

## INTRODUCTION

Marie-Xavière CATTO, Thomas DUMORTIER, Tatiana GRÜNDLER

Le séminaire *Les Droits des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant* est né d'une interrogation. Elisabeth Badinter, 30 ans après *L'Amour en plus*<sup>1</sup>, venait de publier un pamphlet<sup>2</sup> contre de nouvelles formes d'aliénation des femmes soutenues par des discours idéologiques très contraignants pour les mères. « L'impérium du bébé »<sup>3</sup> ou plus généralement celui de l'enfant et l'injonction à une disponibilité permanente des mères, y tenaient une belle place. Quelques mois plus tard, les députés discutaient d'un texte, après le « renvoi de balle » du Conseil constitutionnel au législateur, concernant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe<sup>4</sup>. Les parlementaires s'y opposaient majoritairement, notamment, au nom de l'intérêt de l'enfant<sup>5</sup>. Au même moment, une proposition de loi était déposée à l'Assemblée nationale se proposant de mieux garantir le droit des enfants à connaître leurs origines en transformant l'accouchement anonyme en simple accouchement dans un relatif secret<sup>6</sup>. Enfin, une fois le thème du séminaire retenu, nous découvrons la publication de Sandrine Garcia, *Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants*<sup>7</sup>. L'auteur y retraçait l'histoire d'un retournement : après avoir été le support essentiel de l'émancipation des femmes, notamment à travers les questions de la contraception et de l'avortement, les enfants devenaient, là encore, dans les discours politiques et juridiques les instruments d'une nouvelle aliénation, les experts se démultipliant pour exercer un contrôle constant sur la manière dont doivent se comporter les femmes pour être de bonnes mères.

L'interrogation que nous formulions était d'une évidente actualité. Il fallait alors l'éprouver, et à cette fin, commencer par identifier les droits des femmes susceptibles d'être abordés à partir d'une problématique s'articulant de près ou de loin autour de la question de l'intérêt de l'enfant. À cet égard, nous avons arrêté notre choix sur deux types de droits : des droits en lien avec la libre disposition du corps d'une part – et le choix corrélatif de la maternité – et des droits des femmes en tant que mères d'autre part.

---

<sup>1</sup> BADINTER Elisabeth, *L'Amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Flammarion, 1980.

<sup>2</sup> BADINTER Elisabeth, *Le Conflit. La Femme et la Mère*, Paris, Flammarion, 2010.

<sup>3</sup> Pour reprendre le titre du chapitre IV.

<sup>4</sup> [Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011](#), *Mme Corinne C. et autres* [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe].

<sup>5</sup> V. notamment, pour la majorité, les interventions de Michel DIEFENBACHER, [première séance du jeudi 9 juin 2011](#) (« nous voulons simplement nous assurer que la loi des hommes est respectueuse de cette loi de la nature...qui veut qu'un enfant ne peut naître que de l'union d'un homme et d'une femme que l'intérêt de l'enfant est d'être élevé dans une famille ainsi structurée ») et au moment des explications de vote (après le recours à l'article 44-3 par le Gouvernement), lors de la [première séance du mardi 14 juin 2011](#) (« Est-il de l'intérêt d'un enfant d'être élevé par deux pères et aucune mère ou par deux mères et aucun père ? »).

<sup>6</sup> [Proposition de loi n° 4043](#) visant à la levée de l'anonymat et à l'organisation de l'accouchement dans le secret, Assemblée nationale, 7 décembre 2011.

<sup>7</sup> Paris, La Découverte, 2011. GARCIA Sandrine, « L'émergence de la notion d'intérêt de l'enfant », Communication à l'occasion du présent séminaire, 12 janvier 2012.

La confrontation entre l'intérêt de l'enfant et les droits des femmes n'allait toutefois pas de soi.

