHESS - USPN

<http://iris.ehess.fr>

L'utilisation du terme « abnégation » dans le Droit français¹ révèle une dimension genrée de la notion. Le terme est rare mais, lorsqu'il est employé, il marque une séparation claire entre sphère privée et sphère publique.

« Abnégation » est avant tout un terme du droit militaire : l'abnégation est l'une des principales qualités que l'on attend des soldats. L'article D4122-4 du Code de la défense dispose ainsi que « *l'efficacité au combat exige que chaque militaire participe à l'action contre l'ennemi avec énergie et abnégation, y compris au péril de sa vie.* ». Le terme se retrouve dans le Code de déontologie de l'armée qui énonce : « *le praticien des armées doit (...) soutenir l'action de ses camarades au combat et leur apporter l'aide de tous les moyens dont il dispose, dans un esprit de solidarité et d'abnégation totales* »². L'importance de cette injonction à l'oubli de soi est confirmé par son rôle dans l'attribution des marques de la dignité nationale³ : médailles⁴ ou « citation à la Nation » en l'honneur des militaires mortes dans l'exercice de leurs fonctions⁵. La surreprésentation des hommes dans l'attribution de ces marques de dignité est un constat partagé par les autorités publiques, engagées aujourd'hui dans une dynamique de nomination paritaire⁶. De façon plus marginale, l'« abnégation » qualifie également les valeurs du travail de la terre et du maintien de la tradition⁷.

¹ Le terme a été recherché en plein texte sur la base *Légifrance* pour ce qui concerne les textes et la jurisprudence et sur *Lexbase, Dalloz et Lexis-Nexis* pour la jurisprudence uniquement.

² Décret n° 2008-967, 16 sept. 2008, art. 24.

³ V. St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Honneurs et déshonneurs républicains. Une affaire de genre ? », *La loi et le genre*, St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), éd. CNRS, 2014, p. 607.

⁴ Décret n° 2004-733 du 26 juill. 2004 modifiant le décret n° 49-1219, 5 sept. 1949 portant création d'une médaille d'honneur dite « médaille de la gendarmerie nationale », art. 1^{er} : « *Il est créé une médaille de la gendarmerie nationale, destinée à récompenser [les gendarmes] qui se sont distingués par une action d'éclat ayant nécessité des qualités particulières de courage et d'abnégation* » ; circulaire du 24 sept. 2008 relative aux ordres nationaux de la Légion d'honneur et du Mérite « *afin de récompenser les citoyens qui servent notre pays avec le plus de détermination, d'efficacité, d'abnégation et de sens de l'intérêt commun* ».

⁵ L'étude des « citations » publiées révèlent qu'elles ne concernent que des hommes. Ce qui est cohérent avec le faible taux de féminisation des armées : 15% de femmes en général, 5% en opérations extérieures : <http://www.defense.gouv.fr/sga/rubrique-actualites/feminisation-dans-les-armees>.

Pour la première femme pompière morte dans l'exercice de ses fonctions, mais pour laquelle le terme d'abnégation n'est pas employé :

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030398500&dateTexte=&categorieLien=id>

⁶ Lettre du Président de la République, 11 juillet 2008 : JORF n°0163, 13 juill. 2008, p. 11278 ; circulaire du 24 septembre 2008 : JORF n°0226, 27 sept. 2008, p. 14944.

⁷ Le terme est employé deux fois dans ce contexte, toujours pour désigner des hommes : décret n° 2011-479, 2 mai 2011 ; décret n° 2011-779, 28 juin 2011.

Ce constat pourrait sembler anecdotique si ce terme ne prenait pas un sens très différent lorsqu'il est utilisé par les juges⁸ pour désigner les justiciables. Deux champs sont alors prédominants : le travail et la famille. Or, sur les treize décisions dans lesquelles le comportement d'une des parties est qualifié d'« abnégation », douze concernent des femmes, toujours dans un sens positif et un seul un homme, dont attitude est considérée comme négative⁹.

Le Droit français dessine donc une image contrastée de l'abnégation. D'une part un oubli de soi au profit de la protection de la Nation, valorisé par la reconnaissance nationale : une attitude publique, qui concerne avant tout des hommes. D'autre part un oubli de soi plus confidentiel, dans la sphère privée, qui renvoie souvent au soin apporté à l'autre¹⁰ et qui concerne avant tout des femmes. Ce constat correspond parfaitement à celui que faisait déjà J. St. MILL :

« Toutes les femmes sont élevées dès l'enfance dans la croyance que l'idéal de leur caractère est tout le contraire de celui de l'homme ; elles sont dressées à ne pas vouloir par elles-mêmes ; à ne pas se conduire selon leur volonté mais à se soumettre et à céder à la volonté d'autrui. On nous dit au nom de la morale que la femme a le devoir de vivre pour les autres et au nom du sentiment que sa nature le veut ; on entend qu'elle fasse complète abnégation d'elles-mêmes, qu'elle ne vive que pour ses affections. »¹¹

Il serait pourtant réducteur d'étudier le rapport du Droit à l'abnégation sous le seul angle de la prise en compte du soin. D'une part parce qu'il importe de distinguer abnégation et *care*, qui n'est pas une pratique d'oubli de soi¹². D'autre part parce que l'abnégation diffère de l'altruisme. Si l'altruisme est l'attention désintéressée portée à l'autre, l'abnégation, ne serait-ce que par l'origine religieuse¹³ du terme, comporte une dimension sacrificielle : « *renoncement total, au bénéfice d'autrui, de ce qui est pour soi l'essentiel* »¹⁴.

Une première interrogation qui émerge est alors celle-ci : la sphère privée serait-elle un lieu dans lequel les femmes seraient parfois invitées, par le Droit, à sacrifier ce qu'elles considèrent subjectivement comme essentiel au bénéfice d'autres intérêts ? Mais cet aspect de la réflexion n'est pas suffisant : le caractère collectif, normatif, du Droit le conduit souvent à limiter l'expression des subjectivités. S'interroger sur l'abnégation en Droit c'est donc surtout s'interroger sur les cas où est autorisé, voire encouragé, le sacrifice par l'individu de ce qui est essentiel *pour le Droit*, objectivement. La protection de l'intégrité physique et de la santé est régulièrement affirmée l'une de ces valeurs fondamentales et c'est d'ailleurs pourquoi mettre en danger sa vie pour la défense de la Nation est considéré par le Droit comme le comportement d'abnégation par excellence. Cette « injonction à l'abnégation » qui se

⁸ Sont compris les cas où le dispositif reprend des paroles d'expertise ou de témoins, qui reflètent alors l'opinion des juges.

⁹ CA Colmar, 13 mars 2008, n° 04/03358 : sur « *l'emprise exercée par Mme A... sur Mr E... dont l'expert psychologue, indique qu'outre son âge, son état de santé physique et sa situation d'isolement familial, qui le rendaient dépendant et fragilisé, il portait en lui des caractéristiques de passivité, d'abnégation, voire de soumission à l'autre l'ayant empêché de réagir à cette situation.* »

¹⁰ Aussi soin à des animaux : CA Bordeaux, 25 mars 2014, n° 13/00209.

¹¹ *L'assujettissement des femmes*, éd. Avatar, 1992, trad. M. E. CAZELLES, p. 33.

¹² E. PULCINI, « Donner le care », *Revue du MAUSS*, 2012/1 n° 39, p. 49-6.

¹³ *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, V° Abnégation : « *État d'âme de celui qui a renoncé à ce qui lui plaît ou le flatte, se sacrifiant lui-même à des intérêts supérieurs, principalement Dieu* ».

¹⁴ *Dictionnaire érudit de la langue française*, Larousse, V° Abnégation.

manifeste à l'égard des hommes dans la sphère publique existe-t-elle également pour les femmes dans des domaines plus proches de la sphère privée ? L'encadrement de la reproduction apparaît rapidement comme le domaine d'élection de cette abnégation invisible.

