

Fiche de lecture de « l'empire du ventre – Pour une autre histoire de la maternité »

Auteur : Marcela Iacub

Éditeur : Fayard, 2004

Introduction

Marcela Iacub est juriste et chercheur au CNRS. Elle a notamment publié « Le crime était presque sexuel », « Penser les droits de la naissance » et « Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle ? »

Ce livre de 350 pages décrit l'histoire de la parentalité depuis le code civil de 1804 jusqu'en 2004, sous un angle juridique, en mettant en exergue les grandes tendances du droit de la filiation et leurs conséquences.

Développement

Le code Napoléonien

On présente le plus souvent l'institution du mariage dans le Code Napoléonien comme un carcan, une source d'inégalité entre enfants légitimes et « bâtards » (enfants naturels). Pourtant on oublie trop souvent de mettre l'accent sur un aspect fondamental de cette institution : elle s'émancipe des fondements de la nature ou de la religion, pour construire sous forme de contrat et de volonté proprement politique les liens de filiations, s'inspirant ainsi fortement des idéaux de la Révolution.

Exit la conception naturelle et religieuse du mariage et de la filiation de l'Ancien Régime : le mariage n'évite plus le péché de la fornication, il n'est plus le cadre à l'intérieur duquel les époux se doivent d'avoir des relations sexuelles, il est un contrat passé entre deux personnes qui connaissent et acceptent les droits et devoirs de cette institution.

Si dans l'Ancien Régime, on pouvait annuler un mariage pour cause d'impuissance de l'époux ou tout simplement pour n'avoir pas été consommé, avec son cortège de preuves et d'enquêtes vexatoires, le Code Napoléonien n'inscrit aucune obligation à ce sujet : les époux ont consenti à se marier, ils sont responsables de leurs actes et des suites.

Sous l'ancien régime, la filiation légitime était celle du sang. Le code Napoléonien introduit la notion de présomption : les filiations paternelles et maternelles, dans le cadre du mariage, n'avaient pas besoin de prouver leur vérité, mais seulement leur vraisemblance. Le mariage devenait ainsi comme une enceinte à l'intérieur de laquelle les époux étaient libres de s'arranger comme ils le voulaient, protégés du regard « inquisiteur » de la société ou de l'État.

Filiation légitime (dans le mariage) :

Titre de naissance : il suffit que la mère donne son nom à la naissance (tient lieu de reconnaissance). Ceci vaut en même temps preuve d'accouchement (en tout cas jusqu'à preuve du contraire).

Possession d'état : indique que les parents ont toujours traité cet enfant comme le leur (éducation, affection, etc.).

Les contestations de la filiation légitime (dans le mariage) :

A la naissance, le père a un délai d'un à deux mois pour contester sa paternité, dans certains cas particuliers. Par défaut il est donc père de l'enfant.

Par la suite, elles sont très limitées. L'article 322 du Code Civil indique en effet que du moment que le titre de naissance et la possession d'état sont conformes, nul ne peut contester cette filiation, les éventuelles preuves n'étant même pas regardées (fin de non recevoir). Cet article verrouille complètement une filiation ainsi établie, pour tous : parents, enfants, famille, tiers. Il s'agit bien d'une filiation fondée sur la volonté des participants et non ancrée dans la vérité biologique.

[

NDLR : cet article 322 dont il est question dans le livre a été remplacé par le 333 en 2006, qui laisse plus d'importance au lien biologique et réduit le verrou dont parle ici Marcela Iacub. On assiste donc comme l'auteur le décrit, et par anticipation (le livre est paru en 2004) à un lent détachement de la volonté comme fondement de la filiation et une réhabilitation du biologique. Ainsi l'article 322 avant 2006, dont il est question ici est le suivant :

Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

L'article 333 qui le remplace à partir de 2006 est ainsi constitué :

Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement.

]

L'auteur donne plusieurs exemples de tentatives de dénonciation de filiation : fils voulant mettre sa mère sous curatelle pour disposer de sa fortune, mère ne voulant plus payer la pension de sa fille, famille ne voulant pas partager l'héritage avec un enfant, femme effectuant du chantage sur le couple à qui elle aurait donné ou vendu son enfant... Dans tous ces cas, sans même regarder si la filiation reposait sur la vérité biologique ou non, la possession d'état (au moyen de l'article 322) a barré la route à tous les plaignants. Si un couple marié accepte une filiation, personne n'a plus la possibilité de la dénoncer ultérieurement au gré de mécontentes ou d'intérêts contraires.

Filiation naturelle (hors du mariage) :

La mère doit, lors de la reconnaissance de l'enfant, exprimer en plus sa volonté d'établir un lien de filiation. Autant une mère mariée a exprimé par le mariage, son consentement à la filiation envers tous les enfants qui en seront issus, autant une mère célibataire doit l'exprimer à nouveau pour chaque enfant. Là aussi, le caractère volontaire de la filiation est mis en avant (outre le fait que le droit n'encourageait pas la filiation en dehors du mariage). Ainsi un acte de naissance comportant le nom de la mère n'implique pas une filiation.

L'enfant est lié séparément à chacun des auteurs de la reconnaissance (mère / père).

Aussi bien le père que la mère peuvent reconnaître une filiation naturelle, mais rien ne les y oblige.

Pour ce qui est de la reconnaissance d'état, elle était valable pour la mère mais non pour le père. Toutefois elle a disparu progressivement au cours du XIX^{ème} siècle comme preuve de filiation. La reconnaissance volontaire de la filiation restait nécessaire.

Les contestations de la filiation naturelle (hors mariage) : elle est très facile, du moins pour ce qui concerne les hommes. N'importe qui peut contester. Pour les mères, elle peut se faire

essentiellement par défaut de reconnaissance explicite de la maternité dans l'acte de naissance.