D'abord parce que les droits des femmes et l'intérêt de l'enfant ne relèvent pas du même univers conceptuel : tandis que les droits des femmes renvoient à la logique de droits subjectifs, plus précisément à des droits catégoriels (avec toutes les précautions d'usage requises par cette notion, comme l'a montré Danièle Lochak), l'intérêt de l'enfant recouvre des éléments plus ou moins factuels, susceptibles d'être objectivés par des discours savants, parmi lesquels des discours juridiques. L'intérêt de l'enfant doit ainsi être distingué des droits de l'enfant. Cette distinction entre droit et intérêt se manifeste clairement dans la Convention de New York, dont l'analyse par Marina Eudes éclaire le chemin parcouru entre les premières conventions et celle de 1989 : ce texte renvoie d'un côté à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » (art. 3-1) et, de l'autre, à *des droits de l'enfant* tels que « la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant » (art. 11, al. 2). Il s'agit alors non pas de penser ce qui est bon pour lui (et que l'on doit prendre en compte) mais de l'entendre exprimer ce qu'il a à dire le concernant. La seconde notion ne s'est pas substituée à la première. Les deux coexistent tant en droit civil (qui reconnaît, au bénéfice de l'enfant, un droit à être entendu et la nécessité pour le juge de faire prévaloir, quoiqu'il arrive, l'intérêt de l'enfant) qu'en droit international.

La confrontation ne va pas de soi, ensuite, parce que l'intérêt de l'enfant n'est pas susceptible de faire l'objet d'une définition univoque. Sa définition est en effet directement conditionnée par les éléments du contexte dans lequel il s'inscrit. Autrement dit, selon le domaine observé – droit de garde, accouchement sous X, adoption, etc. –, les appréhensions de l'intérêt de l'enfant (reconstruites à partir du discours tenu par le juge, mais également par les praticiens<sup>8</sup>) diffèrent et recouvrent des préoccupations distinctes. En outre, la notion d'« enfant » elle-même renvoie à une pluralité d'acceptions en droit. Marc Pichard restitue ainsi six figures de l'enfant à partir de la pluralité des occurrences du terme dans les textes juridiques : le mineur, l'enfant de ses parents (les deux sens classiques) mais également « l'enfant sans vie, l'enfant à naître, l'enfant de naissance et l'enfant génétiquement identique »<sup>9</sup>. Force est de remarquer que, dans la plupart des cas abordés dans le cadre de ce séminaire, l'enfant, dont l'intérêt est en jeu, existe juridiquement sous la forme d'une présence virtuelle ou à venir. C'est donc l'intérêt d'un enfant idéal qui est régulièrement mis en balance avec les droits ou les aspirations des adultes. C'est l'intérêt ainsi compris de l'enfant (intérêt abstrait) souhaité par un couple engagé dans une procédure d'assistance médicale à la procréation (AMP) qui justifie les limitations d'âge imposées par la loi, tout comme la possibilité d'un refus du médecin, même lorsque l'ensemble des conditions légales sont

---

<sup>8</sup> C'est un point essentiel : la plupart des dispositifs juridiques qui ont retenu notre attention s'inscrivent dans un cadre médical. C'est pourquoi il nous a paru utile de faire appel à des praticiens afin de comprendre la manière dont ils interprètent et appliquent les énoncés juridiques. Il est par exemple nécessaire de recueillir le témoignage d'un médecin en charge d'interruptions médicales de grossesse pour saisir la portée de l'article L. 2213-1 du CSP : « L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit *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* » (souligné par nous).

<sup>9</sup> PICHARD Marc, « L'enfant : à propos d'une polysémie », in *Au-delà des codes : Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p. 482.

réunies. C'est encore lui qui explique, en matière d'adoption, des politiques d'agrément reposant souvent sur des stéréotypes de genre présupposant la complémentarité hommes/femmes nécessaire au développement de l'enfant (comme le montre Thomas Dumortier). C'est toujours cet intérêt abstrait qui fait obstacle au fait d'envisager la gestation pour autrui (GPA) comme un mode de conception qui, du seul point de vue de l'enfant, serait assimilable à l'AMP (Marie-Xavière Catto).