En étudiant successivement l'encadrement par le Droit français du don d'ovocytes, de l'avortement et de l'accouchement anonyme, nous montrerons comment le Droit français autorise les femmes, voire leur *impose*, de sacrifier leurs intérêts personnels objectifs – leur droit à la santé – ou subjectifs – leurs choix sexuels et reproductifs – en faveur d'un intérêt général, dans une forme d'« abnégation encouragée » (I) ou d'« abnégation forcée » (II).

I) L'abnégation encouragée : le don d'ovocytes ou le consentement comme masque au renoncement à la santé.

Si la santé est supposée être la première valeur défendue par le Droit des personnes¹⁵, il est cependant possible de consentir à des atteintes à son corps dans l'intérêt d'autrui¹⁶. L'admission des dons de gamètes représente ici un glissement dans la conception juridique de la santé. En effet, si le don de moelle ou de don d'organes visent à sauver *la vie* d'autrui, les prélèvements de gamètes ne visent qu'à palier un problème de fertilité. Certes la fertilité peut être incluse dans une conception large de la santé et c'est pourquoi le prélèvement de gamète à son propre profit pourrait être considéré comme légitime. Mais la question est plus complexe quand il s'agit du don à des tiers.

En Droit français¹⁷, l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) est ouverte aux couples hétérosexuels rencontrant des problèmes de fertilité médicalement constatés. Les différentes pratiques d'AMP interrogent au regard de l'investissement distinct des corps des hommes et des femmes dans le processus. Plusieurs auteur·es ont justement souligné que les méthodes utilisées font porter à la femme tout le poids des traitements, même en cas de stérilité masculine¹⁸ : stimulation ovarienne, prélèvement ovocytaire pour toute fécondation *in vitro* (FIV). Comme le remarque pertinemment M.-X. Catto, jusqu'en 2004, il était même *textuellement obligatoire* de privilégier l'utilisation des gamètes du couple plutôt que celle d'un·e donneur·se, obligeant ainsi la femme à se soumettre aux traitements ou à renoncer au projet d'AMP si la FIV était

¹⁵ Le premier article du Code de la santé publique (CSP) dispose : « le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne » (art. L1110-1).

¹⁶ La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 introduit à l'article 16-3 du Code civil la possibilité de disposer de son corps dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Cet « autrui » peut être défini précisément (don d'organe entre vifs) ou comme un intérêt général (expérimentations médicales).

¹⁷ Art. L. 2141-1 et s. CSP.

¹⁸ Th. DUMORTIER, « Le Droit de l'Assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre », *La loi et le genre*, préc. p. 131 et s. ; St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in *Bioéthique et genre*, A.-Fr. ZATTARA-GROS (dir.), LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 33 ; Cl. NEIRINCK, « L'égalité sexuée, péché originel de la procréation médicalement assistée », *Mélanges Gérard Mémeteau*, Br. PY, Fr. VIALLA, J. LEONHARD (coord.), LEH éditions, 2015, p. 552. Sur les aspects symboliques et psychologiques v. par ex. D. LE BRETON, « Entre libération et aliénation : ambivalence de la biomédecine », *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, Br. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD (dir.), Bruylant, 2013, p. 330.

possible¹⁹. Or, la pratique de la stimulation ovarienne et des prélèvements d'ovocyte est loin de constituer un geste anodin.

Les risques encourus par les femmes se soumettant à un prélèvement ovocytaire sont soulignés par de nombreuses instances tant nationales qu'internationales²⁰. Ainsi selon l'Agence française de biomédecine²¹, 75% des événements indésirables relevés au cours de l'année 2014 sont liés à la stimulation ovarienne. Parmi ces événements, 91% sont considérés comme graves et on recense un décès par an en 2011, 2012 et 2014. Ces événements concernent principalement des femmes engagées dans un processus personnel d'AMP mais le faible nombre d'incidents chez les donneuses est à rapporter au fait que seules quatre cents femmes par ans donnent leurs ovocytes.

Lors d'un processus d'AMP, les femmes qui se soumettent à des stimulations ovariennes ou à des prélèvements ovocytaires le font en espérant un bénéfice pour elles-mêmes, cette décision participe de leur liberté procréatrice. Le Droit devrait cependant procéder à une balance des intérêts entre l'intérêt subjectif à la liberté génésique et l'intérêt objectif de la protection de la santé. Pourtant, dans ce cas, le recueil de leur consentement est très peu encadré. En effet, si le Code de la santé publique (CSP) prévoit bien l'information des deux membres du couple le recueil de leur consentement est fait sans contrôle spécifique. Cette disposition contraste avec le cas où le couple recourt à un don de gamète : le consentement est alors exprimé devant un juge ou un notaire. Cette exigence montre que l'information du couple sur les règles de filiation est considérée comme plus importante que l'information de la femme sur les risques pour sa santé. Or en Droit français, le recours à don de gamète n'a d'influence que sur la filiation paternelle²² : l'information du couple consiste donc surtout à informer le père qu'il ne pourra pas renoncer à sa paternité²³. Le renoncement de l'homme au principe biologique est donc plus protégé que l'acceptation par la femme d'un risque pour sa santé. Ce déséquilibre des valeurs encore plus visible en ce qui concerne les donneuses d'ovocytes.

Contrairement au don d'organes entre vifs pour lequel le consentement devant un juge est nécessaire²⁴, le don de gamète ne nécessite aucune intervention extérieure dans le recueil du consentement²⁵. Il est frappant de constater à quel point le Droit français opère ici une dissimulation des différences majeures qui existent entre don de sperme et don d'ovocytes. Si le don de sperme est pour le moins « indolore » et sans aucun risque sanitaire, le don d'ovocyte présente des dangers réels. Pourtant le Droit ne semble pas traiter ce don différemment d'un don de sperme²⁶. Ainsi, si les donneuses doivent être spécialement informées des risques de la stimulation ovarienne et du prélèvement d'ovocytes²⁷, les conditions du don, identiques à celle du don de sperme,

¹⁹ M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite à l'usage économique du corps*, th. dactyl. Paris X, p. 484.

²⁰ PARLEMENT EUROPÉEN : Résolution du 11 septembre 2012 *sur les dons volontaires et non rémunérés de tissus et de cellules* (2011/2193(INI)), point R ; *Résolution sur le commerce d'ovules humain* (P6-TA(2005/0074)).

²¹ AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport annuel sur le dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 2014, p. 16 et s.

²² La filiation de la mère est établie en fonction de l'accouchement (art. 311-25 et 332 du C. civ.) : seule la filiation du père peut être contestée par la biologie (art. 332 C. civ.).

²³ Art. 311-19 C. civ.

²⁴ Art. L1231-1 CSP.

²⁵ Art. R1244-2 CSP.

²⁶ La doctrine traite parfois ces deux dons de façon identique. Ex : A.-Bl. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexion sur le principe de gratuité en matière d'utilisation produits et d'éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865.

²⁷ Art. L1244-7 CSP.