Les recherches en paternité, à la différence de l'Ancien Régime, sont interdites (sauf en cas d'enlèvement). Ceci afin d'éviter d'une part « de malencontreux abus et scandales » (les filles attribuaient de préférence la paternité de leurs enfants à des personnes riches). Mais d'autre part, parce qu'une telle recherche se plaçait au-dessus de la volonté de l'homme célibataire d'assumer ou non sa paternité. Les recherches en maternité sont possibles, mais dans les faits quasiment impossibles, puisqu'il faut prouver l'accouchement de la mère, le fait que l'enfant présumé (qui est le seul à pouvoir faire cette demande de recherche) est bien celui dont la femme a accouché. Pour couronner le tout, il faut, avant toute possibilité de produire des témoins, avoir des commencement de preuves par écrit.

La crise du modèle Napoléonien

De 1900 à 1970, l'esprit du code Napoléonien va se perdre peu à peu au gré de jurisprudences remettant en cause l'acte fondateur de la volonté vis à vis de la filiation, au profit de la vérité du sang, et plus exactement de l'accouchement.

La filiation naturelle, donc par le sang, s'assure une place de plus en plus importante : droits successoraux, exercice de la puissance paternelle, allocations aux mères non mariées, et surtout action en recherche de paternité. Pour la première fois on assiste à des possibilités de paternité contrainte.

En 1955, il est permis aux femmes de demander des subsides aux pères présumés dans les cas où la recherche de paternité n'était pas admise (pour les enfants adultérins notamment) : le sang devient plus important que l'institution (le mariage). Pour ce qui est des mères naturelles, cette même loi permet que la possession d'état puisse servir de preuve de maternité.

Dans le même temps, la notion de légitimité d'un enfant s'étend en dehors du mariage, par les assouplissements donnés aux remariages, aux reconnaissances d'enfants et au divorce.

On assiste à une extension de la légitimation et des droits des enfants naturels, en prenant toujours en compte la vérité de l'accouchement comme l'acte fondateur de la maternité.

L'adoption simple d'enfants mineurs devient légale à partir de 1923 (adoption qui ne rompt pas les liens avec la famille d'origine et ne fait pas rentrer l'enfant dans la famille de l'adoptant).

Paradoxalement, ceci participe à faire perdre à l'institution du mariage la possibilité de créer une filiation sans accouchement de la femme, donc renforce la place du sang comme source de filiation unique et véritable. En 1939 apparaît la légitimation adoptive, réservée aux enfants de moins de cinq ans, et qui rompt définitivement les liens juridiques avec la famille d'origine. C'est en 1966 qu'apparaîtra l'adoption plénière.

En 1920, l'affaire Godeville-Blanchet est symptomatique de cette confusion de la vérité de la maternité et paternité légitime vers la vérité biologique. En 1907, le couple Godeville-Blanchet avait supposé un enfant (supposer = faire sien un enfant accouché d'une autre femme) qu'ils firent inscrire sous leur nom à l'état civil, et qu'ils élevèrent comme n'importe quels parents le font de leurs enfants. La mère était très riche, et devait de surcroît recevoir un héritage très important de son père. Son frère commença de vouloir prouver que cet enfant n'était pas le leur, sans arriver à associer le père. Puis Marguerite Blanchet mourut en 1913. Elle avait rédigé un testament dans lequel, pour parer aux attaques de son frère, elle stipulait qu'en cas de contestation de la naissance de son fils, elle désignait comme héritier l'enfant né le 23 décembre 1907 et enregistré dans les actes d'état civil de Neuilly-Sur-Seine sous les prénoms de Jean-Baptiste Henri Célestin Blanchet.

A sa mort, son père et son frère s'entendirent cette fois pour dénoncer la filiation, en affirmant que la

mère n'avait jamais accouché et que l'enfant n'avait pas de possession d'état légitime. Cette affaire a duré treize ans. Bien qu'elle fût en tout point semblable à d'autres affaires du XIX^{ème} siècle, pour lesquelles les juges de l'époque avaient opposé une fin de non-recevoir à la mise en cause de la filiation (article 322), cette fois-ci les juges décidèrent finalement que le fait que la mère n'avait pas accouché remettait en cause la validité de la possession d'état et le jeune Jean fut déchu de sa filiation légitime. Ainsi l'on voit à l'œuvre les transformations de perception des juges, et par là-même du regard de la société sur la possession d'état : de preuve d'un acte de volonté soutenu dans le temps, elle devient celle de la vérité de l'accouchement.

Cette affaire montre les prémisses de la bataille entre la volonté et la vérité, entre l'institution et la nature, qui aboutira en 1972 à une transformation de l'article 32 qui supprimera tout écart par rapport à la vérité de l'accouchement.

La révolution familiale de 1972

De la réforme de 1972, on retient généralement l'égalisation du statut des enfants légitimes et naturels et l'ouverture des contestations de paternité.

Presque personne toutefois n'a pris la mesure que c'est la modification de l'article 322 qui a été le véritable élément déterminant de cette réforme.

Article 322 du code civil : nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre, et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

Le petit alinéa rajouté par la réforme de 1972 :

Article 322-1 du code civil : Toutefois, s'il est allégué qu'il y a eu supposition d'enfant, ou substitution, même involontaire, soit avant soit après la rédaction de l'acte de naissance, la preuve en sera recevable et pourra se faire par tous moyens.

Il faut maintenant comprendre comment l'impossibilité de supposer des enfants est devenue le fondement de l'ensemble du nouvel édifice familial.

Le discours officiel affirme que la loi de 1972 a révolutionné le droit de la filiation avec deux principes : « égalité » et « vérité ». Pourtant l'auteur doute de la portée concrète de ces mots : ce n'est que trente ans plus tard que les droits successoraux des enfants légitimes et naturels seront égaux, et la « vérité » ne s'applique qu'à l'accouchement de la mère, la paternité restant dans le domaine des présomptions et de la volonté : aucun test d'ADN ne prouvera quoi que ce soit s'il a une possession d'état conforme.