Mais l'intérêt de l'enfant est parfois entendu de façon plus concrète. Il apparaît alors dans sa parfaite amoralité (et non immoralité). La prise en compte de son intérêt au sein de la famille participe de la remise en cause de la structure de celle-ci. Ainsi, à une époque où la famille était dominée par la puissance paternelle, la promotion de l'intérêt de l'enfant a contribué à détrôner le chef de famille, et donc servi les droits des femmes. Mais, parce qu'il est amoral, il peut tout autant servir d'appui à la promotion de nouveaux modèles familiaux dont les femmes ne sortent pas nécessairement gagnantes. Lorsqu'un enfant vit dans une famille, que son cadre familial soit approuvé ou non moralement, n'est-il pas dans son intérêt, envisagé concrètement, de voir son double lien de filiation établi ? On peut penser en particulier au cas de l'enfant issu d'une GPA, de celui dont les parents sont de même sexe, ou encore de celui né d'une relation incestueuse. Un tel constat n'est d'ailleurs pas nouveau : déjà Marc Donnier soulignait avec raison que l'« on ne saurait dissimuler que les structures des relations familiales sont ici en cause et que la chose est de la plus grande importance [à travers cette nouvelle notion d'intérêt de l'enfant] »<sup>10</sup>. Jean Carbonnier ne fait pas une autre analyse : « à la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial »<sup>11</sup>.

Peut-on déduire de ces différentes acceptions de l'intérêt de l'enfant quelque chose sur les droits des femmes ? Il semble que oui : lorsque l'intérêt de l'enfant, envisagé abstraitement, renvoie à un cadre familial qui présuppose des places assignées aux hommes et aux femmes, il y a fort à parier que les femmes en subissent les conséquences (comme d'ailleurs les hommes qui ne correspondent pas au rôle qui leur est dévolu au sein du modèle du couple parental composé de deux personnes de sexes différents). Mais ce même intérêt abstrait paraît, à l'inverse, dans nombre de circonstances, soutenir les droits des femmes dès lors que celles-ci ne sont pas envisagées au sein du cadre familial. Ainsi, c'est bien la prise en compte de l'intérêt de l'enfant considéré abstraitement (qui pourrait subir un avortement ou les risques sanitaires d'un accouchement clandestin) qui a historiquement justifié la procédure d'accouchement sous X (contribution de Tatiana Gründler). C'est encore lui qui a, de façon apparemment paradoxale mais pourtant bien réelle, servi de soutien au combat en faveur de la reconnaissance du droit à la contraception et du droit à l'avortement (Sandrine Garcia<sup>12</sup>). L'intérêt de l'enfant fut également une préoccupation importante à l'origine de l'instauration du congé maternité et d'une indemnisation convenable dans ce cadre (développements d'Isabel Odoul-Asorey). Il peut aussi, parce que l'on souhaite éviter l'exploitation des femmes, justifier à l'heure actuelle l'interdiction de la GPA (Marie-Xavière Catto).

---

<sup>10</sup> DONNIER Marc, « L'intérêt de l'enfant », *D.*, 1959, chronique, p. 179.

<sup>11</sup> Note CARBONNIER Jean sous CA, Paris, 30 avril 1959, *D.*, 1960, p. 675.

<sup>12</sup> L'auteur montre comment nombre des partisans de la reconnaissance des droits à la contraception et à l'avortement arguaient de la nécessité pour les familles et en particulier les enfants de ne pas avoir une mère harassée par de multiples maternités.

Néanmoins, cette opposition peut être doublement remise en cause. D'une part, parce que la distinction intérêt abstrait/concret ou *a priori/a posteriori* peut être contestée. D'autre part, parce que les contributions qui vont suivre démontrent – et ce ne fut pas le moindre apport de ces rencontres – à quel point la santé joue un rôle considérable dans les arguments déployés.