ne les protègent pas particulièrement. Ainsi, initialement, le don de gamète n'était possible que lorsque la personne donneuse avait déjà un enfant. Cette condition avait deux fondements : la prise de conscience de l'importance du don et, pour les femmes, le risque pour leur fertilité qu'impliquait l'opération. Or, lors des débats parlementaires de 2011, il a été soulevé que cette condition conduisait au prélèvement de femmes plutôt âgées, ce qui affectait la « qualité » des prélèvements. La condition de primiparité a donc été supprimée pour les femmes et, par soucis d'égalité, pour les hommes²⁸. La préservation de la fécondité a été assurée par la création d'une autoconservation des gamètes au moment du don²⁹. Ce choix est contestable : d'une part les effets indésirables du don sont loin de se limiter au risque pour la fécondité ; d'autre part cette disposition introduit une contrepartie au don qui se concilie difficilement avec le principe de gratuité prôné par le Droit français³⁰. En effet, la France n'autorise pas l'autoconservation de gamètes hors des cas de traitements médicaux stérilisants. Le « cadeau » de l'autoconservation peut donc constituer une incitation à l'égard de femmes jeunes se préoccupant de la conservation de leur fertilité, pour des raisons professionnelles par exemple, et qui trouveraient dans le don la réponse à leurs craintes. Pourtant, ces donneuses ne verront qu'un très faible nombre de leurs ovocytes conservés et ne pourront pas les utiliser si elles ne remplissent pas elles-mêmes les conditions d'accès à l'AMP : infertilité pathologique, âge, couple hétérosexuel... Cet exemple montre comment le Droit français organise le don d'ovocyte autour d'une rhétorique du manque : plus que les risques encourus par les donneuses c'est avant tout le « déficit » de don qui est partout souligné³¹. Ce besoin d'ovocytes légitime alors une absence de protection spécifique des donneuses. C'est ainsi qu'aucune limite n'est posée au nombre de dons pouvant être pratiqués³². Il nous semble pourtant que cette rhétorique du manque souligne surtout la pauvreté du regard critique sur cet état du droit. En privilégiant le don de gamète sur, par exemple, l'accueil d'embryon, le dispositif actuel favorise une vision « biologisante » de la famille où l'enfant a un lien génétique avec l'un de ses deux parents. Ce choix est souvent justifié par le désir, incontestable, des couples. Mais ni la construction de ce désir ni la façon dont le Droit contribue à le renforcer ne sont interrogées. La situation est d'autant plus paradoxale que la France rejette le recours à l'AMP pour les couples de femmes, quand bien même l'une d'entre elles serait la génitrice de l'enfant. Le Droit français adopte donc une vision variable de la notion de santé : large lorsqu'il s'agit d'autoriser une femme à mettre sa santé en péril pour permettre la fécondité d'un couple hétérosexuel, restreinte lorsqu'il s'agit de remédier à une infertilité « sociale ».

Au prétexte du consentement, le Droit français autorise donc les femmes à renoncer à leur intérêt objectif à la santé dans l'intérêt de tierces personnes. L'abnégation dont elles font preuve alors n'est pas « forcée » mais leur sacrifice n'est pas pour autant spécialement protégé : il s'agit ici d'une abnégation « encouragée »³³. Cette position est cependant paradoxale lorsque l'on considère que, dans le cas de l'avortement, la volonté des femmes est impuissante à leur assurer un plein contrôle de leur corps.

²⁸ Seul demeure un entretien psychologique obligatoire pour des donneur·ses nullipares : art. R1244-2 III CSP.

²⁹ Décret n° 2015-1281 du 13 oct. 2015.

³⁰ Car malgré les dangers ce n'est que sur l'abnégation des femmes que l'on s'appuie : Cl. NEIRINCK, *préc.*, p. 552.

³¹ IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, 2011.

³² Seule limite : un·e donneur·se ne peut pas conduire à la naissance de plus de dix enfants (art. L1244-4 CSP).

³³ Pour une illustration caricaturale : <http://donneurdebonheur.agence-biomedecine.fr/>

II) L'abnégation forcée : avortement et accouchement anonyme

A) L'avortement : l'intérêt collectif contre les intérêts subjectifs des femmes.

Avant 1975, l'avortement n'était autorisé en France que dans le cas où la grossesse faisait courir à la femme enceinte un danger grave. L'intérêt des femmes est alors pris en compte mais il s'agit d'un intérêt objectif - la sauvegarde de la santé - et contrôlé par une instance extérieure à la femme elle-même - les médecins, garants de l'ordre social. Tout change avec la loi Veil³⁴ autorisant l'interruption volontaire de grossesse (IVG) à la demande, encadrée, de la femme enceinte. Le contrôle de la reproduction, l'intervention sur son corps, l'atteinte à « la vie » sont alors théoriquement de la compétence de la femme sans que ses motivations soient contrôlées³⁵ au regard de l'ordre social : leur intérêt subjectif doit primer. Si, lors des débats initiaux, des intérêts extérieurs à ceux des femmes ont été convoqués pour limiter leur liberté - intérêt de l'État à la natalité, intérêt de l'enfant à naître - la liberté des femmes à l'avortement, s'est progressivement renforcée. Une des dernières modifications du régime transforme l'esprit du texte en faisant de l'IVG non plus une opération en cas de « détresse » de la femme mais « à la demande » de celle-ci³⁶. Pour autant, les femmes ne sont pas totalement considérées comme libres de mettre fin à leurs grossesses. D'une part le droit français leur impose un délai restrictif et d'autre part il porte une représentation négative de l'IVG, comme acte moralement répréhensible.

1) Le délai d'IVG : restriction à la liberté des femmes

En 2001, le délai pour recourir à une IVG est passé de dix à douze semaines de grossesse³⁷. L'existence-même d'un délai est un principe qui n'a pour l'instant jamais été remis en question par les législateurs. Il participe en effet du compromis politique sur la question de l'avortement : l'admettre mais pas sans conditions. Cette disposition conduit parfois les femmes à sacrifier leurs intérêts objectifs et subjectifs au nom d'un intérêt collectif. La cohérence du régime français peut cependant être interrogée.

Si l'avortement à la seule demande de la femme est limité dans le temps, le Droit français autorise l'avortement jusqu'à l'accouchement en cas de danger grave pour la santé de la femme ou lorsque « *qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »³⁸. L'interruption médicale de grossesse (IMG) doit alors être autorisée par deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire. Dans ce cas il s'agit bien pour le Droit de n'autoriser l'avortement que dans des situations considérées comme « objectivement » graves, appréciées par des personnes tierces, qui peuvent refuser l'avortement, ce qu'elles font d'ailleurs régulièrement³⁹. Pourtant, certaines femmes sollicitent parfois des avortements postérieurement au délai d'IVG en dehors de toute pathologie. Ces demandes sont qualifiées par l'Agence de la biomédecine de

³⁴ Loi n°75-17, 17 janv. 1975 : JORF du 18 janv. 1975, p. 739.

³⁵ CE, 31 oct. 1980, n°13028 : D., 1981, jurispr., 38.

³⁶ Loi n° 2014-873, 4 août 2014 : JORF n°0179 5 août 2014, p.12949, art. 24.

³⁷ Art. L2212-1 CSP modif. loi n°2001-588, 4 juill. 2001.

³⁸ Art. L2213-1 CSP.

³⁹ AGENCE de la BIOMÉDECINE, *Rapport d'activité des Centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal*, 2013, p. 2.

« demandes de la femme pour raisons personnelles » et sont distinguées des demandes pour « pathologie maternelle ». Cet intitulé interroge dans la mesure où il sous-entend que les autres demandes – pour des raisons médicales – ne relèvent pas de demandes « personnelles »⁴⁰. Le Droit et la pratique opposent ainsi demandes « objectives » et « subjectives », masquant qu'il s'agit en réalité de distinguer les demandes « légitimes » des autres. Peu importe ici ce que les femmes ou les couples se sentent capables de vivre ou d'accepter ; peu importe ce qui serait pour eux *subjectivement* essentiel, le Droit leur impose de le sacrifier à un impératif extérieur⁴¹. De fait, en 2013, sur 120 refus d'IMG, 67 au moins ont tout de même fait l'objet d'une interruption de grossesse, dans un autre centre ou à l'étranger⁴². Preuve que l'« objectivité » des cas pouvant conduire à une IMG est relative et que les demandes des femmes ou des couples revêtent, pour eux, une importance suffisante pour chercher à tout prix à leur trouver une réponse favorable.

Une question émerge alors : pourquoi ne pas supprimer tout délai à l'avortement ? La sauvegarde de la santé de la femme est ici un argument inopérant. En effet, il est toujours plus dangereux pour une femme d'accoucher que d'avorter⁴³. On se réfugierait tout aussi inutilement derrière l'idée d'une protection contre l'eugénisme, d'une part parce que l'eugénisme n'est défini juridiquement que par l'*organisation* d'une sélection entre les personnes⁴⁴ et ne peut donc découler de choix personnels⁴⁵ ; d'autre part, et surtout, parce qu'on ne peut nier que l'organisation actuelle de l'IMG en France relève *déjà* d'une forme d'eugénisme pour lequel la qualification criminelle est empêchée⁴⁶ par la place accordée à la volonté des personnes⁴⁷. À ce sujet, il est intéressant de noter que, dans l'un de ses avis, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) avait considéré qu'il ne fallait pas poser de délai à l'IMG car un tel délai conduirait à des décisions précipitées⁴⁸. Il est étrange que le Comité n'ait jamais considéré qu'un argument similaire pourrait aller dans le sens de la suppression de tout délai !