Cette réforme a rendu vraie, non négociable et automatique la position maternelle dans le mariage, sans possibilité de substitution ou supposition d'enfant. Toute filiation est maintenant obligatoirement et uniquement issue de l'accouchement, hors l'accouchement anonyme. Légitime ou naturelle, l'important est qu'elle soit vraie, fixe et automatique, on redéfinit la maternité sur le seul fondement de l'accouchement, la vraie mère est celle qui accouche.

Pour le père, la vérité reste celle de la possession d'état et de l'acte de naissance, reste celle de la volonté.

On assiste alors peu à peu à « l'institutionnalisation du ventre », à la place jusqu'alors occupée par le mariage. Une femme qui se serait contenté d'accoucher sans jamais s'occuper de son enfant peut se voir reconnaître ou imposer un lien de maternité. L'auteur cite l'affaire d'un homme décédé, né d'une femme non mariée qui avait juste laissé inscrire son nom dans l'acte de naissance sans reconnaître l'enfant et qui l'avait immédiatement remis à l'ASE. Les biens de cet homme sans descendance devaient aller au département de Corrèze, mais à sa mort, les neveux de la femme qui l'avait accouché, donc la famille qui l'avait abandonné ont réclaté l'héritage, et l'ont obtenu par non discrimination entre enfants naturels et légitimes.

Nombreux sont ceux qui souhaitent assurer le recouvrement absolu de l'accouchement et de la maternité, en rendant obligatoire l'inscription du nom de la mère sur l'acte de naissance et en supprimant l'accouchement sous X. Il faut bien voir que ce mouvement est né de l'institution matrimoniale, même si, oubliant ses origines, il se présente de nos jours comme le fruit de l'empire des faits bruts, la marque du triomphe de la justice et de l'égalité sur les artifices patriarcaux du mariage.

La femme a gagné une plus grande marge de manœuvre pour ne pas rattacher l'enfant à son mari (elle le fait seule, même si elle est mariée, ou elle se marie avec quelqu'un d'autre), mais elle a perdu le pouvoir énorme de se rattacher des enfants qu'elle n'a pas mis au monde.

L'auteur relève enfin l'inégalité fondamentale entre la maternité et la paternité. Une fausse paternité n'est considérée ni comme un crime ni comme un délit, alors qu'un mensonge sur un accouchement est une infraction pénale.

Et l'on voit peu à peu l'État (au travers du ministère public) se transformer en police de la filiation, lancée à la chasse aux suppositions d'enfants, sous le nouveau nom de « simulation d'enfant ».

Plusieurs justifications sont apportées :

- protéger l'identité de l'enfant, mais aussi les parents par le sang contre une disparition de leur descendance, en faisant le parallèle avec les enlèvements d'enfants sous les dictatures militaires d'Amérique Latine et de Grèce par exemple. Ce parallèle est évidemment disproportionné quand on voit les affaires auxquelles cette justification s'applique.
- protéger la dignité humaine et s'opposer au droit à l'enfant ou à son assimilation à une marchandise. L'auteur donne alors l'exemple d'un procès au sujet d'un enfant que ses parents avaient supposé en l'introduisant en France à partir du Brésil, où la conséquence du jugement a été de préférer qu'il n'ait pas de parents plutôt que de le voir élevé par une mère qui ne soit pas celle qui l'avait accouché.

L'auteur voit aussi cette réforme de 1972 comme une réponse du législateur à la libéralisation du mariage, à sa crise comme pivot de l'organisation familiale. Jusqu'où pouvait aller tant de liberté et de souplesse ? ne fallait-il pas trouver un principe fixe et contraignant qui pouvait s'imposer à tous ? Pouvait-on abandonner un principe aussi essentiel que l'identité des personnes aux aléas de volontés toujours incertaines et hésitantes ? Le divorce ne finirait-il pas par couper chacun de tout enracinement stable dans une généalogie ?

C'est finalement l'histoire d'une défaite, celle de n'avoir pas su construire un monde juridique capable de concilier liberté de contracter et force des engagements. Les législateurs français ont donc préféré faire de « la nature » elle-même une institution. Le ventre de la mère habilite les règles de la filiation afin de les rendre non modifiables par des conventions privées ou légales.

L'accouchement devient l'institution qui répond à la crise du mariage, et la femme est libre d'y entrer ou non (avortement, accouchement sous X).

Mais cette institution finira par se retourner contre elle-même (remise en cause de l'accouchement sous X), et produit une inégalité fondamentale entre l'homme et la femme, et entre les femmes qui accouchent et celles qui n'accouchent pas. Le principe n'est donc pas l'égalité, il est le remplacement de l'institution défailante du mariage par celle de l'accouchement.

L'empire du ventre

La procréation médicalement assistée et la transformation de l'adoption

Jusqu'en 1966, des parents adoptifs pouvaient recueillir un enfant (abandonné) et demander ensuite

un jugement d'adoption. Afin d'éviter les abandons « négociés » d'enfants en bas âge, une loi de 1966 impose que pour les enfants de moins de deux ans, les parents biologiques confient d'abord l'enfant à l'ASE, qui se charge de trouver des parents adoptifs. Les accords privés autour de l'adoption sont considérés comme une incitation à l'abandon, et l'adoption plénière, à peine née vit déjà dans l'ère du soupçon. La mère véritable reste ainsi dans les esprits comme la mère qui a accouché.