Comme le remarque Thomas Dumortier dans sa contribution, la perception des faits concrets est totalement déterminée par un système de représentations. Aussi, par exemple, lorsque l'on est tenté d'opposer, dans l'accouchement sous X, l'intérêt abstrait de l'enfant (en réalité de la nation) à ne pas se faire l'objet d'un avortement clandestin à l'intérêt concret de l'enfant qui justifierait la levée de l'anonymat, l'opposition entre intérêt abstrait et concret est-elle douteuse. C'est bien dans la mesure où la génétique est affectivement investie – ce qui n'a rien de très concret – que la question de la levée de l'anonymat se pose. Si l'on est passé, comme Marcela Iacub le suggère<sup>13</sup>, d'un modèle de la puissance paternelle au sein duquel tout était fondé de manière solide sur la volonté (celle du *pater*) à un modèle dans lequel la contestation de cette puissance s'est inscrite dans l'affirmation des droits des femmes et des enfants, au prix d'un ancrage de la famille dans le biologique, alors l'intérêt de connaître ses géniteurs n'est pas très concret mais s'inscrit dans le cadre de la revendication de liens fondés sur la génétique. C'est un autre intérêt abstrait qui vient contredire ici les droits des femmes, dans la mesure où il permet à des tiers de faire reconnaître leur lien biologique avec l'enfant, au détriment du droit à l'anonymat de la femme, et qui risque de conduire à terme à la suppression de l'accouchement anonyme<sup>14</sup>. La revendication de certains enfants nés de l'AMP de connaître leurs origines, question qu'Irène Théry distingue de celle de l'accouchement sous X (du fait que dans le premier cas il s'agirait d'une recherche de ses origines génétiques alors que dans le second la demande porterait davantage sur un accès à son histoire personnelle), a également pour fin de faire valoir cet intérêt de l'enfant qui consisterait ici à tisser des liens et attribuer des rôles au « donneur d'engendrement » même s'il ne s'agit pas, selon l'auteur, d'établir des liens de filiation<sup>15</sup>.

Si nous n'appréhendions initialement notre objet qu'à travers la confrontation entre femmes et enfant, un autre intérêt est intervenu, la santé, suspendant d'abord le conflit pour finalement s'y intégrer. Lorsque la question de la santé est en jeu, les juristes, croyons nous, peuvent utilement consulter le point de vue des médecins. Non pas parce que ce serait à eux qu'il reviendrait de faire les choix (par exemple pour ou contre la levée de l'anonymat) mais parce que, comme le rappelle Pierre Jouannet, ce sont eux qui ont une expérience concrète en la matière et qui vont finalement appliquer les normes<sup>16</sup>. Le rôle des experts et praticiens joue

---

<sup>13</sup> IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004.

<sup>14</sup> Depuis la réforme de 2009, v. DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Revue Lamy droit civil*, n°58, mars 2009, p. 39.

<sup>15</sup> Ce dont les enfants le revendiquant seraient accusés à tort, puisque leur intention serait inverse, cf. par ex. Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, 2010, p. 83.

<sup>16</sup> Cf. JOUANNET Pierre, « Procréer grâce à un don de sperme : accueillir et transmettre sans gêne », *Esprit*, mai 2009, p. 109.

là encore une place décisive pour apporter des éléments essentiels permettant de trancher certains conflits d'intérêt.

C'est la santé des femmes, selon Yves Ville<sup>17</sup>, qui explique la brièveté du délai pour pratiquer une interruption de grossesse sur une femme en situation de détresse, quand seule la crainte de l'eugénisme justifie un encadrement strict des interruptions de grossesse pour motif médical. Mais d'intérêt de l'enfant, dans les deux cas, il ne serait pas question<sup>18</sup>. C'est encore une préoccupation de santé publique – et non une approche en termes de droit – qui avait justifié en 1975 la légalisation de l'avortement qui restait alors largement condamné moralement (Evelyne Serverin<sup>19</sup>). La santé des femmes s'opposerait donc aujourd'hui à l'extension des délais d'interruption de grossesse, tandis que cette même santé aurait autrefois fondé sa reconnaissance législative. C'est encore la santé - cette fois de la mère ainsi que celle de son enfant - qui justifierait un allaitement prolongé (voir sur ce point les développements de Martine Herzog-Evans). La santé est ainsi un argument utilisé au soutien de l'imposition de contraintes pour les femmes même si l'allaitement peut, selon le dernier auteur, être une source d'épanouissement de la relation mère-enfant. Mais la santé des femmes peut également apparaître comme un argument essentiel en faveur de la levée des contraintes ou des inégalités de fait dans lesquelles elles sont placées. La préservation de leur santé est un intérêt qui a joué un rôle essentiel dans la reconnaissance des dispositifs d'accouchement dans l'anonymat (même si Tatiana Gründler démontre qu'il est davantage question d'intérêt des femmes que de leurs droits), et c'est encore sous l'angle de la santé et de la sécurité des femmes que les dispositions relatives au congé maternité sont, dans certains textes, envisagées (Isabel Odoul-Asorey).