Ce régime de l'avortement démontre bien comment le Droit français organise, une hiérarchie des désirs, des « graves », des « supportables » pour les femmes et les couples. Hors de cet « acceptable » l'abnégation s'impose : un renoncement à ce qui

⁴⁰ Par ailleurs, l'intitulé invisibilise le fait que les demandes émanent généralement des couples : N. BAJOS, M. FERRAND, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition de la norme procréative », *Sociétés contemporaines*, 2006/1, n° 61, p. 96

⁴¹ Nous analysons ici le discours du Droit. Dans la pratique, le discours des couples est pris en compte par les comités pluridisciplinaires : v. par ex. M. GAILLE, « Des terres morales inconnues », *Anthropologie & Santé* [En ligne], mis en ligne le 08 avril 2016.

⁴² *Rapport d'activité des Centres pluridisciplinaires*, préc., p. 8.

⁴³ M.-X. CATTO, préc., n°516.

⁴⁴ Le Droit français définit le génocide comme l'« *exécution d'un plan concerté visant la destruction d'un groupe* », notamment par des « *mesures visant à entraver les naissances* » : art. 211-1 C. pén.

⁴⁵ Il est certain qu'une telle proposition interroge que le risque de sélection en fonction du sexe du fœtus mais d'une part que ce phénomène n'a pas été démontré dans les pays occidentaux sans délai d'avortement et, d'autre part, il devrait selon nous être prévenu par d'autres moyens que la coercition à l'égard des femmes, notamment par l'éducation.

⁴⁶ Rejet de la qualification de « génocide » pour l'avortement : Trib. corr. Puy-en-Velay 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, chron. droit crim., p. 324 : « *la décision de recourir à l'interruption volontaire de grossesse est une décision de nature individuelle qui ne peut pas par essence être assimilée à un "plan concerté" (...) Ces deux types de décisions n'ont rien à voir – de loin ou de près – avec la notion de génocide* ».

⁴⁷ En 2013, 928 accords pour IMG n'ont pas été mis en œuvre : *Rapport d'activité des Centres pluridisciplinaires*, préc., p. 8

⁴⁸ CCNE, avis n°107, 2009, p. 19.

est, pour les personnes, subjectivement essentiel, au profit d'un impératif jugé supérieur. Cette position révèle une conception étroite de la notion de santé qui ne correspond pas, par exemple, à celle donnée par l'OMS⁴⁹. Si l'on accepte une conception plus large, la demande d'une femme d'interrompre sa grossesse, quelles qu'en soient les raisons, pourrait être considérée comme participant à sa santé : la distinction entre IVG et IMG serait alors superflue et toute demande d'avortement serait légitime, sans autorisation, car ayant un fondement « thérapeutique ». Mais toute la limite de l'argument sanitaire est justement de se restreindre à l'impératif de santé publique et de ne pas permettre l'affirmation du pouvoir des femmes sur leur corps et leur sexualité. La relecture de J. J. THOMSON rappelle à cet égard que la suppression du délai d'avortement est aussi une question de cohérence du Droit car aucune autre règle n'impose à une personne d'engager son propre corps en raison du « respect de la vie » d'un tiers⁵⁰. C'est pourtant ce que fait le Droit français en « forçant » l'abnégation des femmes face à la vie qu'elles portent ; en faisant prévaloir contre leurs intérêts subjectifs des intérêts concurrents.

2) La représentation de l'IVG comme un acte négatif

Le concept d'intérêts concurrents : la construction d'un intérêt de l'enfant

Bien que l'IVG ne soit plus aujourd'hui considérée comme la réponse à la « détresse » de la femme enceinte, elle ne reste cependant qu'une exception au principe de « respect de la vie »⁵¹. Les deux premiers articles du titre consacré à l'IVG⁵² restent formulés ainsi : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* » ; « *il ne saurait être porté atteinte au principe [sus] mentionné qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre* ».

L'utilisation du concept d'« état de nécessité » montre que le Droit français ne considère l'avortement que comme une *concession* accordée aux femmes. Ce terme d'« état de nécessité » évoque en effet la situation dans laquelle une personne est contrainte de commettre un acte délictueux pour sauvegarder ses intérêts légitimes⁵³. Son utilisation sous-entend donc que l'IVG est un acte moralement répréhensible. Présenter l'avortement comme une exception au principe de respect de la vie montre que les intérêts subjectivement essentiels des femmes enceintes – comme mettre fin à leur grossesse – peuvent être écartés au profit d'une valeur jugée supérieure. Certes, l'affirmation textuelle d'un respect de la vie était clairement, en 1974, une rédaction de compromis permettant la légalisation de l'avortement, mais la jurisprudence qui a suivi ce texte montre bien qu'une telle rédaction n'est pas sans conséquence sur une représentation de l'IVG en termes d'intérêts concurrents. Dès 1975, le Conseil constitutionnel, pour déclarer la légalisation de l'avortement conforme à la Constitution, s'appuie, comme si elle était déterminante, sur cette affirmation du respect de la vie. Cette position sera confirmée en 2001⁵⁴, lors de l'examen de la constitutionnalité de l'extension du délai d'IVG : le Conseil y affirme que

⁴⁹ « état de complet bien-être physique, mental et social » : Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, New-York, 19-22 juin 1946, actes officiels de l'OMS, n° 2, p. 100.

⁵⁰ Version française : J.J. THOMSON « Une défense de l'avortement ». *Raisons politiques*, 2003/4 n° 12, p. 3. Version américaine : « A defense of abortion », *Philosophy and Public Affairs*, I (1), automne 1971.

⁵¹ Art 16 C. civ. reproduit art. L2211-1 CSP.

⁵² Art. L2211-1 et -2 CSP.

⁵³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° *Nécessité* ; art. 122-7 C. pén. *Contra* Br. GENEVOIS, concl. CE 31 oct. 1980 : *D.*, 1981, jurispr., 38.

⁵⁴ Cons. const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC : JORF 7 juill. 2001, p. 10828.

l'allongement du délai ne porte pas atteinte à « *l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme* ». Par cette affirmation, le Conseil qualifie certes l'avortement de « liberté » pour les femmes mais il souligne également le caractère limité de cette liberté au regard d'un intérêt concurrent : la sauvegarde de la dignité humaine, comprendre celle de l'embryon.

Cette analyse en termes d'« intérêts concurrents » a récemment été reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Dans un arrêt très contesté, « *A., B. et C. contre Irlande* »⁵⁵, la Cour analyse le Droit irlandais, très restrictif concernant l'avortement, au regard d'une part des « *idées morales profondes du peuple irlandais* » mais aussi du fait que « *les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés (...) il faut nécessairement (...) laisser [aux États] une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte* ». La Cour estime donc que, dans la mesure où l'Irlande autorise les femmes à se rendre à l'étranger pour avorter, les restrictions majeures apportées à l'avortement ne portent pas atteinte au droit au respect de la vie privée des femmes. Ce type d'analyse, surtout au regard des faits⁵⁶, montre comment la protection de la vie prénatale est construite comme un intérêt protégé *contre* les droits et libertés des femmes. Or, considérer qu'imposer aux femmes d'écarter leurs intérêts - qu'ils soient objectifs (protection de la santé) ou subjectifs (conditions sociales de naissance de l'enfant par exemple) - pour satisfaire à un régime fondé sur les « positions morales » d'un peuple n'est pas une violation des droits de l'Homme participe bien d'un concept « d'abnégation forcée ».

L'avortement construit comme une responsabilité des femmes.