Dans les années 80, les progrès des techniques de procréation artificielle viennent remettre en cause l'accouchement comme principe de filiation. Deux types de maternité de substitution existent :

- Une mère porteuse apporte à un couple demandeur à la fois son ovule (avec fécondation in vitro par le sperme du mari), et son utérus pour la gestation.
- Une mère porteuse se fait implanter l'ovule fertilisé provenant d'un couple demandeur, et ne prend en charge que la gestation.

Entre 1983 et 1991, des couples ont utilisé les lois en vigueur pour devenir parents d'enfants nés de mères de substitution (ou mères porteuses) : le père reconnaissait un enfant né sous X (d'une mère porteuse) et son épouse l'adoptait.

Là aussi, des lois vinrent mettre un terme à ce qui semblait un détournement de l'esprit des lois : ainsi l'on demandait (uniquement dans ces cas), que le père qui reconnaissait l'enfant fût aussi le géniteur, afin de ne pas permettre dans le cas contraire, l'adoption par la mère. Plusieurs procès et analyse des jugements des années 80-90 font alors penser que l'important est que la vraie mère, celle qui accouche, soit toujours présente, et que les liens qui peuvent unir des parents et des enfants ne sont jamais aussi forts que lorsque ces enfants sont nés du corps des parents.

L'expérience en France des mères porteuses se solde par des procès qui y mettent un terme, arguant de l'indisponibilité du corps et de l'état des personnes, alors même que pour l'auteur, ces arguments sont fallacieux : on peut par exemple faire don de sang, d'ovule, de sperme ou d'organes, pourquoi seul l'utérus serait-il en dehors ?

En fait, pour l'auteur, ce qui a dérangé les juges de l'époque chez les mères porteuses, c'est le fait qu'on puisse concevoir qu'une grossesse ait comme objectif déclaré et volontaire de mettre au monde un enfant qui ne sera pas le sien mais celui d'autres. La norme est qu'un tel acte ne peut venir que d'une situation de détresse, non d'un acte délibéré.

La dissociation apportée par les PMA (Procréations Médicalement Assistées) entre l'ovule et la grossesse comme support de la maternité a des effets importants sur la notion de maternité. La réponse à cette situation nouvelle a été différente suivant les pays. Ainsi certains ont-ils interdits à la fois le don d'ovule et de gestation, alors que d'autres ont autorisé l'un et l'autre.

La France autorise le don d'ovule mais pas le don de gestation, fidèle à la définition de la grossesse comme le signe évident de la maternité.

Mais cette extension de la définition à la PMA transforme en fait la notion de maternité. Avant les PMA, l'accouchement était aussi preuve de lien génétique entre une mère et un enfant. Avec les PMA, il peut ne plus rien y avoir de génétique (l'ovule est celui d'une autre femme), mais celle qui accouche est quand même considérée comme la mère. Alors qu'une femme pouvant fournir l'ovule mais ne pouvant pas porter un enfant ne sera pas considérée comme la mère.

Comment expliquer cette exclusivité du « ventre » (de la grossesse) pour définir la mère ? Pourquoi est-elle devenue cette institution ? L'auteur pense qu'en France, la mère doit être celle qui a pu avorter de l'enfant. En ce sens l'accouchement est uniquement signe que la mère n'a pas avorté. Ainsi les mouvements féministes français, qui ont tant défendu l'avortement, ont fait du pouvoir de la femme sur la procréation l'emblème des libertés nouvelles qu'elles avaient acquises. Il paraît impossible à accepter qu'une femme puisse être mère sans avoir eu le pouvoir d'avorter (une femme

qui fait appel à une mère porteuse n'est pas enceinte, donc ne peut avorter).

D'où les lois bioéthiques interdisant le don de gestation. D'où une situation où l'avortement ou le non avortement sont décrits comme des faits que l'on ne peut juger, dont la femme n'est pas responsable : ce sont des faits qui n'engagent à rien, hors du droit, dont les conséquences ne seront jamais mesurées et pour lesquels la femme a un pouvoir de décision sans partage. Et l'auteur de relever comme cette manière de considérer la grossesse ressemble à un respect sacré, presque religieux, de ce qui se trame dans les entrailles de la femme, que l'on ne saurait questionner et dont l'issue, quel qu'il soit, est considéré comme la manifestation d'une puissance secrète. Aussi mettre un acte de volonté, une décision responsable à l'origine de la maternité, même si l'on passe par le ventre d'une autre, est-il contraire à cette mystique de la grossesse. Il nous faut conserver une part d'incontrôlable, de providence dans la venue au monde d'un enfant, dans un contexte où les techniques de PMA promettent au contraire une maîtrise de la procréation. Ainsi l'on peut souligner la synthèse étrange réalisée par les mouvements féministes entre ses revendications (avortement par exemple) et les convictions du Vatican (pas de PMA).

Et l'auteur de penser que pour sortir de cet engrenage, il faut savoir poser un regard critique sur ce mouvement féministe français. Et de conclure que pour elle, à partir de cette question du don de gestation, se joue la définition de la maternité mais aussi l'avenir du féminisme en France.

L'alternative californienne

L'auteur se tourne ensuite vers d'autres pays, dans lesquels la gestation pour autrui est autorisée, afin d'examiner comment ces nouvelles législations ont permis d'élargir le fondement de la maternité à d'autres supports que le ventre.

Elle expose d'abord comment on est passé d'une logique de contrat autour de l'enfant (adoption après accouchement de la mère porteuse) à une logique de contrat autour des puissances gestatrices de la femme (l'enfant à naître est considéré comme celui du couple commanditaire avant ou au moment de l'insémination dans certains pays, ou au moment de la naissance dans d'autres). Il n'y a plus cession de droits parentaux, mais « services corporels » offerts par une femme à un couple. L'enfant est ainsi remis aux « vrais parents » (ici le couple commanditaire) dès la naissance. Il y a donc maintenant dans ces pays plusieurs fondements à la maternité : la grossesse, les accords de gestation, que ceux-ci reposent sur un élément corporel (ovule de la mère et/ou sperme du père) ou simplement sur un engagement des parties (comme c'est le cas en Californie).