Les dispositifs juridiques étudiés à l'occasion du séminaire entremêlent donc de manière souvent inextricable des références aux droits des femmes et à l'intérêt des femmes. Plus encore, lorsqu'il est question de l'allaitement ou du congé maternité, la question des droits reconnus ou non au bénéfice de celles-ci se pose en termes de « droits des femmes » ou de « droits des mères ». Parfois plus qu'une simple reformulation linguistique sans incidence conceptuelle, cette alternative appelle à s'interroger sur l'ambivalence des droits des femmes

---

<sup>17</sup> VILLE Yves, « Les critères de la décision d'interruption médicale de grossesse », Communication à l'occasion du présent séminaire, 24 mai 2012. Y. VILLE est notamment co-auteur, avec René FRYDMAN et Michèle VIAL, de *Médecine fœtale et diagnostic prénatal*, Paris, puf, que sais-je ?, 1993 et a plus récemment préfacé avec Jacques LANSAC *Le diagnostic prénatal en pratique*, Paris, Masson, 2011, p. XV-XX.

<sup>18</sup> C'est en outre, dans les travaux préparatoires de la loi de 2001 allongeant le délai, le risque de multiplication des invocations de la clause de conscience qui a justifié que seules deux semaines fussent ajoutées à l'ancien délai (NISAND Israël, *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, La documentation française, Paris, fév. 1999, p. 21 ; le recours à cette clause semble avoir déjà été renforcé par l'allongement de 2001, cf. IGAS, *Évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001 - Rapport de synthèse*, octobre 2009, p. 4, p. 23).

<sup>19</sup> SERVERIN Evelyne, « Des droits propres de l'enfant non né, au risque des droits des femmes », Communication à l'occasion du présent séminaire, 24 mai 2012. E. SERVERIN est sur ce sujet, notamment l'auteur de « Contraception et avortement dans la presse juridique », in *Stratégies de la presse et du droit, la loi de 1920 et l'avortement au procès de Bobigny*, Presses universitaires de Lyon, 1979, p. 25-83 ; « La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption de la grossesse: aspects juridiques et sociologiques », *RDSS*, 1980, p. 291-307 et plus récemment, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, p. 2801-2807.

lorsque les droits considérés sont en lien avec la maternité. En effet, la représentation au niveau de l'analyse d'une articulation, problématique ou harmonieuse, entre les droits des femmes, lorsqu'elles sont mères, et l'intérêt de l'enfant dépend en grande partie non seulement du niveau d'indépendance que l'on reconnaît à la femme vis-à-vis de la figure maternelle mais également du contenu assigné à l'intérêt de l'enfant, quel qu'il soit – sanitaire, psychologique ou autre. La question de l'allaitement illustre parfaitement cette problématique. Pour Martine Herzog-Evans, le choix de l'allaitement est conçu comme une liberté des femmes – d'ailleurs conquise contre les médecins ignorants dans ce domaine, leurs propres mères, les hommes – rejoignant par de multiples facettes l'intérêt de l'enfant (sanitaire, affectif, psychologique). À l'inverse, d'autres féministes voient dans l'allaitement et sa promotion une contrainte faisant disparaître la femme derrière la figure de la mère, ceci au nom de l'intérêt de l'enfant. Mais il est alors moins question de convergence ou de divergence entre intérêts des femmes et des enfants que d'un conflit entre les courants du féminisme et les modèles d'émancipation qui leur sont liés.

*Pour citer cet article*

Marie-Xavière Catto, Thomas Dumortier, Tatiana Gründler,  
« Introduction au séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant »,  
La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013,  
<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/secc81minaireintro4.pdf>