Une des dispositions préliminaires consacrées à l'avortement énonce que « *l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale* » ainsi que « *l'éducation à la responsabilité* » sont des « *obligations nationales* »⁵⁷. Ce texte sous-entend qu'il y aurait, d'une part irresponsabilité à avorter, ou à s'être trouvé dans une telle situation ; et, d'autre part, que la femme qui recourt à l'IVG porte une part de responsabilité dans l'évolution de la démographie. La formulation est marquante au regard du fait qu'une telle « obligation nationale » n'existe en rien concernant la contraception⁵⁸. Au contraire, l'article L312-14 du Code de l'éducation énonce que « *l'enseignement des problèmes démographiques, sous leur aspect statistique et dans leurs rapports avec les questions morales et familiales, est obligatoire* ». Cet article, issu d'un décret de 1956⁵⁹ ne se contente pas d'imposer l'enseignement des relations entre comportements sexuels, contraception, avortement et démographie, mais présente spécifiquement les enjeux de l'évolution démographique comme un *problème* lié à des questions *morales*. On voit bien ici comment les couples,

⁵⁵ St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2011, n°20, p. 1360 ; aussi J.-P. MARGUENAUD, « Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'avortement », *RTD civ.*, 2003, p. 371

⁵⁶ La première était en état de dépression *post* natale, avait des antécédents alcooliques et déjà quatre enfants placés dont un handicapé, elle avait dû emprunter l'argent nécessaire à l'opération étant donné sa situation sociale, la deuxième craignait une grossesse extra-utérine et la troisième que sa grossesse ne la conduise à une récurrence de cancer et l'empêche de suivre les traitements adaptés.

⁵⁷ Art. L2211-2 CSP.

⁵⁸ Art. L2214-2 CSP.

⁵⁹ Décret n°56-149, 24 janv. 1956 : JORF 28 janv. 1956, p. 1109, art. 38. Transfert au Code de l'éducation, ord. n° 2000-549, 15 juin 2000 : JORF 22 juin 2000, p. 9343.

et en particulier les femmes, sont renvoyé·es à l'aspect prétendument égoïste de leur décision de ne pas procréer. L'idée d'une « responsabilité » de l'avortement dans démographique est confirmée par l'article L2214-3 du CSP prévoyant que l'application du titre concernant l'IVG donne lieu à un rapport annuel « *rendant compte de l'évolution démographique du pays* ». Cette disposition, issue initialement de la loi autorisant la contraception⁶⁰, montre comment l'évolution des mœurs sexuelles influe sur le Droit : en 1967, c'est la contraception qui est perçue comme un risque pour la démographie nationale, elle est aujourd'hui banalisée et ce texte se retrouve dans les dispositions sur l'IVG. Or, il n'existe aucune disposition prévoyant l'établissement d'un rapport sur la démographie en rapport avec d'autres données : la loi privilégie l'étude du lien entre IVG et démographie, manifestant ainsi une méfiance spécifique à l'égard de cet acte. Or, ce sont des préoccupations natalistes qui ont historiquement fondé la répression de l'avortement⁶¹.

Ici encore l'idée d'une « abnégation forcée » des femmes face à la reproduction est visible : la possibilité pour les femmes d'accéder à l'IVG n'est jamais qualifiée de « droit ». En revanche les textes multiplient les dispositions qui opposent cette demande à des intérêts collectifs, publics justifiant que l'avortement soit, du moins moralement et symboliquement, considéré comme un acte à éviter, quelles que soit les raisons pour lesquelles une femme souhaiterait y avoir recours⁶².

B) L'accouchement anonyme : la construction d'un intérêt des tiers contre l'intérêt des femmes

La possibilité pour les femmes de préserver le secret de l'accouchement et de la naissance est très ancienne ; elle était initialement fondée, comme l'a été l'avortement, sur des impératifs de santé publique. Ce dispositif visait en effet à inciter les femmes à accoucher plutôt qu'à avorter ou à tuer un enfant non-désiré et à se rendre pour cet accouchement dans un établissement de santé⁶³. L'état actuel du Droit date de 1993⁶⁴. Le Code civil dispose aujourd'hui que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* »⁶⁵. La femme qui demande un tel secret a deux mois pour se rétracter et « reprendre » l'enfant avant qu'il soit placé en vue d'adoption. Elle a la possibilité de laisser sous pli fermé des renseignements la concernant. Dans le même temps le législateur introduisait dans le Code civil une fin de non-recevoir aux actions en recherche de maternité contre les femmes ayant accouché anonymement. Ainsi, à l'époque, même si l'identité de sa génitrice était finalement révélée il était impossible à l'enfant d'établir avec elle un quelconque lien de filiation.

⁶⁰ L. n° 67-1176, 28 déc. 1967 : JORF du 29 déc. 1967, p. 12861, art. 8. ; M. Neuwirth aurait souhaité un véritable observatoire de la contraception, refusé par le Parlement : J. LAUFER et Ch. ROGERAT, « Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception », *Travail, genre et sociétés*, 2001/2, n° 6.

⁶¹ Sur la question démographique lors des débats de la loi Veil v. compte-rendu, 2^e séance 28 nov. 1974, p. 7195 ainsi que les motifs du projet de loi, p. 5.

⁶² Cette position se retrouve dans le refus de principe de considérer que l'échec d'un avortement est un préjudice réparable. Pour une étude sur cette question et sur l'accès à la contraception v. notre contribution : « Interruption volontaire de grossesse et contraception. Quel accès à une liberté génésique ? », *La loi et le genre*, préc., p. 107.

⁶³ N. LEFAUCHEUR, « De la tradition française au droit à la vérité de la biographie – ou du recours à l'histoire dans les débats parlementaires sur l'accouchement dit sous X », *Clio*, 2006-24.

⁶⁴ L. n° 92-22, 8 janv. 1993.

⁶⁵ Art. 326.

Bien que cette possibilité ne soit pas formellement conçue comme un « droit » des femmes, le dispositif est centré sur leur volonté et l'exercice de leur liberté. De fait, M. IACUB compare l'accouchement anonyme à un avortement tardif, effectué à la seule demande de la femme, sans contrôle extérieur⁶⁶. Ce sont aujourd'hui entre six cents et sept cents femmes qui y recourent chaque année. Mais deux types de revendications extérieures vont émerger et conduire à une remise en cause de cette liberté : une fois encore les intérêts des femmes cèdent devant des considérations extérieures jugées moralement supérieures, nouvelle manifestation d'une « abnégation forcée ».

1) Le droit à l'accès aux origines : la construction d'un intérêt des enfants contre la liberté des femmes

Le dispositif d'accouchement anonyme a été contesté à partir des années 1990 au nom d'un droit des enfants à connaître leurs origines. Sensible à cette revendication et craignant sans doute une condamnation de la CEDH, la France, en 2002, a profondément remanié le droit de l'accouchement anonyme et a créé le Centre National d'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP) qui a pour mission d'établir, autant que possible, un lien entre les enfants « nés sous X » et les femmes qui les ont mis au monde⁶⁷.

À sa majorité (ou avec l'accord des titulaires de l'autorité parentale durant sa minorité), tout enfant né sous X peut s'adresser au CNAOP afin d'obtenir des renseignements sur la femme dont il est issu. Le Centre dispose alors de larges pouvoirs d'investigation pour la retrouver⁶⁸. Si l'identification est possible, elle est contactée et il lui est proposé de lever l'anonymat ou de prendre contact anonymement avec l'enfant. En cas de refus, aucun contact n'est théoriquement possible mais rien n'est particulièrement prévu pour en protéger la femme si les renseignements fournis ont permis à l'enfant de l'identifier. Bien que plus rare, des dispositions sont également prévues pour la rencontre du géniteur⁶⁹.

Ce dispositif a été jugé équilibré par la CEDH qui a estimé qu'il établissait un juste arbitrage entre le « *droit à l'identité et à l'épanouissement personnel de l'enfant* » qui comprend « *l'intérêt vital à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle [dont] l'identité de ses géniteurs* » et l'« *intérêt de la mère à voir conserver son anonymat* »⁷⁰. Comme le note pertinemment N. Hervieu⁷¹, la Cour prend soin de qualifier la demande de l'enfant de « droit » et la position de la mère d'« intérêt ». T. Gründler⁷² remarque que la position du Conseil constitutionnel français est légèrement plus nuancée puisque

⁶⁶ M. IACUB, « Naitre sous X », *Savoirs et clinique*, 2002, n° 4, p. 48.