En dissociant le « service corporel » de la maternité, le problème de la rémunération disparaît : on ne paye pas un enfant ou la cession de droits parentaux, comme l'adoption après accouchement de la mère porteuse pouvait le laisser supposer (s'il y a adoption, c'est qu'on change de filiation), mais on paye simplement un service.

La jurisprudence de Californie a été le plus loin dans cette redéfinition de la maternité et de la filiation, au travers de deux affaires principales.

Dans la première, un couple avait fourni à la fois l'ovule et le sperme, mais avait contracté les services d'une mère porteuse. Celle-ci devait abandonner ses droits parentaux en faveur des Calvert après la naissance. Un désaccord surgit entre eux, et la justice dut trancher pour savoir qui était la mère. A l'époque, une mère se définissait en Californie soit comme étant celle qui accouche, soit celle ayant le lien génétique. Dans cette affaire les deux femmes pouvaient donc être mère. La cour trancha en faveur des Calvert, en introduisant la notion « d'intention intellectuelle » existant avant la naissance, de donner la vie et d'élever l'enfant. Pour la première fois une notion non biologique venait définir la maternité biologique.

A l'époque une objection avait été soulevée par certains des juges, qui disait que l'enfant ne saurait être tenu pour une propriété intellectuelle comme les chansons ou les inventions. Ce à quoi l'auteur répond en disant que la conception intellectuelle n'introduit pas plus de rapport de propriété entre

parents et enfant qu'une conception génétique ou gestationnelle (et même certainement moins).

La mère porteuse avait introduit deux autres objections qui selon elle violaient le code civil : paiement en échange d'une adoption et servitude involontaire. A la première objection il fut répondu que le contrat passé n'avait aucun lien avec l'adoption puisqu'il avait été passé avant la conception de l'enfant, et que la rémunération n'avait pas porté sur l'adoption mais sur la gestation. Pour la première fois on assimilait l'accord de mère porteuse à un contrat de service et non à un contrat pour consentir à l'adoption.

Sur la seconde objection, la cour fit remarquer que la servitude (la grossesse) n'était pas involontaire, mais discrétionnaire car la mère porteuse avait le droit d'avorter.

Cette jurisprudence provoqua une première modification du code civil. Désormais, si une femme pourvoit à l'ovocyte et l'autre à la gestation, celle qui a eu l'intention de faire naître l'enfant et de l'élever comme étant le sien est la mère biologique selon la loi de Californie.

La seconde affaire est plus complexe. Mme Davidson accepte de donner des ovules pour des FIV, à condition qu'elle et son mari puisse donner leur avis sur le couple qui les utilisera. Un couple X fertilise ces ovules avec le sperme de Mr X et naissent des jumeaux. Les embryons surnuméraires de cette FIV furent donnés, sur décision du couple X, à un autre couple, les Buzzanca (sans que les Davidson le sache ni les connaisse). Mr et Mme Buzzanca firent alors implanter un embryon chez une mère porteuse, et signèrent ensemble un contrat de gestation. Il n'y avait donc ici aucun lien génétique ou gestationnel entre les Buzzanca et l'enfant à naître.

Peu avant la naissance, Mr Buzzanca demande le divorce au motif que le mariage est sans enfant, ce qui est contesté par son épouse.

Le premier procès conclut que Mr Buzzanca n'était pas le père car il n'avait pas donné son sperme, que Mme Buzzanca n'était pas la mère car elle n'avait contribué ni par l'ovule ni par la gestation et que la mère porteuse n'était pas non plus la mère à cause du contrat de gestation signé avec les Buzzanca. Voilà donc que cet enfant à naître, qui avait pourtant huit parents potentiels, n'en avait en fait aucun.

La cour d'appel infirma cette décision, en extrapolant les principes contenus dans lois californiennes. Mr Buzzanca était bien le père en vertu de son intention de faire naître un enfant par des voies médicales, et Mme Buzzanca, par la non discrimination entre les sexes devint mère sur ces mêmes principes. Ainsi, pour la première fois, la maternité pouvait se fonder sur un pur acte de volonté et sans aucun ancrage corporel. Dans ce cas, la mère voulait reconnaître l'enfant, ce qui a dû faciliter le jugement. Et l'auteur de prédire que cette volonté de faire naître, sans aucun apport corporel, outre le droit d'établir des liens de filiation avec l'enfant, établira aussi les devoirs des ses parents envers lui.

Parmi d'autres pays qui autorisent la gestation pour autrui, Israël établit la filiation du moment que c'est le père qui a apporté son sperme, et l'Angleterre du moment que soit le père soit la mère a apporté son sperme ou son ovule.

L'auteur regrette que la France, dont le code Napoléon permettait pourtant potentiellement d'établir une filiation sur un seul acte de volonté, ait fini, pour égaliser la filiation légitime et la filiation naturelle, à les aligner sur une vérité réduite, le ventre de la femme, au lieu d'élargir leur définition.

L'accouchement sous X

L'accouchement sous X tel que nous le connaissons aujourd'hui date de 1993. Il va plus loin que la loi précédente sur l'accouchement sous X (1941), en ajoutant au secret de l'identité de la femme, une fiction légale par laquelle l'accouchement est réputé n'avoir jamais eu lieu. Une « fiction » est une notion classique en droit, qui a pour but de travestir les faits afin d'en tirer les conditions légales recherchées. Ici, le but recherché de cette fiction est l'impossibilité de toute recherche en maternité,

compte tenu du fait qu'en France, toute femme qui accouche est réputée mère biologique. On efface donc la notion d'accouchement pour assurer à la femme l'inexistence d'une relation de maternité, même si son identité était révélée. C'est donc pour répondre à l'évolution de la notion de maternité, maintenant basée sur l'accouchement, qu'il a fallu adapter la notion d'abandon dans la discrétion (qui auparavant rompait toute filiation puisqu'il n'y avait pas possession d'état), à la notion de « non accouchement ». C'est une forme d'avortement juridique.

Mais cette fiction juridique, tout en reconnaissant par son existence la place unique qu'occupe aujourd'hui l'accouchement dans la filiation, représente aussi une exception à cette règle, et par là la menace. La loi de 2002 (dite loi « Ségolène Royal ») ne la supprime pas mais est un signe annonciateur de sa très prochaine disparition.

Les détracteurs de l'accouchement sous X la font remonter à 1941, sous Vichy, comme pour mieux la marquer du sceau de l'infamie. Il n'aurait à cette époque servi qu'à faire baisser le nombre élevé d'infanticides et d'avortements. On veut donner ainsi une vue anachronique de cette institution, qui à l'époque de la contraception et de l'avortement n'aurait plus aucun sens. Mais la vérité est plus complexe.

Au XVIIIème siècle, les systèmes des « tours » permettaient d'abandonner anonymement des nouveaux-nés. Il ne s'agissait cependant pas de reconnaissance d'abandon, les parents étant recherchés et punis lorsqu'ils étaient retrouvés.

La Révolution ne pourchassa plus les parents qui abandonnaient leurs enfants et confia l'éducation de ces derniers à l'État. A la Restauration, le nombre d'enfants ayant augmenté sans que l'État ne leur garantisse un niveau d'éducation exemplaire, les lois se durcirent en rendant applicables les articles du Code Civil qui punissent l'abandon d'enfants. A partir de 1834, les tours commencèrent à disparaître et auront complètement disparu en 1864. En 1869 furent ouverts des bureaux où les parents pouvaient abandonner leurs enfants en laissant leur identité.

En 1904, un compromis est trouvé entre ce système de bureaux ouverts et de tours, en permettant aux parents d'enfants qui semblent âgés de moins de 7 mois de les abandonner sans enquête. Mais les enfants ainsi remis à l'Assistance Publique n'étaient pas susceptibles d'être adoptés, rendant leur sort tragique. Ce n'est en effet qu'en 1923 que l'adoption de mineurs fut permise, et encore seulement sous la forme d'adoption simple. Et ce n'est qu'en 1939 qu'apparut la légitimation adoptive d'enfants mineurs (équivalent de l'adoption plénière).

L'accouchement secret remonte à la Révolution, et permet à une femme de venir dans un hôpital accoucher gratuitement et sans décliner son identité. Des pratiques se sont développées, particulièrement sous la IIIème République afin de garder secrète l'identité des femmes qui venaient accoucher et de déclarer l'enfant qu'elle abandonnait comme enfant trouvé. Mais ces pratiques ne furent véritablement organisées et légalisées que par un décret-loi de 1939 et un autre de 1941 (le fameux accouchement sous X). Le décret-loi de 1939 prévoit la création de maisons d'accouchement gratuites dans chaque département, avec secret garanti et abandon régi par la loi de 1904. Le décret-loi de 1941 ajoute que toute femme devra être accueillie gratuitement pendant les mois précédant et suivant l'accouchement. Cette règle sera introduite dans le code de la famille et de l'aide sociale en 1953 et 1959, et ce n'est qu'en 1986 qu'une loi vient légaliser cette pratique. Ainsi, avant 1993, l'accouchement secret n'était qu'une règle de droit administratif et non une loi.

La généralisation puis l'institutionnalisation de l'accouchement secret en France répond certainement à des préoccupations natalistes, comme la lutte contre l'avortement qui pris son essor vers 1880 (alors que l'on était avant très tolérant à cet égard). Pour autant il ne faut pas en faire la seule raison de l'apparition de l'accouchement sous X. De nombreux pays qui partageaient les mêmes soucis natalistes n'ont jamais institué de secret de maternité, et à l'inverse des pays très libéraux vis à vis de l'avortement se tournent aujourd'hui seulement vers ce système français (Belgique, USA, ou Allemagne, Suisse et Autriche où des systèmes proches des tours ont été mis en place).

Aussi l'auteur voit-elle dans la précocité de ce dispositif en France un lien avec le caractère des filiations en général depuis la Révolution, filiations par la volonté et non par le sang. Mais de tout façons, le sens de cette institution dépend du contexte institutionnel dans lequel elle se trouve, et il faut constater que la généralisation et la stabilisation de l'accouchement sous X est contemporain de la promotion de l'enfant naturel mais aussi de l'apparition progressive des enfants adoptés. Et l'auteur de démontrer ensuite en quoi l'accouchement sous X est bien plus complémentaire de l'adoption que de la filiation naturelle.

Accouchement sous X et adoption

On a vu que la généralisation de l'accouchement secret et l'adoption plénière sont contemporaines l'une de l'autre (1939), et ce n'est pas un hasard. L'adoption plénière palliait la perte de filiation, « complétait » en quelque sorte l'accouchement secret en garantissant à l'enfant sans filiation une renaissance dans une autre famille, qui plus est une renaissance comme un enfant légitime issu du mariage. Le mariage était en effet comme on l'a vu, une institution propice à accueillir la fiction (au sens juridique du terme) d'une filiation adoptive : la « présomption » suffisait à établir une filiation légitime pour les couples mariés, et celle-ci pouvait déjà être une fiction.

Aussi l'adoption, avec l'effondrement du mariage comme institution dans les années 1970 et l'avènement de l'accouchement (donc de la filiation biologique, la négation de toute fiction) comme fondement de la maternité se trouve-t-elle l'objet de soupçons : elle devient simplement fictive, mime de la filiation biologique, mensonge. Et cela par simple changement du contexte institutionnel dans lequel elle s'inscrit.