⁶⁷ Afin de nous éclairer sur le fonctionnement du CNAOP, un entretien semi-directif a été effectué le 31 mars 2015 avec M. BOURELY, secrétaire général et Mme LENOIR, chargée de mission que nous remercions sincèrement. La responsabilité des propos ici tenus nous revient entièrement.

⁶⁸ Le Centre ne procède qu'à des recherches documentaires, non à des enquêtes de témoignages, mais possède de très large pouvoirs pour la localisation des personnes : IGAS, *Audit du fonctionnement du CNAOP*, 2011, p. 20 et s. Certaines questions se posent au regard des dispositions concernant les archives nationales : circulaire DGP/SIAF/AACR/2010/011 du 27 juill. 2010.

⁶⁹ Art. L147-6 CASF.

⁷⁰ CEDH, 13 fév. 2003, *Odièvre c. France*, n°42326/98, §44.

⁷¹ N. HERVIEU, « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », *Actualité Droits-Libertés* du 29 sept. 2012, CREDOF.

⁷² T. GRÜNDLER, « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », *Revue des droits de l'homme*, 2013-3, n° 17 et s.

dans une décision portant sur la constitutionnalité du régime actuel, il a qualifié les deux positions d'« intérêt ». Cependant, une fois encore, la situation de la femme n'a pas été qualifiée de « droit ».

Comme pour l'avortement, ce sont avant tout des considérations médicales qui sont mises en avant dans les justifications de ce régime. Ainsi, un des arguments de la CEDH pour approuver le régime français était que l'anonymat participait au droit à la vie de l'enfant⁷³. L'argument semble cependant fragile : il n'est en effet pas certain que les pays dépourvus de mécanisme identiques connaissent un taux d'avortements clandestins ou d'infanticides plus important que la France. On serait surtout tentée de penser que la principale différence entre ces États est la marge de liberté offerte aux femmes dans leur vie reproductive. De fait, de nombreux aspects du Droit français actuel sont en réalité très défavorables au respect de la volonté de la femme de préserver le secret de son identité. Le régime de l'accouchement anonyme est par ailleurs de plus en plus remis en questions.

a) *Régime actuel : une pression sur les intérêts des femmes*

La possibilité d'accoucher anonymement n'est absolument pas présentée dans les textes comme une véritable liberté des femmes. Au contraire, certaines des dispositions du régime sont clairement culpabilisantes. Ainsi, l'article L222-6 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) énonce-t-il que « *toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité (...) est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire* ». L'aide financière ou psychologique qui peut être apportée à ces femmes n'est évoquée que plus loin. On voit bien ici comment la liberté de choix des femmes est placée, du moins symboliquement, au second plan. Est valorisée une vision stéréotypée de l'importance de connaître son « histoire », valeur pourtant subjective, éminemment personnelle, élevée ici au rang de vérité juridique. Le régime de l'accès aux origines ne va d'ailleurs pas jusqu'au bout de cette logique de l'« histoire ». En effet, la révélation de l'identité de la génitrice ne pourra se faire que dans l'hypothèse où l'enfant le souhaiterait : il est impossible à une femme de retrouver l'enfant dont elle a accouché s'il ne le demande pas⁷⁴. Ce mécanisme, qui vise à préserver l'équilibre des familles adoptantes – et se comprend tout à fait dans cet objectif – manifeste que ce n'est pas véritablement « la vérité à tout prix » que recherche le Droit mais uniquement la vérité pour les enfants qui le désirent⁷⁵.

La liberté des femmes à conserver l'anonymat est théoriquement préservée par le fait qu'elles sont interrogées *avant* que leur identité soit transmise à l'enfant et que soit proposée une rencontre. Plusieurs points marquent cependant l'hypocrisie du système. Tout d'abord, l'identité de la femme sera révélée en cas de décès, sauf si elle s'y est expressément opposée de son vivant⁷⁶, c'est-à-dire si elle a eu l'occasion d'être

⁷³ Cet argument a disparu dans des décisions postérieures : CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09.

⁷⁴ La révélation de la nouvelle identité d'une enfant adoptée est constitutive d'une faute de l'administration : H. RIVAL, *AJDA* 2013, p. 262.

⁷⁵ *Rapport parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 nov. 2012, p. 49 et s. Il ne s'agit pas de nier que les « retrouvailles » puissent parfois constituer un événement positif : M. DUYME, Fr. PERRIARD, *Qualité et satisfaction de vie des personnes pupilles de l'Etat ou enfants adoptés ayant rencontré leurs parents de naissance à l'âge adulte*, oct. 2014.

⁷⁶ L147-6 CASF. Pour les personnes incapables, le CNAOP saisit un juge des tutelles ; selon le Centre, l'incapacité ne fait pas obstacle à la révélation après le décès.

interrogée une première fois. Ceci montrer que la liberté laissée aux femmes n'est pas conçue comme un choix de vie mais comme une démarche purement personnelle : peu importe qu'elles aient fait ce choix en concertation avec leur compagnon du moment ou dans le souci de préserver leurs enfants nés ou à naître. La révélation du secret peut leur être imposée au prétexte du décès de la femme⁷⁷. Cette norme est sans lien avec la réalité sociologique de l'accouchement anonyme.

Bien qu'il soit très difficile d'établir des statistiques précises sur les caractéristiques et motivations des femmes demandant le secret de la naissance, quelques études ont cependant été menées⁷⁸. On y apprend que dans 20% des cas, la décision d'accoucher anonymement est prise par le couple ou par le géniteur, à 53% lorsque les deux géniteurs sont en couples au moment de l'accouchement. Par ailleurs, 46% des femmes accouchant anonymement ont déjà un enfant. Ces chiffres tendent à faire penser que l'accouchement anonyme est souvent une décision prise dans un contexte familial général. Révéler l'identité des femmes après leur mort revient à nier que leur liberté reproductrice est en réalité liée à leur liberté individuelle de construire leur famille comme elles le souhaitent.

Cette liberté trouve d'autres limites. Par un souci d'« égalité des sexes », l'identité de la femme peut également être fournie au CNAOP par la personne qui se prétend le géniteur⁷⁹. Cette disposition vient réduire à néant la liberté des femmes dans la mesure où une fois l'identité du géniteur communiquée, rien ne s'oppose à ce qu'il révèle celle de la femme⁸⁰. Les membres de la famille de la femme⁸¹, peuvent également la « dénoncer », au nom de l'intérêt de l'enfant.

Cette révélation de l'identité est d'autant plus problématique qu'une loi de 2009 a supprimé la fin de non-recevoir à la recherche de maternité. Depuis cette date, un enfant dont la filiation n'aurait pas été établie⁸² et qui aurait retrouvé l'identité de sa génitrice pourrait établir sa filiation à son égard. Cet état du Droit est d'autant plus préoccupant qu'aucune disposition transitoire n'est prévue à ce sujet : en théorie, la suppression de la fin de non-recevoir s'applique rétroactivement. Une femme qui aurait antérieurement révélé son identité, pensant être préservée d'une action en recherche de maternité, pourrait donc y être soumise. Tel le cas dans une affaire jugée par le TGI de Toulouse⁸³.

Le régime de l'accouchement anonyme est donc aujourd'hui construit comme s'il ne pouvait y avoir pour la femme qu'un *regret* de ne pas avoir transmis son identité. Ainsi, s'il est mentionné à de multiples reprises que la femme est invitée à laisser des renseignements⁸⁴, toute information ou autorisation donnée au CNAOP est irréversible, même si aucune demande n'a été formulée par un·e enfant. Cette règle est sans aucun fondement textuel et ne repose que sur une simple délibération du CNAOP⁸⁵, posant ainsi la question de son fondement démocratique. Le caractère rétroactif de la création du CNAOP conduit également à ce que des femmes qui pensaient ne pas pouvoir être

⁷⁷ Pour un avis favorable : M.-Chr. LE BOURSICOT, « Le Cnaop au cœur du dispositif de l'accès aux origines personnelles », *Le Journal des psychologues*, 2006/6, n° 239, p. 37.