Et l'analyse de l'auteur est que cette crise de l'adoption rejaillit d'abord sur l'accouchement sous X, comme si avant d'abolir l'adoption plénière, il fallait éliminer l'institution de l'accouchement secret dont elle vient pallier les effets négatifs : sans accouchement secret l'adoption plénière n'a plus de sens, en tout cas dans l'histoire de la filiation en France.

L'accouchement sous X sous l'empire du ventre

On voit que l'accouchement sous X concilie au prix d'une fiction, le caractère volontaire de la filiation tel qu'il existe dans le code civil de 1804, et la règle qui fait de toute femme qui accouche la mère légale de l'enfant. Mais cette fiction (il n'y a pas eu d'accouchement) est instable.

La loi de 1993 qui l'a établie permet à toute femme, sans aucune condition ni justification, de ne pas établir de filiation entre elle et l'enfant dont elle accouche. Elle a deux mois pour reconnaître l'enfant. Cette décision permet de rattacher l'enfant à une autre famille. L'adoption plénière est ainsi la condition de l'accouchement sous X, et non son mobile comme tentent de le faire croire ceux qui accusent si volontiers le « lobby des adoptants ». Ainsi, sans adoption plénière point d'accouchement sous X.

Mais cette institution est instable. Elle permet à la fois de respecter la règle qui veut qu'accouchement entraîne automatiquement maternité, puisqu'elle fait disparaître l'accouchement lui-même du point de vue juridique, mais elle le fait au prix d'une subversion potentielle de ce même principe accouchement=maternité qu'elle est censée respecter. L'accouchement sous X est en effet une fiction juridique, donc un travestissement de la réalité. Or on l'a vu, l'empire du ventre depuis 1972 est fondé sur une certaine vérité des faits : l'accouchement comme preuve irréfutable de la maternité, acte que l'on supprime par une fiction juridique dans le cas de l'accouchement sous X.

L'accouchement sous X, on l'a vu, a ainsi été utilisé pour couvrir légalement des maternités de substitution, pour des accords de mères porteuse, etc. Il introduit donc une perturbation dans « le système du ventre ».

De plus, de par sa forme, il n'assure pas la liberté de la femme de ne pas être mère, mais il la fait passer pour autre chose, il l'occulte. Ainsi cette liberté d'une femme de ne pas être mère d'un enfant

dont elle a accouché semble-t-elle impossible sans avoir à la dénaturer.

Il y aurait aujourd'hui 400.000 personnes en France ne connaissant pas leurs origines familiales. Ceci s'explique par le fait que l'on pouvait avant 2002, abandonner en demandant le secret d'abord pour des enfants de moins de 7 mois, puis de moins d'un an, puis quel que soit son âge.

En 2002 une loi fut adoptée sous la pression du mouvement de défense du droit aux origines : elle interdit tout abandon secret. Or, depuis 1993, l'accouchement sous X n'est plus considéré comme un abandon secret, puisqu'il annihile le fait de l'accouchement : il n'y a pas d'abandon, la filiation n'a jamais existé. Il échappe donc à la suppression des abandons secrets. L'accouchement sous X est très marginal puisqu'il ne concerne que 600 ou 700 cas par an (sur 775.000 naissances en 2005). Mais il est cependant devenu le symbole d'une injustice orchestrée par l'État. La loi de 2002 ne sauve pas l'accouchement sous X comme il a été dit, en le rendant compatible avec le droit à la connaissance de ses origines, elle sape la logique de la fiction sur laquelle elle s'appuie. Car en déclarant qu'un homme peut reconnaître un enfant né sous X avant qu'il ne naisse, on reconnaît qu'une femme a accouché, dont l'identité peut en outre être donnée par l'homme en question. La loi autorise maintenant à se fonder sur cette reconnaissance pour entamer des procédures, et ne fixe en outre aucun délai au delà duquel une telle reconnaissance prénatale perdrait tout effet. D'où l'affaire Benjamin, bien connue maintenant.

L'auteur ajoute qu'il lui semble révélateur que la loi de 2002 demande maintenant que l'on invite la mère à laisser des renseignements sur elle, même son identité sous enveloppe cachetée, et qu'on lui expose l'importance pour toute personne de connaître ses origines. Si on la compare avec les procédures en cours pour l'avortement, il semble ainsi mieux d'avorter que d'accoucher sous X : personne ne demande rien pour l'avortement, seul sur l'accouchement sous X l'État pense devoir donner son avis.

Le droit aux origines

L'accouchement sous X semble condamné à très court terme. Et pourtant, malgré les discours militants qui mêlent le complot des lobby d'adoptants aux secrets arrangements des hommes politiques, l'accouchement sous X semble bien être un choix pour les femmes qui le font. Difficile, lourd, mais un choix. L'auteur donne en exemple le peu de réponses positives (98 sur 1044 dossiers) données par des femmes ayant accouché sous X pour rencontrer leur enfant. Reste donc la question de savoir si la connaissance des origines peut porter un préjudice suffisamment important à l'enfant pour qu'on lui sacrifie la liberté de la femme d'accoucher sous X.