⁷⁸ La plus récente : C. VILLENEUVE-GOKALP, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 2011/1, vol. 66, p. 135. Nous nous appuierons sur ces chiffres.

⁷⁹ Art. L147-2 CASF.

⁸⁰ Se pose la question de la vérification des allégations de l'homme. Le CNAOP affirme être très prudent quant à ces déclarations ; ex. *Rapport d'activité* 2012, p. 16.

⁸¹ Art. L147-2 3° CASF

⁸² Ou pour les enfants recueillis en adoption simple, seule possibilité au-delà de quinze ans.

⁸³ TGI Toulouse, 8 oct. 2012, n° 12/01100 : J. HAUSER, *RTD civ.* 2013, p. 587.

⁸⁴ Détail : art. R47-22 CASF.

⁸⁵ CNAOP, *Rapport d'activité* 2012, p. 15.

retrouvées soient contactées aujourd'hui pour confirmer leur volonté de maintien du secret. Une affaire a d'ailleurs vu une femme, craignant que son identité ne soit révélée, agir contre d'administration pour réclamer l'effacement de tout élément permettant de l'identifier⁸⁶. Par ces dispositions, les femmes sont invitées à se soumettre aux désirs des tiers, considérés comme plus légitimes que les leurs ; on constate à nouveau la manifestation d'une abnégation forcée.

b) *Vers une suppression de cette liberté ?*

L'intérêt de l'enfant à connaître ses origines est au cœur des différentes propositions qui visent actuellement à supprimer l'anonymat de la naissance. La plus récente est le rapport Théry-Leroyer pour une réforme du Droit de la famille⁸⁷. Ce travail préconise que l'identité des femmes soit systématiquement recueillie, quitte à les soumettre à une investigation pour s'assurer qu'elles mentent sur leur identité⁸⁸. Cette identité serait ensuite transmise à l'enfant majeur à sa demande. Les arguments avancés en faveur de cette évolution sont multiples : l'intérêt de l'enfant en premier lieu mais aussi un souci d'égalité entre les géniteurs. Il est par ailleurs souligné que 54% des femmes laissent déjà leur identité ou un pli fermé lors de la naissance et que 70% des femmes contactées ont finalement accepté la rencontre avec l'enfant. Ces arguments interrogent.

Origines ou récit ?

Tout d'abord, comme le soulignent pertinemment L. Marguet et M. Mesnil, il est surprenant qu'alors que ce rapport rappelle la différence entre biologie et origines, ce soit l'*identité* de la femme qui soit mise en avant et non l'importance d'éléments biographiques, du récit de l'histoire des géniteurs et de la venue de l'enfant⁸⁹. De la même façon, on ne trouve pas dans ce rapport d'interrogation sur la *cause* des souffrances des enfants nés sous X. En effet, la volonté d'accès aux « origines » est souvent présentée comme « naturelle », évidente. Or, M. Iacub nous invite à réfléchir sur le fait qu'une part de la souffrance des personnes adoptées vient justement de l'attitude sociale consistant à sur-valoriser la filiation biologique par rapport à la filiation adoptive. Elle compare cette situation avec celle des enfants de couple homosexuels dont les « souffrances psychologiques » sont sans doute liées avant tout à la stigmatisation dont elles sont victimes et non à leur situation familiale en elle-même⁹⁰. Ainsi, en considérant comme primordial le fait d'accéder à ses « origines » à la suite d'un accouchement anonyme et en modifiant le Droit en conséquence ne conduit-on pas en réalité à renforcer l'idée qu'être né·e ainsi est un « problème » auquel l'État doit apporter une solution ?

Il convient ensuite de souligner à quel point ce rapport semble simplifier les volontés des femmes. En effet, si une petite majorité d'entre elles laissent des éléments sur leur personnalité elles ne sont que 21% à laisser à coup sûr leur identité (32% d'entre elles ne laissent qu'un pli fermé dont on ne peut savoir ce qu'il contient avant l'ouverture) et surtout 47% refusent de laisser de tels éléments. Le déséquilibre ne

⁸⁶ CE ref., ord. 25 oct. 2007, n° 310125.

⁸⁷ MINISTÈRE des AFFAIRES SOCIALES et de la SANTÉ, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014.

⁸⁸ Le pli peut contenir une fausse identité : M.-Chr. BOUCICAUT, préc., p. 35.

⁸⁹ L. MARGUET, M. MESNIL, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 6 juin 2014, n° 43 et s.

⁹⁰ « Naître sou X », préc., p. 56 et s.

semble pas suffisamment important pour qu'on puisse en déduire quoi que ce soit sur « la » volonté des femmes. De la même façon, le fait qu'un peu moins de la moitié des femmes contactées acceptent *a posteriori* de lever leur anonymat est une donnée difficile à analyser⁹¹ d'autant que les causes de l'accouchement anonyme peuvent évoluer avec le temps. Ainsi, les femmes ayant accouché dans les années 1970 évoquent souvent la pression sociale qui pesait autour d'une grossesse « hors norme », notamment pour les femmes célibataires. Ces femmes-là, dont la liberté de choix était sans doute beaucoup plus contrainte socialement qu'aujourd'hui, ont-elles le même comportement face au secret que celles qui font ce choix aujourd'hui ?

Négation de la liberté de choix des femmes

Concernant la liberté des femmes, le rapport Théry-Leroyer contient par ailleurs des affirmations surprenantes telle que : « *le nouvel équilibre recherché tient compte de la différence entre l'organisation de la protection de la femme qui accouche, et le déni pur et simple de l'événement* ». De quel déni parle-t-on ici ? D'un déni du Droit ou d'un déni des femmes ? On peut s'interroger sur la forme de paternalisme qu'il y aurait à préjuger ainsi des motivations des femmes. De même l'affirmation selon laquelle « *l'intérêt de la femme au moment de la naissance et de l'abandon n'est pas forcément l'intérêt de la femme toute sa vie. Plus généralement on ne peut pas présumer qu'une femme en détresse, qui a absolument besoin du secret de l'accouchement, ait ensuite toujours le souhait que cet événement majeur de sa vie soit aboli et effacé à jamais, au point d'être supposé n'avoir jamais eu lieu* ». Si cette assertion est sans doute vraie pour certaines, le dispositif actuel leur permet de revenir à tout moment sur le secret en communiquant des informations identifiantes au CNAOP. Mais *quid* de celles pour lesquelles ce n'est pas le cas ? Leur liberté, leur intérêt subjectif, sont ici niés au profit du supposé intérêt majeur de l'enfant. Une fois encore c'est aux femmes que l'on demande de sacrifier leur intérêt personnel au profit d'un intérêt tiers.

L'affirmation que la femme qui accouche anonymement - comme la femme qui avorte - est nécessairement en « détresse » est par ailleurs simplificatrice. Comme le note M. Iacub, il faut remarquer à quel point l'accouchement anonyme est toujours présenté comme une contrainte, jamais comme un choix, par exemple par refus de l'avortement⁹². S'il est vrai qu'un grand nombre de femmes évoquent à cette occasion leur situation familiale ou économique d'autres semblent prendre cette décision dans des contextes « stables » : 25% travaillent, sont en couple et ont un logement, voire d'autres enfants.

La négation du lien entre accouchement anonyme et avortement

La cause majeure des accouchements anonymes est passée sous silence, alors qu'elle semble centrale : 80% des femmes qui accouchent anonymement ont eu connaissance de leur grossesse *après* le délai légal d'IVG. Ainsi on peut suggérer nombre de femmes qui font le choix d'accoucher anonymement auraient sans doute choisi l'avortement si elles l'avaient pu. Une réflexion s'impose⁹³ : longtemps l'accouchement anonyme a été considéré comme un *palliatif* à l'avortement. Or, si l'on considère que naître sous X est aujourd'hui constitutif d'une souffrance particulière,

⁹¹ Entre 2002 et 2014, étant donné les cas dans lesquels la femme n'est pas retrouvée, seules 10,3% des demandes aboutissent à une acceptation de levée du secret, 9,7% à une levée du secret après le décès et 12,3% à un refus de révélation. Certaines acceptent cependant une rencontre ou un échange de courriers anonymes : CNAOP, *Rapport d'activité*, 2014, p. 24 et s.

⁹² « Naître sous X », préc., p. 53.

⁹³ V. aussi L. MARGUET et M. MESNIL, préc., n° 45.

pourquoi ne pas considérer qu'admettre l'avortement sans limite de temps pourrait servir à limiter cette souffrance ?

Parmi les femmes qui désiraient initialement un enfant ce sont des « circonstances imprévues » qui les ont conduites à ce choix. Considérer que l'on pourrait imposer à ces femmes de révéler leur identité c'est nier leur liberté reproductrice, continuation de leur liberté d'avorter, c'est leur imposer l'abnégation que constitue le fait de prendre le risque de se voir contactée, des dizaines d'années après son accouchement, par un enfant qu'elles n'ont pas voulu. C'est pourtant la tendance actuelle : élargir la contestation des décisions des femmes à d'autres tiers.

2) Les intérêts tiers contre ceux des femmes

Bien que la situation soit très rare, quelques affaires ont défrayé la chronique ces dernières années. Quelques cas, très contestables, ont vu les parents de la femme ayant accouché anonymement se voir reconnaître des droits sur l'enfant⁹⁴ mais nous nous attarderons surtout ici sur le cas des géniteurs.

Une liberté illusoire des pères face au nouvel intérêt de l'enfant

La loi de 2002 a considérablement renforcé les droits des géniteurs face à la décision d'une femme d'accoucher anonymement : l'homme qui a fait établir sa filiation par une reconnaissance peut désormais demander l'appui du Ministère public pour retrouver l'enfant avant le délai de deux mois à l'expiration duquel il peut être placé. Ce procédé, supposément égalitaire, est peu utilisé mais peut aboutir, de fait, à neutraliser le choix de la femme. Deux affaires de ce type ont été particulièrement médiatisées. Dans la première⁹⁵, le père avait bien retrouvé l'enfant avant son placement mais le Conseil général avait hâté le consentement à l'adoption et l'enfant avait été placé. Après plusieurs années le père vit ses droits reconnus mais l'enfant fut maintenu dans sa famille adoptive. La seconde affaire⁹⁶ est récente et montre bien que les droits des pères sont en réalité cosmétiques face à une appréhension ambiguë de l'intérêt de l'enfant. Dans une affaire similaire à la première, la Cour d'appel de Rennes a décidé de ne pas remettre l'enfant à son père et de suspendre toute décision concernant un droit de visite et d'hébergement. Cette décision est principalement fondée sur des expertises psychiatriques tendant à démontrer le risque psychologique pour l'enfant d'être séparé de ses parents adoptifs, présentés comme parfaitement équilibrés là où est soulignée la situation d'ancien détenu du géniteur et son « immaturité ».

On voit bien ici comment l'aspect « psychologique » de la question des origines est facilement manipulé : si l'on a pu mettre en avant l'importance « vitale » de la connaissance des origines, cette priorité du biologique est manifestement bien moindre lorsqu'il s'agit de choisir les « bons » parents. Cette dernière affaire montre parfaitement en quoi la question des droits des enfants adoptés est également une question de classes.

La rareté des affaires : un enseignement sur les véritables libertés à défendre

⁹⁴ Nous ne développerons pas ce point et renvoyons vers T. GRÜNDLER, préc., n° 31 et s. mais aussi, pour un résumé à A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, p. 265. Sur la question des mineurs v. Civ. 1^{re}: 5 nov. 1996 : *Defrénois* 1997, art. 36591, note J. MASSIP ; *JCP G.* 1997.II.22749, note I. ARDEEF ; *Dr. Fam.* 1997, comm. n°19, P. MURAT.

⁹⁵ CA Reims, 12 déc. 2006, n° 06/01817

⁹⁶ CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, 14/04550.

Malgré les droits toujours plus importants accordés par la loi aux géniteurs d'enfants nés sous X, c'est surtout la rareté des affaires qui frappe⁹⁷. Certes, il est probable que certains hommes aient voulu retrouver leur enfant mais qu'ils n'aient pas su comment s'y prendre ou qu'ils n'aient pas réussi à l'identifier. Mais les chiffres dont on dispose montrent surtout une double réalité. En premier lieu, pour une grande partie des accouchements anonyme, c'est justement l'attitude du père qui est évoquée par les femmes comme étant la raison de leur choix⁹⁸. Ces chiffres démontrent que la « responsabilité » des femmes dans cette décision est partagée avec les hommes. Il ne s'agit pas ici de nier la liberté des femmes - même s'il peut s'agir d'une liberté « sous contrainte » - mais de suggérer plusieurs pistes de réflexion. Premièrement, l'accouchement anonyme doit être vu comme une attitude responsable⁹⁹ des femmes, qui souhaitent préserver leur enfant de conditions de vie qu'elles n'estiment pas souhaitables. Deuxièmement ces statistiques montrent à quel point le « schéma » familial du couple est présent dans le choix de ces femmes, qui refusent d'élever seule un enfant. Ce constat peut nous conduire à nous interroger sur la « norme familiale » portée socialement et sur les contraintes matérielles et sociales qui pèsent sur les familles monoparentales. Enfin, cette très faible revendication des géniteurs rappelle que l'accouchement anonyme est parfois l'expression d'un choix commun¹⁰⁰ et donc aussi l'expression d'une liberté reproductrice pour les hommes.

Les modifications du régime de l'accouchement anonyme, menées au nom de l'égalité, répondent ainsi à des demandes très rares mais touchent la liberté reproductrice de la majorité, hommes comme femmes. Cette réflexion pourrait se poursuivre à propos de l'avortement : la « responsabilisation » des femmes face à cet acte passe sous silence que les hommes portent aussi une part de responsabilité dans la grossesse elle-même¹⁰¹ et qu'ils approuvent souvent le choix de leur compagne. Une fois encore sacrifice contraint des intérêts des femmes face à la construction, quelque peu illusoire d'un intérêt tiers dont on peine à trouver les titulaires.

L'opposition construite entre hommes et femmes concernant les choix procréatifs doit être interrogée. Une lecture féministe du Droit permet de montrer comment protéger la liberté des femmes, leur permettre de déterminer elles-mêmes leur meilleur intérêt, ne pas les « contraindre à l'abnégation », conduit le plus souvent à défendre aussi la liberté de choix des couples. Pourtant, les intérêts, objectifs et subjectifs des femmes sont souvent niés au profit d'intérêts tiers, jugés plus légitimes. Cette abnégation des femmes restera invisible, et ne pourra être remise en cause, tant que leurs choix ne seront pas perçus comme pleinement responsables.

⁹⁷ Entre 2007 et 2009, sur les 117 enfants repris par leurs parents, deux l'ont été par leur père seul : C. Villeneuve-Gokalp, *loc. cit.*, p. 159

⁹⁸ 43 % des motivations invoquées sont en relation avec le géniteur : C. VILLENEUVE-GOKALP, *préc.*, p. 153 et s.

⁹⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport sur l'accouchement dans le secret*, 2010, p. 44.

¹⁰⁰ 20% d'hommes ont expressément donné leur accord ; 53% étaient informés de la grossesse : C. VILLENEUVE-GOKALP, *préc.*, p. 158.

¹⁰¹ Sur les rapports sexuels sans préservatifs v. N. BAJOS et M. FERRAND, « L'avortement à l'âge de raison », *Mouvements*, 2001/4, n°17, p. 103. Par ailleurs deux tiers des femmes ayant recours à l'avortement étant sous contraceptif la « responsabilité » de la grossesse revient souvent à celle du rapport sexuel lui-même. Ex. PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la santé et les droits sexuels et génésiques*, n°2013-2040, point S.