Les premières associations de pupilles de l'État, fondées dans les années 1950, étaient composées de personnes nées au temps où l'adoption n'existait pas, et où elles souffraient moins de leur abandon que de ne pas avoir eu de famille. Puis les années 1970 connurent un essor de ces associations, avec la revendication de connaître ses origines, portée par des personnes qui voulaient connaître l'identité des parents qui n'était alors pas secrète, mais pour lesquelles les habitudes administratives faisait obstacle à leur accès. Ce n'est que dans les années 1990 que des enfants adoptés rejoignirent ces associations, avec un parcours tout à fait différent de celui des pupilles. Les adoptés ont en effet des parents, alors que les pupilles n'en ont pas, les premiers ont un projet politique (le droit aux origines) qui s'appuie en grande partie sur la souffrance des seconds. Et ce qu'il défendent en fait, c'est la pluriparentalité, ce n'est pas juste le droit de connaître ses origines, c'est celui de superposer les liens de la famille d'origine à ceux de la famille adoptante. Aussi la suppression de l'accouchement sous X n'est-elle qu'une étape vers la suppression de l'adoption plénière au profit de l'adoption simple.

Mais cette revendication porte en elle-même la fin de l'accouchement comme fait impliquant la maternité. Ainsi les défenseurs du droits aux origines veulent-ils en finir aussi avec l'anonymat des donneurs de gamètes dans les procréations médicalement assistées, et par là pouvoir établir des liens de filiations avec ceux-ci. Ce qui aura pour conséquence également que la mère qui accouche

d'un enfant fabriqué avec un ovule qui n'est pas le sien ne sera pas mère biologique comme on pourrait le croire puisqu'elle accouche, mais mère adoptive, dans une adoption simple de surcroît, comme une mère porteuse. Ainsi se retrouveraient brouillées les lignes de partage entre la filiation naturelle et la filiation adoptive que l'on avait cru pouvoir fonder sur l'accouchement. Enfin, cet enfant n'aurait pas non plus de mère biologique, car les associations pour le droit aux origines refusent le don d'ovule. Ainsi un tel enfant, n'ayant pas de mère biologique, se retrouverait lui-même sans origine, comme un accouché sous X. Il faudrait alors interdire le don d'ovule.

L'auteur montre avec humour comment une femme qui se serait fait implanter un ovule à l'étranger et viendrait accoucher en France, pourrait se voir retirer son enfant au titre de la supposition d'enfant, celui-ci venant grossir les légions de pupilles de l'État qui auraient alors de vraies raisons de se plaindre puisqu'ils ne pourraient plus être adoptés plénièrement ...

Et en continuant la logique de cet engrenage, l'auteur de montrer comment en supprimant l'accouchement sous X, on en viendrait à ne plus considérer l'accouchement comme fait fondant la filiation, mais plutôt le lien génétique, où le père devrait se plier à la même vérité génétique, et où la mère ne serait plus l'origine.

L'auteur conclut en montrant comment le rapport à soi peut être dépendant du contexte institutionnel. Elle décrit le mouvement des enfants nés sous X comme des personnes qui en fait obéissent à l'injonction de combler tout écart entre la filiation maternelle et la vérité de l'accouchement. et que c'est l'histoire de la famille et son évolution récente qui en fait les séparent d'eux-mêmes.

Conclusion

L'auteur a montré la rupture opérée avec l'Ancien Régime du code civil de 1804 sur la filiation en présentant la parentalité et la filiation comme un acte de volonté des deux parents, dans le cadre du mariage. Le mariage devient ainsi la seule institution permettant la filiation légitime, mais ce faisant n'associe plus cette légitimité à l'appartenance « au même sang ». Le Code Napoléonien édicte ainsi des règles qui ne sont pas fondées sur la nature ou la « vérité biologique », mais sur une volonté et un contrat avant tout politique fondant la société.

De 1900 à 1950, on voit l'esprit du code Napoléonien se perdre peu à peu au travers de jurisprudences qui donnent de plus en plus d'importance à la filiation par le sang. Aussi bien d'ailleurs vis à vis de la reconnaissance des filiations naturelles que de la place du « sang » dans le mariage. L'auteur, sans nier l'importance du nationalisme nataliste de cette période de guerres, attribue cette évolution à « une manière de donner aux relations sexuelles une force instituante, de les faire rentrer dans l'ordre juridique afin de refonder l'ordre familial ».

Dans le contexte de l'affaiblissement de l'institution du mariage, la réforme de 1972 a (re)trouvé un autre fondement à la filiation : celle de la vérité biologique. On revient ainsi à une conception de l'Ancien Régime, où la filiation est fondée non pas sur une volonté et un contrat, mais sur une « vérité » biologique : « Vérité de la chair s'opposant à la parole, à la promesse et au contrat ».

L'accouchement, seule et unique preuve de la maternité aujourd'hui, n'a fait que remplacer l'institution du mariage, sans gagner ni en liberté ni en égalité, mais en changeant simplement les contraintes et les exclusions : opposition « légitime-naturel » vers opposition « biologique-adopté », obligation d'être mère du moment qu'on a accouché. En se réfugiant ainsi derrière « la nature », le droit ne répond à aucun projet politique au sens d'invention des règles d'une société.

L'accouchement sous X et l'adoption plénière sont les derniers obstacles à éliminer pour voir enfin l'institution de l'accouchement n'avoir aucune exception. Mais cette institution, qui met en avant l'enfant et son droit à connaître ses origines biologiques sous peine de grave séquelles, aggrave paradoxalement le nombre d'enfants sans famille et fragilise sa position dans les familles adoptives qui ne sont plus qu'une pâle et instable substitution aux parents de naissance.

Cet « empire du ventre » est pourtant menacé du dedans (par l'accouchement sous X) et du dehors (procréation médicalement assistées et mères porteuses). Il semble donc condamné, et l'auteur voit deux manières de se sortir de cette institution et de refonder la filiation : soit en poussant encore plus loin la logique de la nature, vers les preuves génétiques, soit en posant comme fondement la notion de volonté d'avoir un enfant. Des exemples comme celui de la Californie montrent à cet égard comment le droit peut évoluer pour faire toute sa place à cette notion de volonté.

Et l'auteur termine en explorant très librement sur quelques pages ce que pourrait être à son goût une filiation refondée sur la volonté.